

LA PIGNORACION
DE COLECTIVIDADES
EN EL DERECHO
ROMANO CLASICO

ROSA MENTXAKA



SERVICIO EDITORIAL
UNIVERSIDAD DEL PAIS VASCO

ARGITARAPEN ZERBITZUA
EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA

Foto de cubierta:
Carga de mercancías de una nave: pintura mural descubierta en
la necrópolis de Vía Laurentina (Biblioteca del Vaticano).

© Universidad del País Vasco
ISBN: 84-7585-057-X
Depósito Legal: BI-382-1986
Edita: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco
Imprime: Gráficas Ibarsusi, S. A.
C.º de Ibarsusi, s/n - 48004 BILBAO

NOTA PRELIMINAR

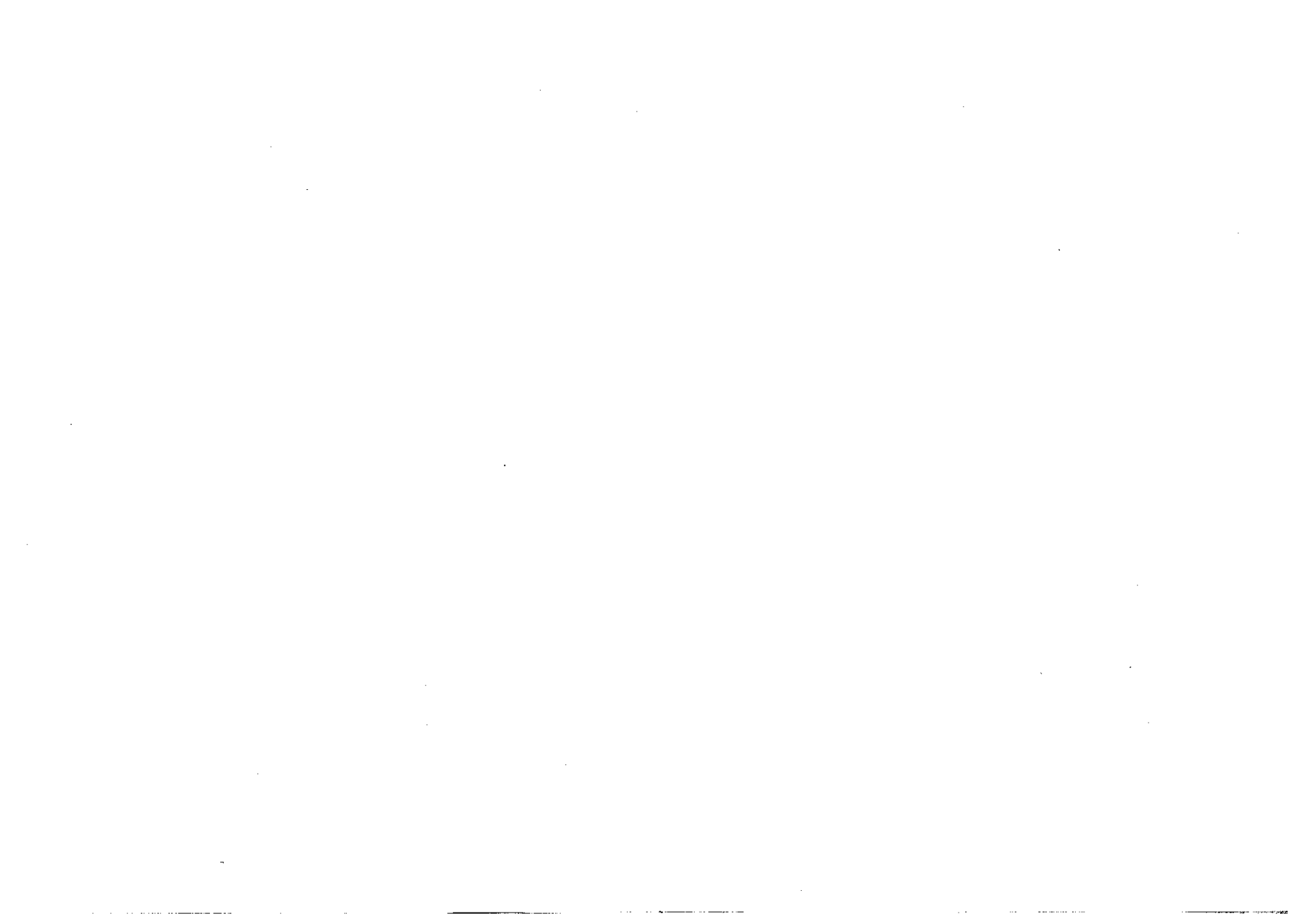
La realización de la presente monografía, que constituye mi tesis doctoral, no hubiera sido posible sin la ayuda prestada por numerosas personas e instituciones. Así por ejemplo para la consecución de la bibliografía existente sobre el tema, no siempre a mi alcance, ha sido fundamental la ayuda prestada por los servicios de biblioteca de las Universidades del País Vasco y de Deusto. Igualmente la obtención de algunas obras hubiera devenido imposible sin la ayuda del Institut für römische Recht de la Universidad de Saarbrücken, del Juridisch Institut de la Universidad de Amsterdam y del Leopold-Wenger-Institut de la Universidad de München, lugares a los que me he podido desplazar gracias a diversas ayudas recibidas del Ministerio de Universidades e Investigación, del DAAD y del Patronato de la Universidad del País Vasco. A todas estas Instituciones mi reconocimiento expreso.

Durante el período final de elaboración de este trabajo en la Facultad de Derecho de San Sebastián, a cuyos colegas agradezco la acogida y apoyo, ha sido fundamental la asunción de carga docente realizada por mi colega Fernando Betancourt; desde aquí mi más sincero y profundo agradecimiento.

Pero sin lugar a dudas mi lista de agradecimientos quedaría incompleta sino manifestara mi gratitud a dos romanistas en particular: en primer lugar al Prof. Dr. H. Ankum, por haber tenido la amabilidad de recibirme en Amsterdam, por la confianza demostrada al leer críticamente el trabajo, y por sus valiosísimas sugerencias. Finalmente he de mencionar al paciente director del presente trabajo, el Prof. Dr. J. Churruga a cuyo inmejorable magisterio debo mi dedicación al derecho Romano. También quiero agradecer al Prof. Dr. G. Monreal y al Servicio de Publicaciones de mi Universidad el esfuerzo efectuado para publicar la presente monografía.



A mis padres.



INDICE

	<u>Páginas</u>
ABREVIATURAS.....	13
INTRODUCCION	23
CAPITULO 1.—Pignoración de <i>invecta et illata</i> en los arrendamientos rústicos	31
§ 1.—Introducción	33
1.1.—Los arrendamientos rústicos en la vida económica romana	33
1.2.—Concepto de <i>invecta et illata</i>	38
§ 2.—Dig 20,6,14 (Lab, Post a IavolEpitom 5)	40
§ 3.—Dig 20,2,4,pr (Nerat, Membr 1)	44
§ 4.—Dig 43,33,1 (Jul, Dig 49)	46
§ 5.—Dig 20,2,7,1 (Pomp, VarLect 13)	53
§ 6.—Gai, Inst 4,147 = IJ 4,15,3	55
§ 7.—Dig 20,4,11,2 (Gai, FormHypoth)	59
§ 8.—Dig 20,1,32 (Scaev, Resp 5)	63
§ 9.—Dig 43,1,2,3 (Paul, Ed 63)	67
§ 10.—Dig 33,7,24 (Paul, Nerat 3)	69
§ 11.—Dig 20,1,21,pr (Ulp, Ed 73)	72
§ 12.—Dig 11,7,14,1 (Ulp, Ed 25)	74
§ 13.—Dig 19,2,13,11 (Ulp, Ed 32)	75
§ 14.—Dig 43,33,2 (Ulp, Ed [70] <73>)	79
§ 15.—CJ 4,65,5 (Alexan) 223 p.C.	82
§ 16.—CJ 8,9,1 (Gord) 238 p.C.	84
§ 17.—CJ 4,65,16 (Valer—Gall) 270 p.C.	87
§ 18.—Conclusiones	89
 CAPITULO 2.—Pignoración de <i>invecta et illata</i> en los arrendamientos urbanos	 93
§ 19.—Introducción	95
19.1.—Los arrendamientos urbanos en la vida económica romana	95
19.2.—Concepto de <i>invecta et illata</i>	97

§ 20.—Dig 20,2,4,pr-1 (Nerat, Membr 1)	99
§ 21.—CIL 6,33747 = FIRA 3 ² , 145 a = Dessau 5914	101
§ 22.—CIL 6,37795 = FIRA 3 ² , 145 c	105
§ 23.—Dig 43,32,2 (Gai, EdProv 26)	107
§ 24.—Dig 20,4,21,1 (Scaev, Dig 27)	109
§ 25.—Dig 2,14,4,pr (Paul, Ed 3)	113
§ 26.—Dig 20,2,9 (Paul, OffPraefVig)	115
§ 27.—Dig 19,2,56 (Paul, OffPraefVig)	119
§ 28.—Dig 20,4,13 (Paul, Plaut 5)	122
§ 29.—Dig 39,2,34 (Paul, Sab 42)	125
§ 30.—Dig 20,2,6 (Ulp, Ed 73)	129
§ 31.—Dig 13,7,11,5 (Ulp, Ed 28)	132
§ 32.—Dig 20,2,3 (Ulp, Ed 73)	137
§ 33.—Dig 20,4,6,2 (Ulp, Ed 73)	140
§ 34.—Dig 43,32,1 (Ulp, Ed 73)	141
§ 35.—Dig 20,2,2 (Marc, FormHypoth)	150
§ 36.—Dig 20,2,5 (Marc, FormHypoth)	152
§ 37.—CJ 8,14,5 (Diocle - Max) 294 p.C.	155
§ 38.—Conclusiones	157
CAPITULO 3.—Pignoración de frutos	
§ 39.—Introducción: delimitación de nuestro estudio	161
§ 40.—Dig 47,2,62,8 (Afr, Quaest 8)	163
§ 41.—Dig 20,2,7,pr (Pomp, VarLect 3)	163
§ 42.—Dig 20,1,15,pr (Gai, FormHypoth)	168
§ 43.—Dig 20,4,11,3 (Gai, FormHypoth)	169
§ 44.—Dig 19,2,53 (Pap, Resp 11)	173
§ 45.—Dig 20,1,1,2 (Pap, Resp 11)	176
§ 46.—Dig 19,2,24,1 (Paul, Ed 34)	178
§ 47.—CJ 8,14,3 (Alexan) 223 p.C	183
§ 48.—Conclusiones	186
§ 48.—Conclusiones	189

CAPITULO 4.—Pignoración de mercancías, tienda, rebaño, bosque	193
§ 49.—Introducción: delimitación de nuestro estudio	195
§ 50.—TabPomp 15 (28.6.37 p.C.)	196
§ 51.—TabPomp 7 (2.7.37 p.C.)	201
§ 52.—TabPomp 16 (2.7.37 p.C.)	205
§ 53.—Dig 20,1,34,pr (Scaev, Dig 27)	207
§ 54.—Dig 20,1,34,1 (Scaev, Dig 27)	214
§ 55.—Dig 13,7,18,3 (Paul, Ed 29)	217
§ 56.—Dig 20,1,13,pr (Marc, FromHypoth)	221
§ 57.—Conclusiones	225
CAPITULO 5.—Pignoración de mercancías en el préstamo marítimo	229
§ 58.—Introducción: delimitación de nuestro estudio	231
§ 59.—Papiro <i>Vindob G</i> 19792 (149 p.C.)	232
§ 60.—Dig 45,1,122,1 (Scaev, Dig 28)	238
§ 61.—Dig 22,2,4,pr (Pap, Resp 3)	256
§ 62.—Dig 22,2,6 (Paul, Quaest 25)	259
§ 63.—Dig 4,9,1,7 (Ulp, Ed 14)	267
§ 64.—Dig 20,4,6,1 (Ulp, Ed 73)	270
§ 65.—Dig 20,4,5 (Ulp, Disp 3)	272
§ 66.—Conclusiones	273
CAPITULO 6.—Prenda general	277
§ 67.—Introducción: delimitación de nuestro estudio	279
§ 68.—Dig 20,1,15,1 (Gai, FormHypoth)	280
§ 69.—Dig 40,9,29,pr (Gai, Manum 1)	285
§ 70.—Dig 20,1,34,2 (Scaev, Dig 27)	289
§ 71.—Dig 20,4,2,pr (Scaev, Dig 27)	290
§ 72.—Dig 31,89,4 (Scaev, Resp 4)	293
§ 73.—Dig 20,1,1,pr (Pap, Resp 11)	295
§ 74.—Dig 20,4,2 (Pap, Resp 3)	300

§ 75.—Dig 20,5,1 (Pap, Quaest 26).....	303
§ 76.—Dig 20,1,29,pr (Paul, Resp 5)	308
§ 77.—Dig 20,1,29,3 (Paul, Resp 5)	312
§ 78.—Dig 20,4,7,1 (Ulp, Disput 3).....	315
§ 79.—Dig 49,14,28 (Ulp, Disput 3)	318
§ 80.—Dig 20,1,6-9,pr (Ulp, Ed 73; Paul, Ed 68; Ulp, Ed 73 y Gai, EdProv 9)	320
§ 81.—Dig 20,6,4,pr (Ulp, Ed 73).....	326
§ 82.—Dig 40,8,6 (Marc, FormHypoth)	329
§ 83.—CJ 8,16,1 (Sever - Anton) 197 p.C.	332
§ 84.—CJ 8,13,2 (Sever - Anton) 204 p.C.	334
§ 85.—CJ 7,8,3 (Sever - Anton) 209 p.C.	337
§ 86.—CJ 8,16,4 (Alexan) 225 p.C.	339
§ 87.—CJ 8,25,3 (Alexan) 227 p.C.	340
§ 88.—CJ 8,33,1 (Alexan) 229 p.C.	341
§ 89.—CJ 8,16,5 (Alexan) 233 p.C.	343
§ 90.—CJ 8,17,6 (Valer y Gall) 260 p.C.	344
§ 91.—CJ 8,13,17 (Diocle - Max) 293 p.C.	345
§ 92.—CJ 4,10,6 (Diocle - Max) 293 p.C.	346
§ 93.—CJ 7,72,6 (Diocle - Max) 293 p.C.	348
§ 94.—CJ 8,27,17 (Diocle - Max) 294 p.C.	349
§ 95.—Conclusiones	349
CONCLUSIONES GENERALES	355
APENDICES	361
INDICE DE FUENTES	363
INDICE DE MATERIAS	375

ABREVIATURAS

- ABari *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari.*
- ACamerino *Annali dell'Università di Camerino*, sezione giuridica (Camerino).
- ACISISDVen *Atti del II Congresso Internazionale dell'italiana di Storia del Diritto* (Venezia 18-22.9.1967) (Firenze 1971).
- ADC *Anuario de Derecho Civil* (Madrid).
- Aeg *Aegyptus, Rivista italiana di egiptologia e di papirologia* (Milano).
- AHDE *Anuario de Historia del derecho español* (Madrid).
- ALZON C, *Location des entrepôts*
Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain (Paris 1965).
- ANRW *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, (ed) H. TEMPORINI (Berlin-New York 1972).
- APPLETON H, *Interpolations Des Interpolations dans les pandectes et des méthodes a les découvrir* (Paris 1895 = Roma 1967).
- ARANGIO-RUIZ V, *Storia⁷ Storia del Diritto romano⁷* (Napoli 1978).
- Archivio Giuridico *Archivio giuridico Filippo Serafini* (Bologna, Pisa, desde 1921 Modena).
- ASCOLI A, *Origini* *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano* (Livorno 1887).
- ASRI *Atti del Seminario romanistico internazionale* (Perugia-Spoleto-Todi, 11-14 ottobre 1971) (Roma 1972).
- BERGER A, *Interdictum* *Interdictum*, PWRE 9/2, 1609-1707.
- BESELER G. von, *Beiträge 1,2,3,4,5*
Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen (1910); 2 (1911); 3 (1913); 4 (1920) todos en Tübingen; 5 (Leipzig 1931).
- BGB *(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch von 1896.*
- BGU *Ägyptische Urkunden aus den Museen zu Berlin: Griechische Urkunden.*
- BIDR *Buletino dell'Istituto di diritto romano* (Roma-Milano).

- BISCARDI A., *APT*²
*Actio pecuniae trategiciae*² (Torino 1974).
Appunti sulle garanzie reali in diritto romano (Milano 1976).
- BURDESSE A., *Lex comissoria*
Lex commissoria e ius vendendi nella Fiducia e nel Pignus (Torino 1949).
Convalida del pegno e convalida della vendita, *La-beo* 6 (1960).
- CARCATERA A., *Cose future*
Il pegno delle cose future, *ABari* 3 (1940) 123-165.
Della estensione del pegno sulla cosa madre ai frutti e ai parti della schiava; *ACamerino* 12 (1938) 49-98.
- CASTRESANA A., *Préstamo marítimo*
El préstamo marítimo griego y la pecunia trategicia romana (Salamanca 1982).
- CC
Código civil.
- ChrEg
Chronique d'Égypte (Bruxelles).
- CIC
Corpus iuris civilis.
- CIL
Corpus inscriptionum latinarum (Berlin 1863 —).
- CJ
*Codex Iustinianus*¹ (*Corpus iuris civilis* 2), (ed) P. KRÜGER (Berlin 1954).
- CoC
Code Civil.
- Coci
Codice Civile.
- COSTA E., *Locazione*
La locazione di cose nel diritto romano (Torino 1915 = Roma 1966).
- CT
*Codex Theodosianus*⁴, (edd) TH. MOMMSEN-P.M. MEYER (Berlin 1962).
- CHURRUCA J de, *Introducción*²
*Introducción histórica al derecho romano*² (Bilbao 1982).
La pignoración tácita de los invecsta et illata en los arrendamientos urbanos en el derecho romano clásico, *RIDA* 24 (1977) 189-231.
- DE
Dizionario epigrafico di Antichità Romane, (ed) DE RUGGIERO (Roma 1906 = Roma 1962).
- DELL'ORO A., *Cose collettive*
Le cose collettive nel diritto romano (Milano 1963).

- DERNBURGH, P 1 *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts* 1 (Leipzig 1860).
- DESSAU *Inscriptiones latinae selectae*, (ed) H. DESSAU (Berlín 1892-1916 = Zürich 1974).
- Dig *Digesta*²² (*Corpus iuris civilis* 1), (edd) TH. MOMMSEN-P. KRÜGER (Berlín 1954 = Zürich 1973).
- D'ORS A, DPR⁵ *Derecho Privado Romano*⁵ (Pamplona 1983).
- D'ORS X, Manumisión *La manumisión del esclavo hipotecado en Derecho Romano*, AHDE 47 (1977) 69-98.
- DS *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, (edd) C. DAREMBERG-E. SAGLIO (Paris 1877-1918).
- DULCKEIT G-SCHWARZ F-WALDSTEIN W, RRG⁷ *Römische Reschtsgeschichte*⁷ (München 1981).
- EBRARD F, *Digestenfragmente*
Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothekarezeption (Leipzig 1917).
Enciclopedia del diritto (Milano, desde 1958).
- Eds *Commentari Societatis Philologiae Polonorum* (Poznan).
- ERMAN H, *Pignus-hypothecave*,
Pignus hypothecave, Mélanges P.F. Girard 1 (Paris 1912) 419-455.
- EstSanchez *Homenaje al profesor Sánchez del Rito y Peguero*.
 Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (Zaragoza 1967).
- EstSantaCruzTeijeiro *Estudios en homenaje al Profesor Santa Cruz Teijeiro* 1 (Valencia 1974).
- EtJauffret *Études offertes à Alfred Jauffred* (Aix-en-Provence 1974).
- EtKayser *Études offertes à P. Kaiser* (Aix-en-Provence 1979).
- FEHR M, *Beiträge*
Beiträge zur Lehre von römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit (Uppsala 1910).
- FIRA 1, 2, 3² *Fontes iuris romani anteiustiniani*² 1 (*Leges*, (ed) S. RICCOBONO 1941); 2 (*Auctores*, (edd) I. BAVIERA e I. FURLANI 1940 = 1964); 3 (*Notitia*, (ed) V. ARANGIO-RUIZ 1943, nueva con apéndice 1968; todas en Firenze).

- FORCELLINI A, *Lexicon Totius latinitatis lexicon*, (edd) G. FURLANETTO-V. DEVIT (Prato 1858-1879).
- FREZZA P, *Storia*³
*Garanzie 1 Corso si Storia del diritto romano*³ (Roma 1974).
Garanzie 2 Le garanzie delle obbligazioni 1, Le garanzie personali (Padova 1962).
Le garanzie delle obbligazioni 2, Le garanzie reali (Padova 1963).
- FRIER B.W, *Landlords and tenants Landlords and tenants in Imperial Rome* (New Jersey 1980).
- FsKaser, *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag* (München 1976).
- FsKoschaker, *Festschrift für Paul Koschaker zum 60. Geburtstag*, 3 vol (Weimar 1939).
- FsRabel, *Festschrift für Ernst Rabel*, 2 vol (Tübingen 1954).
- FsSeidl, *Festschrift für Erwin Seidl zum 70. Geburtstag* (Köln 1975).
- Gai, Inst *Gai Institutionum commentarii IV*, (ed) G. BAVIERA, FIRA 2^a.
- Gnomon *Gnomon, Krit. Zeitschrift f. d. gesamte Klass. Altertumswissenschaft* (Berlin, desde 1949 München).
- GRUNOW W, *Entwicklung Die Entwicklung der Nachverpfändung im römischen Recht* (Hamburg 1968).
- GUARINO A, *Storia*⁵ *Storia del Diritto Romano*⁵ (Napoli 1975).
- HAMMERSTEIN J, *Herde Die Herde im römischen Recht, grex als rechtliche Sachgesamtheit und Wirtschaftseinheit* (Göttingen 1975).
- HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*¹¹, reelaborado por E. SECKEL (Jena 1907 = Graz 1971).
- Historia *Historia, Zeitschrift für alte Geschichte* (Baden-Baden, desde 1953/54 Wiesbaden).
- HUVELIN P, *DCR Études d'histoire du droit commercial romain* (Paris 1929).
- Index *Quaderni camerati di studi romanistici* (Napoli).
- Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, (edd) E. LEVY-E. RABEL, 1

- (1929); 2 (1931); 3 (1935); supl. (1929) todos en Weimar.
- IURA *Rivista internazionale di diritto romano e antico* (Napoli).
- IJ *Institutiones*²² (*Corpus iuris civilis* 1), (edd) TH. MOMMSEN-P. KRÜGER (Berlin 1954 = Zürich 1973).
- JJP *The Journal of Juristic Papyrology* (New York, desde 1948 Warschau).
- Juristische Schulung *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung* (München 1961).
- KASER M., RPR 1² *Das Römische Privatrecht* 1, *Das altirömische, das vorklassische und klassische Recht*² (München 1971).
- RPR² *Das römische Privatrecht* 2, *Die Nachklassischen Entwicklungen*² (München 1975).
- RRG² *Römische Rechtsgeschichte*² (Göttingen 1978).
- ZPR *Das römische Zivilprozessrecht* (München 1966).
- In bonis esse*, ZSS 78 (1961) 171-220.
- Partus ancillae*, ZSS 75 (1958) 156-200.
- Studien 1 *Studien zum römischen Pfandrecht*, Tijds 44 (1976) 233-289.
- Studien 2 *Studien zum römischen Pfandrecht* 2, *Actio pignoratitia und actio fiducia*, Tijds 47 (1979) 195-234; 319-345.
- Studien 3 *Besitzpfand und besitzloses Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht* 3), SDHI 45 (1979) 1-92.
- Studien *Studien zum römischen Pfandrecht* (Napoli 1982).
- AusSchriften *Ausgewählte Schriften*, 2 vol. (Camerino 1976).
- Klio, *Beiträge zur alten Geschichte* (Leipzig).
- KOSCHAKER P., *Bedingte Novation*
Bedingte Novation und Pactum in römischen Recht, Festschrift für Gustav Hanausek (Graz 1925) 118-158.
- KP *Der Kleine Pauly. Lexikon der Antike in fünf Bänden*, (edd) K. ZIEGLER-W. SONTHEIMER-H. GARTNER (Stuttgart 1964-1975 = München 1979).
- KRELLER H., *Pfandrechtliche Interdikte*
Pfandrechtliche Interdikte und formula Serviana, ZSS 64 (1944) 306-345.
- KRÜGER P., *Geschichte*²
*Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*² (München-Leipzig 1912).

- KUNKEL W, *Herkunft*² *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen?* (Graz-Wien-Köln 1967).
- Labeo
Rassegna di diritto romano (Napoli).
- LENEL O, *EP*³ *Das Edictum perpetuum*³ (Leipzig 1927 = Aalen 1956).
- Palingenesia* 1, 2 *Palingenesia iuris civilis*, 2 Vol (Leipzig 1889 = Graz 1960).
- LQR *The Law Quarterly Review* (London).
- MACQUERON J, *Contractus scripturae*
Contractus scripturae, Contrats et quittances dans la pratique romaine (Camerino 1982).
- MANIGK A, *Hypotheca*, PWRE 9/1, 343-412.
Pignus, PWRE 20/1, 1239-1284.
Pfandrechtliche Untersuchungen
Pfandrechtliche Untersuchungen 1, Zur Geschichte der römischen Hypothek (Breslau 1904).
- MAYER-MALY TH, *Locatio conductio*
Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen Recht (Wien-München 1956).
- Mélanges Gérardin
Mélanges Gérardin (Paris 1907).
- Mélanges Marty
Mélanges dédiés a G. Marty (Toulouse 1978).
- MIQUEL J, *Rango hipotecario*
El rango hipotecario en el derecho romano clásico, AHDE 29 (1959) 229-316.
- MITTEIS, *Grundz*
Chrest
 MITTEIS L-WILCKEN U, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde* 2: Juristischer Teil (L. Mitteis) 1 Häfte, Grundzüge; 2 Häfte, Chrestomathie (Leipzig-Berlin 1912 = Hildesheim 1963).
- Mnemosyna Pappulias
Mnemosyna Pappulias unter der aegide des Archivs für Griechische Rechtsgeschichte der Akademie Athen, (ed) P. G. VALLINDAS (Athen 1934).
- MÜHL W, *Tacere*
Tacere, Tacitus uns Taciturnitas im Bereiche des Vocabularium Iurisprudentiae Romanae und im Codex Justinianus (Würzburg 1961).
- NDI
Nuovo digesto italiano, (ed) M. D'AMELIO (Torino 1937-1940).
- NNDI
Novissimo digesto italiano, (edd) A. AZARA-E. EULA (Torino 1957-1975).

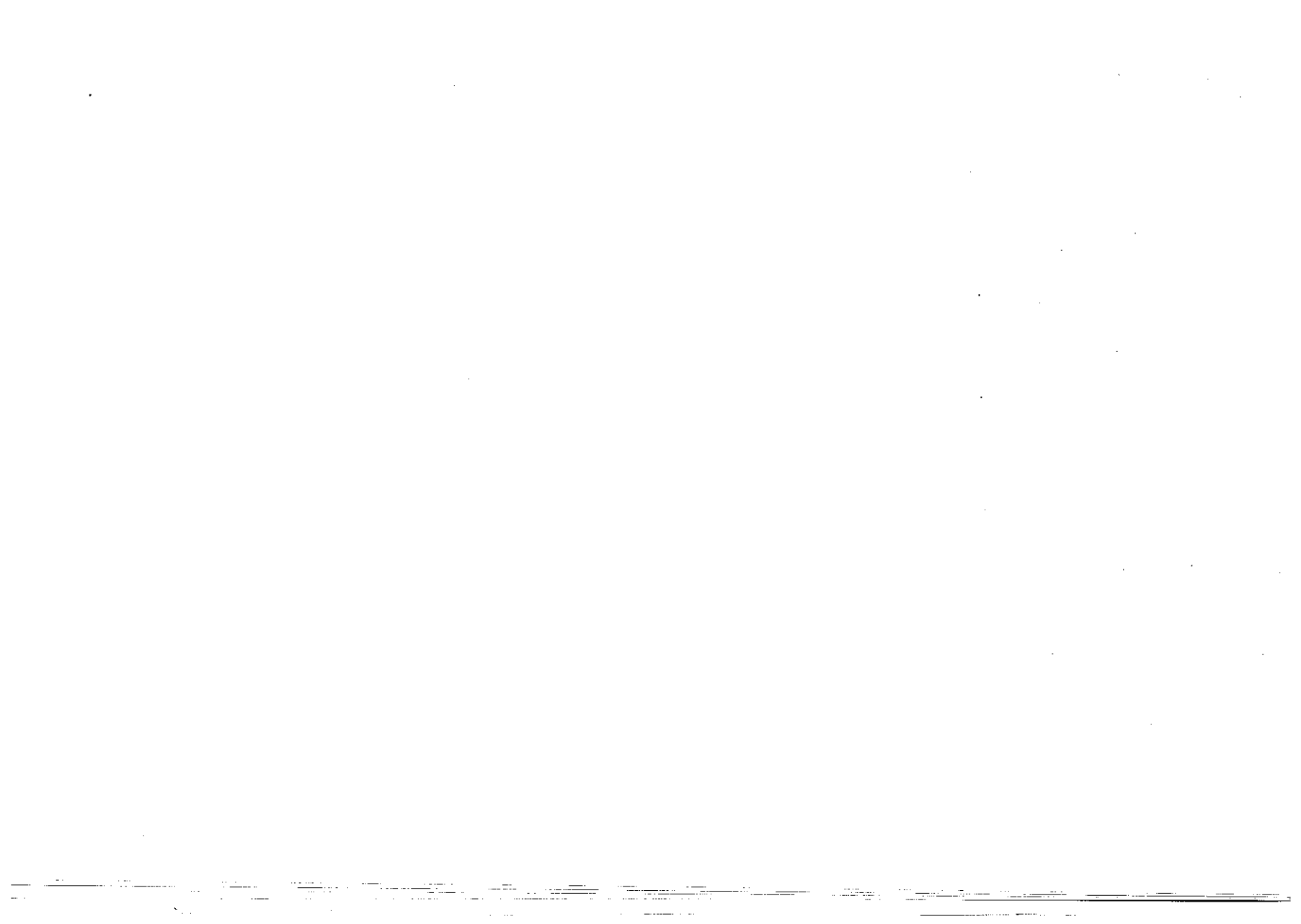
- OxfClassDict* Oxford Classical Dictionary (Oxford 1949).
- PAOLI U. E, *SDA* *Studi di diritto attico* (Firenze 1930 = Milano 1974).
- PRINGSHEIM F, *GesAbh* *Gesammelte Abhandlungen*, 2 Vol (Heidelberg 1961).
- PWRE *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, reelaboración de G. WISSONA-W. KROLL-K. MITTELHAUS y K. ZIEGLER (Stuttgart 1894).
- RABEL E, *Verfügungsbeschränkungen*
Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri (Leipzig 1909) = *Gesammelte Aufsätze* 4 (Tübingen 1971) 167-234.
- RAAC *Rendiconti dell'Accademia di Archeologia di Napoli* (Napoli).
- RDC *Rivista di diritto commerciale* (Milano).
- RDN_{Nav} *Rivista di diritto della Navigazione* (Milano).
- REL *Revue des études latines* (Paris).
- RendLombardi *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere* (Milano).
- RHDFE *Revue historique de droit français et étranger* (Paris).
- RIDA *Revue internationale des droits de l'antiquité* (Bruxelles).
- RISG *Rivista italiana per le scienze giuridiche* (Milano).
- ROMANO S, *Appunti* *Appunti sul pegno dei frutti nel diritto romano* (Padova 1931).
- ROUGÉ J, *Recherches* *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous L'Empire romain* (Paris 1966).
- SCHLICHTING G, *Verfügungsbeschränkung*
Die Verfügungsbeschränkung des Verpfänders im klassischen römischen Recht (Karlsruhe 1973).
- SCHULZ F, *CRL* *Classical Roman Law* (Oxford 1951).
- GRR* *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar 1961).
- Einführung* *Einführung in das Studium der Digesten* (Tübingen 1916).
- Fraudatorische Freilassung*
Die Fraudatorische Freilassung im klassischen und Justinianischen römischen Recht, ZSS 48 (1928) 197-284.

Zwischenverfügungen

Zwischenverfügungen bei Veräußerung und Verpfändung wesentlicher Sachbestandteile, Bonner Festgabe für E. Zitelmann (München-Leipzig 1923).

- SCHULLER W, *Pignus tacitum*
 Zum *pignus tacitum*, Labeo 15 (1969) 267-284.
- SerFerrini
Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione, 4 Vol (Milano 1947-1949).
- SerFerriniPav
Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini pubblicati dalla R. Università di Pavia (Milano 1946).
- SDHI
Studia et documenta historiae et iuris (Roma).
- SOLAZZI S, *Sergiuridici*
Scritti di diritto Romano, 4 Vol (Napoli 1955-1963).
- StAlbertoni
Studi in memoria di Aldo Albertoni, 3 Vol (Padova 1934-1938).
- StArangio-Ruiz
Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz, 4 Vol (Napoli 1953).
- StBetti
Studi in onore di Emilio Betti, 5 Vol (Milano 1962).
- StBiscardi
Studi in onore di Arnaldo Biscardi, 5 Vol pubblicati dos hasta ahora (Milano 1982-1984).
- StBonfante
Studi in onore di Pietro Bonfante, 4 Vol (Milano 1930).
- StDeFrancisci
Studi in onore de Pietro De Francisci, 4 Vol (Milano 1956).
- StDonatuti
Studi in memoria de Guido Donatuti, 3 Vol (Milano 1974).
- StGrosso
Studi in onore di Giuseppe Grosso, 6 Vol (Torino 1968-1974).
- StRiccobono
Studi in onore di Salvatore Riccobono, 4 Vol (Palermo 1936).
- StSanfilippo
Studi in onore di Cesare Sanfilippo, 6 Vol (Milano 1982-1985).
- StSenesi
Studi Senesi (Siena).
- StVolterra
Studi in onore di Edoardo Volterra, 6 Vol (Milano 1971).

- SymbLenel *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel* (Leipzig 1935).
- SymbTaubenschlag *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicateae*, 3 Vol en Eos 48 (1957).
- SyntArangio-Ruiz *Synteleta Vincenzo Arangio-Ruiz*, 2 Vol (Napoli 1964).
- Temis *Revista de ciencia y técnicas jurídicas* (Zaragoza).
- Tijds *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis-Revue d'histoire du droit* (Haarlem, desde 1950 Groningen).
- TLL *Thesaurus linguae latinae* (Leipzig 1900—).
- TLR *Tulane Law Review* (New Orleans).
- TONDO S, *Convalida* *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi* (Milano 1959).
- VIR *Vocabularium iurisprudentiae romanae* (Berlin 1894—).
- VOLTERRA E, *Osservazioni sul pegno di cosa altrui in diritto romano* (Roma 1930).
- WAGNER H, *Freiheiterteilung*
Zur Freiheiterteilung an den einem Generalpfandnexus unterliegenden Sklaven, SDHI 33 (1967) (163-188).
- Legalthypotheke* *Die Entwicklung der Legalthypotheke an Schuldnervermögen in römischen Recht* (bis zur Zeit Diokletians) (Köln-Wien 1974).
- Voraussetzungen* *Voraussetzungen, Vorstufen und Anfänge der römischen Generalverpfändung* (Marburg 1968).
- WENGER L, *Quellen* *Die Quellen des römischen Recht* (Wien 1953).
- WIEACKER F, *Protopraxie* *Protopraxie und ius pignoris im klassischen Fiskalrecht*, FsKoschaker 1, 218-257.
- Textstufen* *Textstufen Klassischer Juristen* (Göttingen 1960).
- WUBBE F, *Res aliena* *Res aliena pignori data* (Leiden 1960).
- ZÄS *Zeitschrift für ägyptische Sprache und Altertumskunde* (Leipzig).
- ZSS *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanist. Abt.* (Weimar).
- ZSS (KA) *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, kanonist. Abt.* (Weimar).



INTRODUCCION

El objeto del presente trabajo, como se deduce de su título, es analizar el derecho de prenda cuando el mismo recae no sobre un bien concreto y determinado, sino sobre un conjunto de bienes, sobre un colectivo tanto natural (por ejemplo un rebaño) como funcional (por ejemplo los *invecta et illata*).

La problemática de este tema está muy clara en el derecho vigente. En todos los ordenamientos jurídicos modernos, al hablar de las garantías reales se distinguen claramente dos instituciones: la prenda y la hipoteca. Originalmente, al menos en el derecho civil español, los criterios establecidos para diferenciar ambas formas de garantía eran: 1.—El objeto sobre el que se constituía el gravamen: mueble caso de prenda, inmueble caso de hipoteca (1) y 2.—La existencia o no de desplazamiento del objeto al acreedor o a un tercero: cuando el objeto se trasladada surge la prenda, cuando los bienes quedan en poder del deudor aparece la hipoteca (2).

En la actualidad, una de las características fundamentales de ambas formas de garantía, si bien se suele asignar expresamente a la hipoteca, es la *especialidad*. Este requisito exigido en el caso de la hipoteca por el derecho civil español (3), francés (4), italiano (5) y alemán (6), supone que el gravamen re-

(1) Hablan de los bienes muebles como objeto de prenda el artículo 1.864 del CC español; los artículos 2.071 y 2.072 del CoC francés; los artículos 2.784 y 2.786 del CoCi italiano y el § 1.204.1 del BGB alemán. Los bienes inmuebles son considerados objeto de hipoteca por el artículo 1.874 del CC español; los artículos 2.114 y 2.119 del CoC francés; el artículo 2.810 del CoCi italiano y el § 1.113.1 del BGB alemán.

(2) Tratan de este hecho: el artículo 1.863 del CC español; el artículo 2.076 del CoC francés; el 2.786 del CoCi italiano y el § 1.205 del BGB alemán. La entrega de la posesión no siempre ha de ser física, sino que también la entrega del documento que confiere la disponibilidad se considera como tal.

(3) En el derecho español se establece esta característica en los artículos 12 y 119 de la Ley Hipotecaria.

(4) Este requisito se exige en el artículo 2.132 del CoC.

(5) Habla de ello el artículo 2.809 del CoCi.

(6) En el derecho alemán este principio quizás quedaría desdibujado con la existencia de la *Ge-samthypothek* recogida en el § 1.132 del BGB, según el cual son muchos bienes inmuebles los que gravantan el crédito.

cae sobre bienes específicamente determinados, bienes que están sujetos a un sistema de publicidad registral en el caso de la hipoteca (7), o cuya posesión se entrega al acreedor en el caso de la prenda. De esta forma, los bienes muebles de fácil desaparición y difícil identificación, y los bienes inmuebles más fácilmente identificables quedan determinados: son los que se entregan en posesión al acreedor o los que se inscriben en el registro como gravados. Así la garantía del acreedor alcanza un grado alto de seguridad.

Partiendo de este hecho, perfecta diferenciación según el objeto gravado sea mueble o inmueble entre prenda o hipoteca, cabe preguntarse cuál es la regulación actual en los supuestos en que el objeto no esté previamente determinado. ¿Qué ocurre con aquellos casos en que un conjunto de bienes muebles permanece en poder del deudor? El hecho de que sean un conjunto de bienes muebles puede hacer pensar que se trata de un supuesto de derecho de prenda, ahora bien, el que no pase su posesión al acreedor descalifica esta clasificación. Igualmente tampoco se debe admitir un derecho de hipoteca sobre los mismos, en cuanto que son bienes muebles y no inmuebles.

La dificultad de calificar estos supuestos, ha inducido a que en los diferentes ordenamientos jurídicos se hayan promulgado leyes tendentes a regular estos supuestos particulares. Un ejemplo de esto puede ser la ley española de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. En la misma se establece que pueden ser objeto de hipoteca mobiliaria: 1.—Los establecimientos mercantiles; 2.—Los automóviles y otros vehículos de motor, así como los travías y vagones de ferrocarril de propiedad particular; 3.—Las aeronaves; 4.—La maquinaria industrial; 5.—La propiedad intelectual y la industrial; igualmente se establece en dicha ley que la prenda sin posesión abarca a: 1.—Los frutos pendientes y las cosechas esperadas dentro del año agrícola en que se celebre el contrato; los frutos separados o productos de dichas explotaciones; los animales, así como sus crías y productos y las máquinas y aperos de las referidas explotaciones; 2.—Las máquinas y demás bienes muebles identificables por características propias, como marca y número de fabricación, modelo y otros análogos, que reúnan los requisitos exigidos; 3.—Las mercaderías y materias primas almacenadas; 4.—Las colecciones de objetos de valor artístico e histórico, como cuadros, esculturas, porcelanas o libros, bien en su totalidad o en parte; también podrán serlo dichos objetos aunque no formen parte de una colección (8).

(7) Esta característica es también común a los ordenamientos jurídicos modernos. En España la doctrina civilista la deduce de los artículos 1.875 del CC y 146 de la Ley Hipotecaria. Igualmente tratan de ella los artículos 2.827-2.851 del CoCi italiano y los §§ 1.115-1.117 del BGB alemán.

(8) Comenta esta ley J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Plantamiento y cuestiones generales de la ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento en Estudios sobre Garantías reales* (Madrid 1973) 453-560; Idem., *La Ley de 16 de diciembre de 1954 y su reglamento de 17 de junio de 1955 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento*, en *Estudios sobre Garantías reales* (Madrid 1973) 561-612.

En el derecho francés son también numerosos los ejemplos de gravámenes constituidos sobre un conjunto de cosas muebles cuya posesión no pasa al acreedor. Así por ejemplo: 1.—El *nantissement du fonds de commerce* (9); 2.—El *nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement professionnel* (10); 3.—El *warrant agricole* (11); 4.—El *warrant vinicole* (12); 5.—El *warrant pétrolier* (13); 6.—El *warrant sur stock de guerre* (14); 7.—El *warrant industriel* (15).

En Italia la posibilidad de constituir gravámenes sobre colectividades queda puesto de manifiesto en su código civil cuando establece que la prenda puede tener por objeto la *universalità di mobili* (16).

En el derecho alemán, el BGB establece una prenda legal a favor del arrendador tanto rústico como urbano sobre los frutos y los objetos introducidos en el arrendatario (17).

Creo que esta serie de ejemplos pone claramente de manifiesto la dificultad de determinar la naturaleza jurídica del gravamen que se constituye sobre una colectividad según el derecho vigente; mientras algunos ordenamientos jurídicos han admitido la particularidad de algún supuesto, otros no lo han hecho. Los legisladores modernos, debido a la nítida diferenciación entre prenda e hipoteca según el objeto gravado (mueble o inmueble), han encontrado notables dificultades al tener que regular el gravamen de colectivos impuestos por las necesidades económicas.

En el derecho romano clásico, como se va a ver a lo largo del presente trabajo, el fenómeno de la pignoración de colectivos fue relativamente frecuente. El hecho de que este fenómeno de la vida económica encajase sin dificultad en la regulación jurídica del *pignus* romano fue posible, a mi entender, debido entre otras a las siguientes razones: 1.—La ambigüedad del término *pignus* (18). Este vocablo no tuvo un significado unívoco: en las fuentes lite-

(9) Comentándolo M. EHRIG, *Das Faustpfand und die dinglichen Sicherheiten an beweglichen Sachen im französischen Recht* (Frankfurt 1969) 128-135.

(10) Sobre este gravamen EHRIG, [n 9] 188-195.

(11) Sobre este gravamen EHRIG, [n 9] 145-156.

(12) Sobre este gravamen EHRIG, [n 9] 157.

(13) Sobre este gravamen EHRIG, [n 9] 164-179.

(14) Sobre este gravamen EHRIG, [n 9] 172-173.

(15) Sobre este gravamen EHRIG, [n 9] 174-178.

(16) Esta posibilidad se menciona en el artículo 2.784 del CoCi italiano. Sobre la problemática planteada por este tipo de gravamen A. MONTEL, *Pegno* (derecho vigente) NNDI (19) 790-791.

(17) En concreto el § 559 del BGB en lo referente a los arrendamientos urbanos y el § 585 del BGB por lo que se refiere a los rústicos.

(18) Sobre los problemas que plantea la etimología de esta palabra ver MANICK, *Pignus*, 1.239 con la bibliografía allí citada. Últimamente ha vuelto sobre el tema BISCARDI, *Appunti*, 137-138.

rarias romanas se encuentra a menudo como *arrha* y apuesta (19); en las fuentes jurídicas se utilizó con múltiples acepciones: a) prenda con desplazamiento (20); b) prenda sin desplazamiento (21) c) garantía que tiene el redentor de un cautivo de guerra sobre el cautivo redimido debido al precio que pagó por la liberación (22); d) prenda judicial (23); e) prenda legal (24); f) fiducia (25); g) algo fiel y querido (26); 2.—La falta de requisitos formales para constituir el derecho de prenda (el gravamen surgía por el mero acuerdo de voluntades de las partes); 3.—La no diferenciación entre prenda con desplazamiento (nuestra actual prenda) y prenda sin desplazamiento (nuestra actual hipoteca) según que el objeto gravado sea un bien mueble o inmueble; 4.—La inexistencia de un sistema de publicidad adecuado que permitiera conocer a los acreedores pignoraticios la situación exacta de los objetos gravados.

(19) Esta es la traducción que se cree corresponde al término alemán *Wettensatz*. Según MANIGK, *Pignus*, 1.240-1.241, en la literatura latina clásica el término *pignus* aparece con este significado.

(20) Ver entre otras fuentes por ejemplo: Ulp, *OmnTrib* (Dig 2,15,8,15); Ulp, *Sab* 10 (Dig 12,6,13); Afric, *Quaest* 4 (Dig 16,1,17,1); Trif, *Disput* 8 (Dig 20,1,33); Pap, *Resp* 10 (Dig 20,2,1); Afric, *Quaest* 8 (Dig 20,4,9,2); Pap, *Resp* 3 (Dig 20,5,3,1); Paul, *Plaut* 7 (Dig 27,10,11). En todas ellas aparece la construcción *pignus datum*.

(21) Ver entre otras fuentes las siguientes: Pomp, *Epist* 9 (Dig 4,4,50); Ulp, *Ed* 28 (Dig 13,7,11,3); Marc, *FormHypoth* (Dig 20,1,16,8); Marc *FormHypoth* (Dig 20,2,5,1); Paul, *EdCurul* (Dig 21,1,43,8); Ulp, *Ed* 21 (Dig 28,5,30); Afric, *Quaest* 7 (Dig 46,3,38,5).

(22) Con esta acepción aparece en: Ulp, *Sab* 21 (Dig 30,43,3); Trif, *Disput* 4 (Dig 49,15,12,12); Ulp, *Sab* 12 (Dig 49,15,15); Paul, *Sab* 16 (Dig 49,15,19,9); Ulp, *Opin* 5 (Dig 49,15,21, pr). Sobre la aparición de este significado en las fuentes no jurídicas MANIGK, *Pignus*, 1.241.

(23) Con esta acepción se encuentra entre otros en los siguientes pasajes del Digesto: Gai, *Ed-Prop* (Dig 4,2,10,1); Ulp, *Ed* 11 (Dig 4,4,9, pr); Ulp, *Ed* 18 (Dig 9,2,29,7); Ulp, *Ed* 19 (Dig 10,2,18,6); Pap, *Resp* 7 (Dig 10,2,33); Ulp, *Ed* 25 (Dig 11,7,12,6); Ulp, *Disp* 3 (Dig 13,7,26, pr-1); Pomp, *Sab* 9 (Dig 15,1,23); Paul, *Quaest* 3 (Dig 20,1,28); Afric, *Quaest* 8 (Dig 20,4,9,2); Ulp, *Resp* 1 (Dig 20,4,10); Scaev, *Dig* 27 (Dig 20,4,21, pr); Pap, *Resp* 11 (Dig 20,6,1,2); Ulp, *Ed* 25 (Dig 21,2,50); Hermog, *IurEpit* 2 (Dig 21,2,74,1); Ulp, *OffCon* 2 (Dig 25,3,5,10); Ulp, *Ed* 24 (Dig 25,4,1,3); Paul, *Ed* 35 (Dig 27,9,3,1); Marc, *Inst* 8 (Dig 30,11,4,12); Pap, *Resp* 7 (Dig 33,1,9); Hermog, *IurEpit* 4 (Dig 36,4,1,1); Ulp, *Ed* 1 (Dig 39,2,4,2); Ulp, *Ed* 53 (Dig 39,2,15,30); Pap, *Resp* 10 (Dig 41,4,12); Jul, *Dig* 44 (Dig 41,5,2, pr); Ulp, *Ed* 58 (Dig 42,1,4,4); Ulp, *OffCons* 3 (Dig 42,1,15,2-11); Calist, *Cog* 2 (Dig 42,1,3,1); Pap, *Resp* 10 (Dig 42,1,40); Ulp, *Disput* 7 (Dig 42,1,58); Marc, *FormHypoth* (Dig 42,5,35); Pap, *Resp* 12 (Dig 42,6,4,1); Paul, *IudPub* (Dig 48,13,11,6).

(24) Dentro del Digesto, se considera que se refieren a este tipo de prendas los siguientes pasajes: Ulp, *Ed* 29 (Dig 14,6,7,2); Afric, *Quaest* 4 (Dig 16,1,17,1); Ulp, *Ed* 63 (Dig 20,1,20); Mod, *Regul* 3 (Dig 20,1,23); Pap, *Resp* 10 (Dig 20,2,1); Scaev, *Dig* 6 (Dig 20,2,10); Pap, *Quaest* 8 (Dig 20,4,1, pr); Ulp, *Ed* 73 (Dig 20,4,6, pr); Ulp, *Disput* 3 (Dig 20,4,7); Ulp, *Disput* 7 (Dig 20,4,8); Afric, *Quaest* 8 (Dig 20,4,9,3); Scaev, *Resp* 5 (Dig 20,4,19); Scaev, *Dig* 27 (Dig 20,4,21); Mod, *Resp* 4 (Dig 20,6,9,1); Ulp, *Sab* 31 (Dig 24,1,7,6); Paul, *Resp* 7 (Dig 24,3,49,1); Ulp, *Ed* 9 (Dig 26,7,2); Pap, *Resp* 5 (Dig 26,7,39,5); Paul, *Disput* 3 (Dig 27,9,2); Marc, *Reg* 3 (Dig 33,4,5); Gai, *LegEd* 2 (Dig 33,4,15); Pap, *Resp* 10 (Dig 42,3,37); Paul, *Decret* 3 (Dig 46,1,68,1); Marc, *Delat* (Dig 49,14,22,1); Ulp, *Disput* 3 (Dig 49,14,28); Hermog, *IurEpit* 6 (Dig 49,14,46,3); Pap, *Resp* 19 (Dig 50,15,5,2).

(25) Según HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 215, el término *pignus* se refiere a *fiducia* en los siguientes supuestos: Jul, *Dig* 3 (Dig 12,2,40); Ulp, *Ed* 30 (Dig 13,7,22, pr, 2,4); Ulp, *Ed* 30 (Dig 13,7,24); Ulp, *Disput* 2 (Dig 15,1,36); Jul, *Dig* 13 (Dig 18,2,10); Jul, *Dig* 13 (Dig 44,7,16).

(26) Sobre esta acepción MANIGK, *Pignus*, 1.241.

Estos y otros fallos puestos de manifiesto por los pandectistas a lo largo del siglo XIX (27), permitieron que legislaciones como la prusiana (28) establecieran las bases del actual sistema de garantías reales, al diferenciar claramente entre bienes muebles o inmuebles: los inmuebles sólo quedaban gravados de forma real cuando se inscribían en el registro hipotecario; respecto a los muebles el derecho real resultaba sólo de la tradición.

Este trabajo, como he indicado ya, va a tratar de analizar el funcionamiento del derecho de *pignus* en el derecho romano clásico, cuando el objeto gravado no era un bien individual, sino un conjunto de bienes, un colectivo natural o funcional. Esta colectividad podía estar constituida por ejemplo por: 1.—El instrumental agrícola que el colono introducía en la finca (*invecta et illata*) en garantía del pago de la renta; 2.—Los objetos introducidos en la vivienda por el inquilino, también en garantía del pago de la renta; 3.—Los frutos, tanto en garantía de pago de la renta, como en garantía de cualquier otra obligación; 4.—Un establecimiento mercantil, un rebaño o un bosque en garantía de cualquier obligación; 5.—El conjunto de bienes presentes y futuros del deudor en garantía de cualquier obligación; 6.—Un conjunto de mercancías, tanto en garantía de un préstamo normal como en garantía de un préstamo marítimo.

Al encontrarse los juristas romanos con este tipo de prenda, ¿dudaron, como hacemos ahora, de su efectividad como derecho real de garantía?; ¿se plantearon las mismas cuestiones que los juristas actuales? Evidentemente no, ya que los presupuestos actuales (diferenciación clara entre prenda e hipoteca según el objeto gravado; sistema de publicidad registral o entrega de posesión) sólo en cierta medida estuvieron presentes en el mundo romano. Como se verá a lo largo del presente trabajo, el estudio de las fuentes permite deducir que las cuestiones fueron otras. Así por ejemplo, por lo que se refiere a los objetos introducidos en el fundo por el colono, interesa saber si: 1.—¿Fue desde sus orígenes un auténtico derecho de prenda?; 2.—¿Podía el acreedor caso de impago de la renta pedir la ejecución del objeto o debía mediante la utilización de un interdicto limitarse a exigir la posesión de los objetos?; 3.—¿Qué ocurría si el deudor pignoraticio realizaba actos de disposición sobre los bienes gravados con la prenda antes del vencimiento?; 4.—¿Surgía el derecho de prenda por el mero acuerdo de voluntades o era necesario algún otro requisito?

En el supuesto de los objetos introducidos en un fundo urbano surgen también diferentes cuestiones: 1.—La facultad de manumitir a un esclavo pignorado reconocida al deudor, ¿permite hablar de un auténtico derecho real de

(27) Por ejemplo H. DERNBURG, *Pandekten*⁴ (Berlín 1894) 659-661; C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* 8 (Berlín 1849) 191-193.

(28) Sobre la misma SAVIGNY, [n 27] 194-196 y DERNBURG, [n 27] 660.

prenda?; 2.—Llegado el momento del vencimiento, ¿podía el acreedor pignoraticio proceder a la ejecución, o debía limitarse a efectuar una retención de los diferentes objetos introducidos en la vivienda y esperar a que el deudor le abonara la deuda?

Cuando la prenda se constituía sobre un conjunto de mercancías, el hecho de que permaneciera en poder del deudor, que seguía comerciando con ellas, ¿permitía hablar de una garantía real? Por otro lado, la acción Serviana solamente se concedía en el supuesto de que las cosas hubieran estado *in bonis debitoris* en el momento del acuerdo pignoraticio. ¿Qué pasaba con las mercancías que el deudor-comerciante adquiría después del acuerdo de prenda?; ¿se consideraban sometidas al acuerdo inicial, o por el contrario, el hecho de no encontrarse *in bonis debitoris* inducía a rechazarlas como posible objeto de prenda? En caso de que se admitiera su posible pignoración, ¿en base a qué se justificaba la misma?

Por lo que se refiere a la pignoración de frutos también plantea algunos problemas, como por ejemplo: 1.—¿Se necesitó siempre un acuerdo expreso para constituirla, o fue posible constituir el gravamen de forma tácita?; 2.—¿Podía el deudor pignoraticio vender libremente los frutos pignorados, o dicha venta podía ser considerada como hurto?; 3.—¿Qué medio jurídico tenía a su disposición el acreedor pignoraticio para pedir la ejecución de los frutos, caso de incumplimiento de la obligación principal, si estos no habían estado *in bonis debitoris* en el momento del acuerdo pignoraticio?

Problemas semejantes a éstos plantea la pignoración de un rebaño. En una explotación ganadera es habitual que nazcan crías después del acuerdo inicial de prenda sobre el rebaño, ¿qué pasaba con las mismas?; ¿estaban sometidas al acuerdo pignoraticio?; ¿en base a qué?; ¿era posible utilizar la acción Serviana para pedir la ejecución?

En el supuesto de que la pignoración abarque a todo el patrimonio del deudor, surgen también algunas cuestiones, como por ejemplo: 1.—Se incumbía nuevamente el requisito exigido por la acción Serviana para su concepción; 2.—Las fuentes reconocen al deudor la facultad de manumitir a los esclavos que forman parte de la prenda. ¿No suponía esta manumisión una contradicción con la existencia de un derecho real?; 3.—¿Cuándo surgía el derecho real, en el momento del acuerdo pignoraticio o en el momento en que las cosas entren en el patrimonio del deudor? El dar una solución u otra puede ser interesante de cara a determinar quién es el acreedor preferente en un supuesto de pluralidad de gravámenes pignoraticios sobre un mismo objeto.

En último lugar, quedan por mencionar algunos de los problemas planteados en la pignoración de mercancías en el supuesto de préstamo marítimo. Una cuestión inicial que se plantea es la posible vinculación de la institución al derecho helenístico. Si se admite que la institución tiene sus orígenes no en

Roma sino en Grecia, surge el problema de determinar si las normas referentes a la pignoración son también las propias de este derecho o por el contrario se aplica la regulación del derecho romano. Pero cualquiera que sea la respuesta a esta cuestión, hay claros indicios que hacen dudar de la estructura real del derecho de prenda constituido sobre las mercancías. Así por ejemplo se pone de manifiesto ésto por el hecho de que en la mayor parte de los casos iba a ser el propio deudor el que vendía las mercancías gravadas con la prenda fuera del ámbito de acción del acreedor. Por otra parte, el deudor no tenía las mercancías *in bonis*, en el momento del acuerdo de prenda, ya que normalmente el deudor compraba dichas mercancías precisamente con el dinero obtenido en préstamo y cuya devolución supuestamente garantizaba.

Pero al margen de estas cuestiones propias del derecho romano y algunas bastantes alejadas de la problemática actual, a lo largo del presente trabajo también se van a analizar otros temas, como por ejemplo la protección del acreedor pignoraticio (relación entre el interdicto Salviano y acción Serviana), la extinción del derecho de prenda, etc., problemas todos ellos no específicos de la pignoración de colectividades, sino comunes a cualquier tipo de prenda.

Y además de todas estas cuestiones, algunas de ellas propias de cada uno de los capítulos que a lo largo del presente trabajo se van a exponer, hay tres preguntas referentes al derecho de prenda en general que, a mi entender, el análisis de las fuentes que seguidamente se va a realizar permite contestar. En concreto, se trata de responder a las siguientes cuestiones: 1.—¿Existió un concepto unitario de la prenda en el derecho romano clásico?; 2.—¿Fue siempre el derecho de prenda un derecho auténticamente real?; 3.—¿Cuál fue la evolución que a lo largo de la época clásica tuvo el derecho de prenda en lo referente al objeto? ¿Se tendió a admitir la pignoración de bienes concretos y determinados que pasaban al acreedor o, por el contrario, fue posible admitir pignoraciones de colectividades que permanecían en poder del deudor?

CAPITULO 1

**PIGNORACION DE INVECTA ET ILLATA
EN LOS ARRENDAMIENTOS RUSTICOS**



§ 1.—INTRODUCCION

Este capítulo primero, está dedicado a analizar el funcionamiento del derecho de prenda constituido sobre los *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de un fundo rústico. Por ello, antes de efectuar el análisis de las fuentes, creo que puede ser interesante hacer una referencia a:

1.1. *Los arrendamientos rústicos en la vida económica romana*

En este primer punto, voy a intentar exponer las partes que normalmente intervienen en un contrato de arrendamiento rústico, así como algunos aspectos de su funcionamiento por ejemplo: la duración, la forma de pago, la extensión del terreno arrendado, etc.

Los sujetos del contrato de arrendamiento que dan lugar a la relación de garantía son varios. En primer lugar voy a hablar del *locator* o arrendador. Suele ser normalmente un gran propietario de terreno, lo que actualmente denominaríamos un terrateniente o latifundista (1). En la época republicana (al menos a partir de Catón) era un absentista que vivía normalmente en Roma y pertenecía a la *nobilitas* o al orden ecuestre (2). En la época imperial, entre

(1) Sobre el concepto de *latifundia* y las diferentes formas de entender el mismo ver entre otros los artículos de: K. D. WHITE, *Latifundia*, tr. al. en H. SCHNEIDER (ed), *Zur Sozial und Wirtschaftsgeschichte der späten römischen Republik* (Darmstadt 1976) 311-344 que contiene tanto un excelente análisis de las fuentes como matizaciones terminológicas; G. TIBILETTI, *Die Entwicklung des Latifundiums in Italien von der Zeit der Gracchen bis zum Beginn der Kaiserzeit*, tr. al. en H. SCHNEIDER (ed), *Zur Sozial und Wirtschaftsgeschichte der späten römischen Republik* (Darmstadt 1976) 11-78; CH. LÉCRIVAIN, *Latifundia*, DS 3, 956-971; M. MAZZA, *Terra e Forme di Dipendenza nell'impero romano*, en *Terre et paysans dépendants dans les sociétés antiques* (Paris 1979) 446-449; R. DUCAN-JONES, *The economy of the Roman Empire. Quantitative Studies* (Cambridge 1974) 323-326; M. I. FINLEY, *Terratenientes y campesinos*, tr. esp. en *La economía en la antigüedad* (Madrid 1974) 131-171; G. ALFÖLDY, *Römische Sozialgeschichte*³ (Wiesbaden 1984) 121 ss; J. P. LÉVY, *The Economic Life of the Ancient World*, tr. ingl. (Chicago-London 1967) 67; T. FRANK, *Rome and Italy of the Republic*, en T. FRANK (ed), *An economic survey of ancient Rome* (Baltimore 1933) 368-369 y T. FRANK, *Rome and Italy of the Empire*, en T. FRANK (ed), *An economic Survey of ancient Rome* (Baltimore 1940) 168-175.

(2) Ver en este sentido W. E. HEITLAND, *Agricola. A study of agriculture and rustic life in the greco-roman world from the point of view of labour* (Cambridge 1923) 153; L. CAPOGROSSI-

los titulares de estos grandes terrenos estaban también el emperador y las entidades públicas, que lógicamente los explotaban mediante representantes (3). En el Bajo Imperio sabemos que al margen del emperador, los principales propietarios eran miembros del orden senatorial (4), pudiendo pertenecer las grandes explotaciones agrícolas a profesores, obispos, etc. La corona, las ciudades y la Iglesia se encontraban también entre los grandes terratenientes abastentistas (5).

El arrendador podía encontrar directamente con el colono (6), en cuyo caso sería éste el *conductor* o arrendatario, o bien podía intervenir en la operación un *conductor*-intermediario, que tomaba en arriendo la totalidad del fundo del *locator* y lo subarrendaba el mismo a los colonos en pequeñas parcelas.

Nos interesa el término *colonus* en la aceptación de arrendatario del terreno ajeno, en oposición a *inquilinus*, o arrendatario de vivienda en la ciudad (7). En la época republicana parece que el término *colonus* abarcó tanto al arrendatario grande como pequeño (8). Normalmente, era un arrendatario li-

COLOGNESI, *Le régime de la terre à l'époque républicaine*, en *Terre et paysans dépendants dans les sociétés antiques* (Paris 1979) 325-326; ALFÖLDY, [n 1] 46, 110; LÉVY, [n 1] 67.

(3) Sobre las personas públicas, como terratenientes y su sistema de explotación ver entre otras las siguientes obras: LÉCRIVAIN, [n 1] 958-962; E. KORNNEMANN, *Domänen*, PWRE suppl. 4, 261-262; F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica* 2 (Firenze 1980) 239 ss; H. BELLEN, *Die Verstaatlichung des Privatvermögens der römischen Kaiser im 1. Jahrhundert n. Chr.*, ANRW 2/1, 91-112.

(4) LÉCRIVAIN, [n 1] 962 y ALFÖLDY, [n 1] 176-177.

(5) Sobre la corona A. M. JONES, *The Later Roman Empire* 2 (Oxford 1964) 772 y sobre la iglesia especialmente 781; LÉCRIVAIN, [n 1] 974 y KORNNEMANN, [n 3] 266.

(6) En general sobre este tema ver la reciente y exhaustiva relación bibliográfica de A. GONZÁLEZ BLANCO, *Bibliografía sobre el colonato romano y sus problemas*, en *Memorias de Historia Antigua, Actas del Coloquio 1978: Colonato y otras reformas de dependencia no esclavistas* (Oviedo 1980) 229-237. Relación a la que hay que añadir la reciente obra de P. W. DE NEEVE, *Private Farm-tenancy in Roman Italy during the Republic and the Early Principate* (Amsterdam 1983) y la de K. P. JOHNE - J. KOHN - V. WEBER, *Die Kolonen in Italien und den westlichen Provinzen des römischen Reiches* (Berlin 1983).

(7) Sobre las posibles acepciones del término *colonus* ver: O. SEECK, *Colonus*, PWRE 4, 485; DE NEEVE, [n 6] capítulo II; G. FATÁS-F. MARCO, *Consideraciones sobre el colonato*, en *Memorias de Historia Antigua, Actas del Coloquio 1978: Colonato y otras formas de dependencia no esclavistas* (Oviedo 1980) 188; ALFÖLDY, [n 1] 122 y KOHN, [n 6] 167-174. Sobre el sentido en que es utilizado el término por Catón ver HEITLAND, [n 2] 167; por Cicerón 195; por Horacio 315; por Varrón 183-184; por Virgilio 230. DE NEEVE, [n 6] capítulo II § 3-5, indica que el término *colonus* en este sentido de arrendatario, es empleado por primera vez en las fuentes en el siglo I a.C. Para este autor el término *colonus* nunca significó de forma automática arrendatario, sino que su significado inicial fue el de agricultor.

(8) Así al menos lo considera R. GUNTHER, *Die Entstehung des Kolonats im 1. Jahrhundert v.u.z. in Italien*, en H. SCHNEIDER (ed), *Zur Sozial und Wirtschaftsgeschichte der späten römischen Republik* (Darmstadt 1976) 265-270. Según este autor el gran arrendatario es propio de aquellos lugares en que la gran propiedad está esparcida entre diferentes explotaciones agrícolas. En aquellos lugares en que la gran posesión tiene carácter continuo surge el pequeño arrendatario.

bre que pagaba *merces* o canon y después de transcurrido el plazo pactado para el contrato podía dar por finalizado el mismo y pasar a arrendar otro fundo. Pero la situación del colono varió a medida que se instauró y avanzó el Imperio (9). Tras la decadencia pasajera que sufrió el colonato en la época de Augusto, debido a la existencia de numerosos esclavos en el siglo I. p.C., volvió a extenderse a lo largo de todo el siglo II, y se convirtió en esta época en la forma normal de explotación (10). El colono, que era un personaje completamente necesario en todas las haciendas, no participaba aún en el proceso productivo de las tierras que no hubieran sido puestas en arriendo. Al igual que al final de la época republicana, tampoco debía efectuar ningún trabajo para su dueño, pero a diferencia de lo que ocurría en la misma, debía abonar la renta no sólo en dinero, sino también en especie, siendo el abono de esta manera lo normal a partir del siglo II, p.C. En cuanto a su posicionamiento personal respecto al trabajo, parece que no solía ser muy diligente sobre todo cuando tenía una procedencia urbana (11). Sus relaciones con el *conductor*-intermediario no eran muy buenas, como lo demuestran los conflictos que entre ellos se dieron (12). En el Bajo Imperio el colonato era un fenómeno social y jurídico diferente al del Alto Imperio (13). Como sistema de adscripción de la población rural a la tierra se introdujo debido a las medidas fiscales impuestas por Diocleciano (14), ya que el censo tuvo que incluir a toda la población rural trabajadora, tanto propietarios como arrendatarios. Tras la ley de 30 de octubre del año 332, en que Constantino estableció la imposibilidad por parte del colono de abandonar la tierra (15), la regulación que fue apareciendo a lo largo de todo el siglo IV, p.C. (16) estuvo directamente encaminada a

(9) Sobre la evolución que sufre la posición jurídica del colono ver B. W. FRIER, *Law, Technology and social change: The equipping of Italian farm tenants*, ZSS 96 (1979) 219-225.

(10) En este sentido ver SEECK, [n 7] 486-487.

(11) SEECK, [n 7] 486-487.

(12) Así varias fuentes del siglo II p.C. nos hablan de la mala situación de los colonos y las quejas correspondientes que dirigen al emperador Cómodo. Sobre las mismas FATAS - MARCO, [n 7] 148 y DE MARTINO, [n 3] 249.

(13) J. KOLENDO, *Le problème du développement du Colonat en Afrique romaine sous le Haut-Empire, en Terre et paysans dépendants dans les sociétés antiques* (Paris 1979) 410 y G. BRAVO, *El estatuto político del colono en la génesis de la sociedad bajoimperial*, en *Memorias de Historia Antigua Actas del coloquio de 1978: Colonato y otras formas de dependencia no esclavista* (Oviedo 1980) 61; DE MARTINO, [n 3] 411-412.

(14) En este sentido ver SEECK, [n 7] 497; A. H. M. JONES, *The roman colonate*, 297, 306 y *The caste system in the later roman empire*, 406-407, 416-417 ambos artículos en *The roman economy* (Oxford 1974); ALFÖLDY, [n 1] 173 ss y A. H. M. JONES, *The decline of the ancient world* (New York 1966) 292.

(15) CT 5,17,1.

(16) Entre otras ver las siguientes constituciones: CJ 11,52,1 y CJ 11,53,1 donde se recogen leyes de Valentiniano y Teodosio I que abolen la *capitatio* en Illyricum y Tracia respectivamente, pero imponiendo a los colonos una inmovilidad total; CJ 11,51 recoge la *Lex a maioribus constituta* en la que Constantino permite al *dominus* atar con cadenas al *servus fugitivo*; CT 11,3,2 recoge una ley de Constantino en la que se impide vender *mancipia censibus ascripta* (p. ej. esclavos rurales) fuera de la

mantener el potencial de la agricultura, y por lo tanto, a seguir con el sistema de adscripción (17).

El *conductor*-subarrendador surgió en los casos en los cuales el *locator* arrendaba la totalidad del fundo y el arrendatario subarrendaba todo o parte a diferentes colonos; por lo tanto, realizaban un papel de intermediario entre el propietario y el pequeño arrendatario. Era un personaje antiguo, del que tenemos noticias a través de las obras de Catón y Plauto (18). En la época republicana, su actividad abarcaba a los diferentes campos de la economía (19). En la época imperial era normalmente un campesino acomodado que cultivaba parte de la tierra mediante un *villicus* o un *actor* y el resto la subarrendaba a colonos (20), respecto de los cuales era un personaje importante. Disponía de gran capital, podía vivir en la ciudad, y en algunos casos llegó a adquirir la importancia de un procurador imperial (21). Su situación privilegiada duró hasta la época de los Severos, empeorando la misma durante el Bajo Imperio, periodo en el cual este personaje parece que era normalmente un esclavo, aunque también podía ser una persona libre (22). Entre las ocupaciones que desarrollaba destaca la de carácter fiscal; se ocupaba de pagar al propietario una renta fija obteniendo su beneficio con los impuestos extras que recaían sobre el colono.

Un personaje importante en el campo de la explotación agraria era el *villicus* (23). Se entendía como tal al administrador rural, que se ocupaba de vigilar el trabajo a realizar por los esclavos colonos o asalariados para su patrón, que podía ser tanto el propietario como el *conductor*-subarrendador. Este personaje surgió en las grandes explotaciones, y ya desde la época de

provincia; CJ 1.1.48,7 recoge una ley de Valentiniano I, en que se impide vender la tierra sin los esclavos rurales que figuran en el censo; CT 10.12.2, en que Valentiniano I ordenó investigar la situación de los esclavos sin dueño que acudían al emperador, y en caso de que se probara que se estaba ante un colono, era de nuevo entregado a su señor.

(17) Sin embargo, parece que no todos los colonos quedaron vinculados, sino solamente aquellos que habían sido registrados originariamente en el censo y son estos lo que reciben el nombre de *adscripticii* (en el Este) o de *originales* (en el Oeste). Sobre la posible acepción del término *adscripticii* ver JONES, [n 5] 799-802; SBECK, [n 7] 499-502; JONES, [n 14] 303-305 y 417; DE MARTINO, [n 3] 412-413; ALFÖLDY, [n 1] 171 y D. EIBACH, *Untersuchungen zum spätantiken Kolonat in der kaiserlichen Gesetzgebung* (Köln 1977) 132-213.

(18) CAT., *Agr.*, 14,3; 150,2.

(19) G. ÜRÖGDI, *Conductores*, PWRE suppl. 12, 159.

(20) LÉCRIVAIN, [n 1] 967 y S. I. KOVALJON, *Historia de Roma*, tr. esp. 2 (Madrid 1975) 137.

(21) Según ÜRÖGDI, [n 19] 162, el procurador del emperador es tratado como un colega por el *conductor* subarrendador.

(22) JONES, [n 5] 791.

(23) Sobre la posible acepción del término ver: FORCELLINI, *Lexicon* 6, 337-338; HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 624; K. SCHNEIDER, *Vilicus, vilica*, PWRE 8/2, 2.136-2.141.

Catón tenemos conocimiento de su existencia (24). Como el *dominus* normalmente se encontraba ausente y se limitaba a inspeccionar sus dominios periódicamente, se valía de este sujeto, normalmente de condición servil, para explotar el fundo. Debía reunir una serie de características que rara vez se podían dar en la misma persona (25). En la época imperial participaba también en la administración de los grandes dominios, tanto públicos como privados, como ayudante del *procurator* (26). En las fuentes, a veces, es difícil distinguirlo del *institor*, del *actor* o incluso del *procurator* (27).

El contrato de arrendamiento realizado por estos personajes recaía sobre un fundo que podía tener extensión variable. A veces se daban en arrendamiento grandes dominios, siendo frecuente en estos supuestos el fenómeno del subarriendo (28).

La duración del contrato de arrendamiento varió según los lugares. A lo largo de la época imperial, en Italia parece que la duración normal del contrato de arrendamiento era de cinco años (29), entendiendo las partes que cuando no hubiera rescisión del mismo continuaba tácitamente (*reconductio tacita*) (30), siempre que las tierras fueran de carácter privado (31). En Egipto, en

(24) Ver por ejemplo CAT, *Agr.*, 5,1-2; 10,1; 11,1; 56; 142. Analiza con detenimiento la situación de este personaje en esta época C. CASTELLO, *Sui rapporti tra «dominus» e «villicus» desuniti dal «De Agri Cultura» di Catone*, ASRI, 76-140 y W. KALTENSTADLER, *Arbeitsorganisation und Führungssystem bei der römischen Agrarschriftstellern (Cato, Varro, Columella)* (Stuttgart-New York 1978) 27-28; 46-47.

(25) Así se dice en las fuentes que: Debe ser preparado desde joven, no siendo conveniente dar este puesto a un esclavo urbano, sino a una persona acostumbrada a los trabajos agrícolas de mediana edad, que tenga buena memoria, honesta, que mande sin crueldad, vigile a los subordinados y haga que cumplan el trabajo. Se debe levantar el primero al amanecer y reprimir toda lentitud y relajo. Sobre estas y otras características ver CAT, *Agr.*, 5,2; COLUM, *RR.*, 1,8; 11,1; VARRO, *RR.*, 1,17,4 y PLIN, *NH.*, 18,20; 18, 36-44.

(26) Este *procurator* habitualmente también es un esclavo, si bien en los *salutis* imperiales parece que es un liberto. Sobre la explotación de estos *salutis* imperiales ver: KORNEMANN, [n 3] 255-265; LÉCRIVAIN, [n 1] 958 y WHITE, [n 1] 335.

(27) Ver por ejemplo Paul, Vit 2 (Dig 33,7,18,14) o Scaev, Resp 5 (Dig 20,1,32) (§ 8), texto este último que se analiza dentro de este mismo capítulo.

(28) Sin embargo FINLEY, [n 1] 142 y CAPOGROSSI-COLOGNESI, [n 2] 330-332, indican que siguieron existiendo pequeñas explotaciones dadas en arrendamiento que eran trabajadas por el *conductor*-arrendatario que no las cedía en subarriendo. Respecto al proceso de concentración y los diversos medios utilizados por los terratenientes para ello ver R. MAC-MULLEN, *Roman Social Relations* (New Haven-London 1974) 6-12; JONES, [n 5] 773-779, en lo referente al Bajo Imperio y KORNEMANN, [n 3] 97-104, en lo referente a la República.

(29) Por ejemplo se recoge este plazo en Ulp, Sab 34 (Dig 12,1,4,1); Ulp, Ed 32 (Dig 19,2,9,1); Ulp, Ed 32 (Dig 19,2,13,11); Paul, Ed 34 (Dig 19,2,24,4); Paul, Plaut 9 (Dig 45,1,89). Sin embargo, habla de bienes Paul, Resp 3 (Dig 19,2,54,1); Jul, Min 4 (Dig 19,2,32); Paul, Ed 34 (Dig 19,2,24,5) mencionan periodos de varios años.

(30) Sobre la *relocatio tacita* ver KASER, *RPR* 1^a, 568 n 52; *Studien* 3, 55 = *Studien*, 181 y MAYER-MALY, *Locatio conductio*, 218-223.

(31) Las tierras del Estado y de las ciudades se arriendan por periodos más largos, incluso a perpetuidad. En este sentido ver Paul, Ed 21 (Dig 6,3,1,pr) y Paul, Sent 5 (Dig 39,4,1,1).

cambio, parece que no fue habitual un arrendamiento de semejante duración. Normalmente duraba entre 1, 3 y 4 años, y no aplicaba la prórroga tácita (32). En Grecia eran habituales, al igual que en Italia, los arrendamientos por periodos de 5 años (33).

Por lo que hace referencia al precio (*merces*) o canon que abonaban los arrendatarios-colonos, nos interesa determinar su forma de pago. En Italia la regla usual era el abono de una cantidad en metálico al menos en la época republicana y al comienzo de la imperial. En el siglo II p.C., ante la dificultad de conseguir cantidades de dinero, se establecía la posibilidad de abonar parte del precio en especie, imitando a Africa, donde el pago entregado parte de la cosecha era lo habitual. En Egipto había variedad de sistemas, así mientras en algunos arrendamientos el abono se hacía en metálico, en otros el pago de la renta era totalmente en especie. También había algunos supuestos en los cuales el abono de la renta constituía una mezcla de pago en metálico y en especie. En Grecia igualmente se seguía un sistema dual; en algunas ocasiones el pago era en metálico, mientras que en otras el abono de la renta se hacía entregando una parte de los frutos (34).

Respecto al momento en que el colono debía efectuar el pago, considera Mayer-Maly (35) que estuvo en vigor la práctica de *postnumerare*, es decir, pagar una vez finalizado el arrendamiento.

Para garantizar el pago de esta renta se daban prendas y fianzas, y es precisamente el análisis de las fuentes en que se produce una pignoración de *invecta et illata* lo que se va a realizar en este capítulo.

1.2. Concepto de *Invecta et Illata*

En las fuentes que voy a analizar a lo largo de este capítulo, se utilizan diferentes expresiones para referirse a los diferentes objetos que el arrendatario introduce en el fundo en garantía del pago de la renta y que tradicionalmente se denominan *invecta et illata* (36). En los textos, sin embargo, no se utiliza únicamente esta locución, sino que se habla de: *inducta invecta impor-*

(32) Sobre el arrendamiento de los diferentes tipos de tierras y sus formas de explotación ver: A. C. JOHNSON, *Roman Egypt to the reign of Diocletian*, en T. FRANK (ed), *An economic survey of ancient Rome* (Baltimore 1936) 74-145; J. HERRMANN, *Studien zur Bodenpacht im Recht der graeco-ägyptischen Papyri* (München 1958) 89-98 y TH. PEKÁRY, *Die Wirtschaft der griechisch-römischen Äntike* (Wiesbaden 1976) 89.

(33) SEECK, [n 7] 494.

(34) Sobre estas formas de pago ver: JONES, [n 5] 803; PEKÁRY, [n 32] 89; HEITLAND, [n 2] 211; SEECK, [n 7] 486 (Italia); 490 (Africa); 493 (Egipto) y 494 (Grecia).

(35) MAYER-MALY, *Locatio conductio*, 139.

(36) Dan esta acepción: E. PALMIERI, *Invecta et illata*, NNDI 9,1 y V. DE VILLA, *Invecta et illata*, NDI 7,128. Igualmente VIR 7,130-133 recoge este concepto.

tata (37); *omnia illata vel inducta* (38); *inducta in fundum illata* (39); *invecta importata* (40); *quae in fundo inlata erunt* (41). Con esta serie de sinónimos: *inducta, illata, invecta, importata*, etc., se hace referencia a este conjunto de cosas, pero no se especifica qué objetos podían constituir los *invecta et illata*. Esta disparidad terminológica plantea el problema de ver si cada uno de estos términos tiene una acepción propia o no. Como se va a ver con más detenimiento en la introducción del capítulo siguiente, creo que el término *inducta* puede hacer referencia a los esclavos y animales, mientras que con los términos *invecta, illata, importata*, posiblemente se está haciendo referencia al mobiliario inmóvil (42). Sin embargo, existen varios ejemplos en las fuentes que pueden ilustrarnos acerca del posible contenido de los *invecta et illata*. Así Catón (43), a lo largo de los capítulos 146-150 de su trabajo *De Agricultura*, menciona varias veces el fenómeno de la pignoración de *invecta et illata*, y en concreto habla de los esclavos, el ganado y de un esclavo pastor (44). Igualmente, en Dig 19,2,19,2 (45), se habla de la posibilidad de establecer en un puesto de arrendamiento de un fundo un acuerdo entre las partes contratantes.

(37) Scaev, Resp 5 (Dig 20,1,32) (§ 8). En este texto aparece también la locución *ibi nata parata* que sin lugar a dudas hace referencia a la pignoración de frutos, supuesto de hecho diferente a la pignoración de *invecta et illata*.

(38) Dig 20,2,7,1 (Pomp, VarLect 13), texto que se analiza en el párrafo quinto.

(39) Dig 20,4,11,2 (Gai, FormHypoth), texto en el que también aparece la expresión *ibi nata* que hace referencia a los frutos, y que se analiza en el § 7.

(40) Dig 20,6,14 (Lab, PostlavoriEpitom 5) que se analiza en el § 2.

(41) CAT, Agr, 146,2.

(42) Ver lo que se indica en este punto en el § 19,2 del capítulo segundo.

(43) Sobre Catón como agrónomo ver: HEITLAND, [n 2] 164-171; R. MARTIN, *Recherches sur les agronomes latins* (Paris 1971) 81-93; G. TOZZI, *Economistas griegos y romanos* (México 1974) 216-224; sobre su vida, sus obras, características de las mismas, transmisión, etc., Ver: M. SCHANZ - C. HOSIUS, *Geschichte der römische Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinians 1/1⁴* (München 1959) 178-192; D. KIENAST, *Cato der Zensor. Seine Persönlichkeit und seine Zeit* (Heidelberg 1954 = Darmstadt 1979); R. TILL, *Die Sprache Catos* (Leipzig 1935); N. W. FORDE, *Cato the Censor* (Boston 1975); A. E. ASTIN, *Cato The Censor* (Oxford 1978).

(44) 149,2: *Donicum pecuniam <soherit aut> satisfecerit aut delegarit, pecus et familia, quae illuc erit, pigneri sunito. Si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat.*

150,2: *Conductor duos menses pastorem praebeat; donec domino satisfecerit aut solverit, pignori esto.*

(45) Dig 19,2,19,2 (Ulp, Ed 32): *Illud nobis videndum est, si quis fundum locaverit, quae soleat instrumenti nomine conductori praestare, quaeque si non praestet, ex locato tenetur. Et est epistula Neratii ad Aristonem doli utique colono esse praestanda et praelium et trapetum instructa funibus, si minus, dominum instruere ea debere. Sed et praelium vitiatum dominum reficere debere. Quod si culpa coloni quid eorum corruptum sit, ex locato eum teneri. Fiscos autem, quibus ad premendam oleam utimur, colonom sibi parare debere Neratius scripsit: quod si regulis olea prematur, et praelium et succulam et regulas et tympanum et cocleas quibus relevatur praelium dominum parare oportere. Item aeternum, in quo olea calda aqua Lavatur, ut cetera vasa olearia dominum praestare oportere. Item aeternum, quae ad praesentem usum colonom picare oportebit. Haec omnia sic sunt accipienda, nisi si quid aliud specialiter actum sit.* Comenta el texto con detenimiento FRIER, [n 9] 207-209, y con base en el mismo mantiene que el arrendador debía aportar junto con el fundo el equipo durable que fuera necesario para la explotación.

tes, en el que se diga lo que debe aportar cada uno y se pone como ejemplo el arrendamiento de un olivar.

Pero sin lugar a dudas, el texto más ilustrativo en este sentido es un pasaje de Paulo, Dig 33,7,24 (46), según el cual los *invecta et illata* del colono puede considerarse parte del *intrumentum fundi*. Y estos *invecta et illata*, que el colono introducía en la finca y que eran considerados *instrumenta*, es claro que no siempre eran los mismos; probablemente serían diferentes según el tipo de explotación que se efectuara en el fundo (47).

§ 2.—DIG 20,6,14 (Lab, Post a IavolEpitom 5)

El texto más antiguo dentro de las fuentes jurídicas clásicas que hace referencia a un supuesto de pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago del precio de un arrendamiento rústico es Dig 20,6,14 (Lab, Post a Epitom 5):

Cum colono tibi convenit, ut invecta importata pignori essent, donec merces tibi soluta aut satisfactum esset: deinde mercedis nomine fideiussores a colono accepisti. Satisfactum tibi videri existimo et ideo illata pignori esse desisse.

El pasaje es de M. Antistius Labeo (Labeón) hijo del jurista republicano Pacuvius Antistius Labeo (48).

El texto procede de una obra que en el Digesto se encuentra mediante un doble título: *Labeo libro... posteriorum a Iavoleno epitomarum* y *Iavolenus libro... posteriorum*, mientras que en el *Index florentinus* figura simplemente como *Posteriora Labeonis* (49). La obra tuvo una transmisión complicada. Berger (50) y Lenel (51) creyeron que los fragmentos procedían de un resu-

(46) Ver el análisis de este texto en este mismo capítulo (§ 10).

(47) Puede ser ilustrativo en este sentido los diferentes pasajes que componen el libro 33, título séptimo del Digesto dedicado al legado del fundo con pertenencias y al legado de las pertenencias. Sobre este tema ver A. STEINWENTER, *Fundus cum instrumento (Eine agrar- und rechtsgeschichtliche Studie)* (Wien -Leipzig 1942) y V. JON, *Die Auslegung des Legats von Sachgesamtheiten* (Karlsruhe 1970).

(48) Labeón se mostró como un claro defensor del sistema republicano y opositor al nuevo régimen. Como miembro del orden senatorial, ocupó algunos cargos públicos pero rechazó el consulado. Probablemente no gozó del *ius publice respondendi*, pese a dedicarse a la enseñanza y al estudio. Su actividad literaria fue muy profunda y abarcó facetas muy diversas: estudios gramaticales, etimológicos, históricos, retóricos, filosóficos, jurídicos, etc. Murió entre los años 10 y 22 p.C. Sobre todo esto ver: KUNDEL, *Herkunft*, 114; KRÜGER, *Geschichte*, 154-156; DULCKEIT-SCHWARZ-WALDSTEIN, *RRG*, 231; SCHULZ, *GR*, 120, 141; FREZZA, *Storia*, 492-493; KASER, *RRG*, 186; WENGER, *Quellen*, 496-497; GUARINO, *Storia*, 469-470.

(49) WIEACKER, *Textstufen*, 63.

(50) BERGER, *Octavius, PWRE*, 17/2, 1.836.

(51) LENEL, *Paltingenesia* 1, 299 n 4.

men realizado por *Iavolenus Priscus* (siglo I p.C. finales). Guarino cree que la publicó algún amigo o discípulo de Labeón (52). Schulz (53) consideró sin embargo que los compiladores no utilizaron este resumen sino extractos del mismo sacados de dos versiones diferentes. En cualquier caso, es claro que los compiladores no trabajaron con el original de Labeón (54).

En el Digesto el pasaje está situado en el título sexto del libro veinte, donde se tratan de las diferentes formas de extinción de la prenda. La reconstrucción palingénésica que Lenel hizo de la obra parece indicar que el contexto en el que se encontraba el pasaje trataba de problemas relacionados con el arrendamiento en general (55).

El pasaje hace referencia a un supuesto de arrendamiento rústico, en el que el colono conviene que los *invecta et importata* queden en garantía hasta que se produzca el pago o el acreedor reciba satisfacción, entendiéndose que la misma se ha producido cuando el acreedor recibió un fiador.

El texto comienza haciendo referencia a la existencia de un convenio entre el arrendador de una finca y su colono-arrendatario. En dicho acuerdo las partes contratantes establecieron que los *invecta-importata* (56) quedarán pignorados. Con base en esta afirmación inicial se puede pensar que, en la época del jurista (s. I p.C.), las partes contratantes podían realizar acuerdos expresos en los que se estableciera que los *invecta-importata* quedarán en prenda del pago de la renta en un supuesto de arrendamiento rústico.

Sin embargo, a mi entender, el pasaje es particularmente interesante por la referencia que contiene a la *solutio* y a la *satisfactio* como formas de extinción del derecho de prenda. Según el mismo, la pignoración de las cosas introducidas en el fundo duraba hasta que tuviera lugar alguno de estos dos fenómenos. En el presente caso, el problema debatido consistía en determinar si la *fideiussio* (57) se podía considerar *satisfactio* y por lo tanto, si se había extinguido el derecho de prenda.

Antes de entrar a comentar la respuesta del jurista, creo que puede ser interesante tanto establecer algunas de las posibles acepciones de los términos *solutio* y *satisfactio* como mencionar los antecedentes de esta dualidad extin-

(52) GUARINO, *Storia*⁴, 470.

(53) SCHULZ, *GRR*, 257-261.

(54) SCHULZ, *GRR*, 257; KRÜGER, *Geschichte*², 157; WIEACKER, *Textstufen*, 63; BERGER, [n 50] 1.836.

(55) LENEL, *Palingenesia* 1, 309-312; nrs 206-216 y 299 n 4 donde explica la duplicidad de fragmentos que según él no tiene mucho sentido mantener.

(56) No se habla como en otros textos p. ej. Dig 20,4,1,2 (Gai, FormHypoth) y Dig 20,1,32 (Scaev, Resp 5) de *ibi nata*.

(57) Sobre la *fideiussio* ver KASER, *RPR* 1², 663 donde se menciona la bibliografía más importante existente sobre el tema.

tiva del derecho de prenda. Sobre el concepto de *satisfactio* existen diferentes opiniones entre los romanistas: Roussier (58) la define como todo acto jurídico tendente a asegurar al acreedor que será pagado por el otorgamiento de una seguridad. Con base en esta definición, considera que el término *satisfactio* en la época clásica era más amplio que el de *satisfactio*. Brasiello (59) sin embargo, se muestra contrario a esta opinión y considera que en la época clásica ambos conceptos son equiparables. Para el romanista portugués Cruz (60) *satisfactio*, por contraposición a *solutio*, es toda y cualquier forma de cumplimiento de una obligación que no sea *solutio*, entendiéndose por tal en la época clásica únicamente el cumplimiento exacto de las obligaciones de *dare certum*. Y a mi entender, es perfectamente lógica esta divergencia de criterios, ya que las fuentes que tratan de la materia son bastante confusas. Así por ejemplo, Gayo en Dig 2,8,1 (61) equipara *satisfactio* con *satisfactio*, mientras que Ulpiano en Dig 13,7,9,3 (62) concibe la *satisfactio* de una forma mucho más amplia: abarcaría al margen de la fianza otros actos, tales como la novación y el mero convenio entre las partes.

Pero cualquiera que sea el concepto que se hubiera tenido sobre la *satisfactio* en la época clásica, estricto o amplio, es claro que el mismo, como forma extintiva del derecho de prenda contrapuesta a la *solutio*, tuvo sus antecedentes en la época republicana. Ya Catón, en los capítulos 146-150 de su tratado *De Agricultura* (63), ya mencionados en la introducción (64) y que no se analizan por estar dedicado el presente trabajo a estudiar las fuentes clásicas

(58) ROUSSIER, *Satisfacere*, StDeFrancisci 2, 140-148.

(59) BRASIELLO, *Satisfactio*. *Preliminari e diritto classico*, StSenesi 52 (1938) 43-45.

(60) S. CRUZ, *Da Solutio: terminologia, conceito e características e análise de vários institutos afins I: épocas arcaicas e clássica* (Coimbra 1962) 227-249, contrapone los términos *solvere-satisfacere*.

(61) Gai. EdProv 5: *Satisfactio eodem modo appellata est quo satisfactio. Nam ut satisfacere dicimur ei, cuius desiderium implemus, ita satisfacere dicimur adversario nostro, qui pro eo, quod a nobis petit, ita cavet, ut eum hoc nomine suorum facturus datis fideiussoribus.*

(62) Ulp. Ed 28: *Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio. Satisfactum autem accipimus quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum: sine alius pignoris sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fideiussoribus sive reo dato sive pretio aliquo vel nuda conventione, nascitur pignoratitia actio. Et generaliter dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri et satisfactum, si ut ipse voluit sibi cavet, licet in hoc deceptus sit.*

(63) Sobre los diferentes problemas tratados en esta obra ver C. CASTELLO, *Nuovi spunti su problemi di storia, economia e diritto desunti del De Agri Cultura di Catone*, StDonatuti 1, 237-264. Sobre la influencia de la cultura griega en esta obra ver S. BOSCHERINI, *Lingua e scienza greca nel «De agri cultura» di Catone* (Roma 1970).

(64) Al margen de los párrafos mencionados en la nota 44 (149,2 y 150,2) existe otra mención a los *inventa et illata* en la *De Agricultura* de Catón, el 146,2: *Recte haec dari fierique satisque dari domino aut cui iusserit promittito satisque dato arbitraui domini; donicum solum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt; pignori sunt: ne quid eorum de fundo deportato: si quid depon taverit, domini esto.*

(65), establecía la pignoración de los objetos que *in fundo inlata erunt* hasta que tuviera lugar la *solutio*, la *satisfactio* o la *satisfactio*. A lo largo de estos pasajes, Catón habla unas veces de *solutio* o *satisfactio* (66), mientras que otras son *solutio* o *satisfactio* los términos mencionados (67). Ello puede que, en la época de este autor (234-149 a.C.), ambos vocablos *satisfactio-satisfactio* podían concebirse como sinónimos, y probablemente podían figurar de manera indistinta en la formulación empleada por el acreedor pignoraticio al pedir protección jurídica, cualquiera que esta fuese (68). Y estas locuciones (*solutio* o *satisfactio*; *solutio* o *satisfactio*), probablemente eran un cliché de carácter procesal como lo demuestran las fórmulas de la *actio Serviana* (69) y de la *actio pigneraticia* (70). Y puede confirmarse esta idea el hecho de que varios textos referentes al derecho de prenda mencionan esta doble forma de extinción y equiparan sus efectos: Ulpiano en Dig 13,7,9,3 (71), al hablar de la acción pignoraticia, indica que es necesario para su ejercicio el pago o la satisfacción. Igualmente este autor en Dig 43,32,1, pr (72), al recoger el interdicto de *migrando*, establece la posibilidad de emplear el mismo cuando se ha pagado o dado satisfacción. Marciano en Dig 20,1,13,4

(65) Sobre la problemática planteada por los mismos ver: DERNBURG, P 1, 65-66; ASCOLI, *Origine*, 54-55; EBRARD, *Digestenfragmente*, 11-17; MANIGK, *Pignus*, 1246-1247; IDEM, *Pfandrechtliche Untersuchungen* 1, 29-33 y 61; CARCATERA, *Cose future*, 150, 155-156; BURDESE, *Lex commissoria*, 98-109; SARGENTI, *Il de Agricoltura di Catone e le origini dell'ipoteca romana*, SDHI 22 (1956) 158-184; U. VON LÜBTOW, *Catos leges venditioni et locacioni dictae*, SymbTaubenSchlag, 3 = Eos 48 (1957) 227-441 especialmente 309-337; WUBBE, *Res aliena*, 287; A. WATSON, *Actio Serviana and actio hypothecaria*, SDHI 27 (1969) 356; A. GOURON, *Gage confirmatoire et gage pénitentiel en Droit romain*, RHDFE 39 (1961) 18-21; P. FREZZA, *I formulati catoniani e le forme della protezione del creditore pignoraticio*, StBetti 2, 453; FREZZA, *Garanzie* 2, 84-87; KASER, *RPR* 1, 464; C. RASCÓN, *Pignus y custodia en el Derecho romano clásico* (Oviedo 1976) 32-41; KASER, *Studien* 1, 237-239; 248-250 = *Studien*, 5-7; 16-18.

(66) CAT., *Agr*, 146.2 y 146.3.

(67) CAT., *Agr*, 149.2 y 150.2.

(68) No está en absoluto claro el medio procesal que utilizaría el acreedor así DERNBURG, P 1, 66, menciona la *actio quasi-Serviana*; EBRARD, *Digestenfragmente*, 11 y W. KUNKEL, *Zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, ZSS 90 (1973) 152 n 2 hablan de la *actio Serviana*; KASER, en diferentes publicaciones (*Zum römischen Fremdbesitz*, ZSS 64 (1944) 391; *Studien* 1, 249 = *Studien*, 17) ha mantenido que en el derecho antiguo el acreedor pignoraticio tenía sobre las cosas una propiedad relativa o funcional y por ello se le concedería la *reivindicatio*; BURDESE, *Lex commissoria*, 103-106 se pronuncia sobre la protección interdicial.

(69) Según la reconstrucción de LENEL, *EP*³, 493 la fórmula diría: «... in bonis L. Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse...»

(70) Según la reconstrucción de LENEL, *EP*³, 255 la fórmula tendría una parte que diría: «... eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse...»

(71) Ulp., Ed 28: *Omnis pecunia ex soluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneraticia actio.*

(72) Ulp., Ed 73: *Praetor ait: «Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et actorem comenti, ut, quae in eam habitationem qua de agitur introducta importata ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent, sive ex his rebus est et ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est aut per te stat, quo minus solbatur: ita, quo minus ei, qui eum pignoris nomine induxit, inde abducere liceat, vim fieri veto».* Este pasaje es analizado en el capítulo II (§ 34).

(73), al hablar de la acción hipotecaria, indica que cesa por pago o satisfacción.

En este texto de Labeón, como he indicado ya, el problema debatido era el determinar si la *fideiussio* como forma de *satisfactio* daba lugar o no a la extinción del derecho de prenda. La respuesta del jurista parece que no deja lugar a dudas: la fianza satisfacía al acreedor y por ello las cosas introducidas en el fundo dejaban de estar pignoradas. Pero al margen de esta afirmación, del texto también se puede deducir que la *fideiussio* como supuesto de *satisfactio* es ya conocida en la época de Labeón (74).

Con base en este análisis, creo que del texto es posible extraer las siguientes conclusiones: 1.—En el siglo I p.C., la pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta en un supuesto de arrendamiento rústico podía establecerse en virtud de un acuerdo expreso de las partes contratantes; 2.—En opinión de Labeón, el derecho de prenda sobre los objetos introducidos en el fundo se extinguía mediante el cumplimiento de la obligación (*solutio*), o la realización de un acto jurídico tendente a asegurar el pago al acreedor mediante el otorgamiento de una seguridad (*satisfactio*); 3.—La *fideiussio* como forma de *satisfactio* es conocida ya en época de Labeón.

§ 3.—DIG 20,2,4,pr (Nerat, Membr 1)

Eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur, quasi id tacite convenit: in rusticis praediis contra observatur.

El texto es de *L. Neratius Priscus* (Neracio) jurista de finales del siglo I, comienzos del II p.C. (75).

La obra de la que procede el texto, lleva el título de *Membranae* y posiblemente es una colección de cuestiones jurídicas difíciles, de muy diverso origen (76); probablemente no se publicó globalmente, sino que los siete libros fueron apareciendo uno a uno (77). Durante la época postclásica, apareció al

(73) Marc, FormHypoth: *Eitamsi creditor iudicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, qui suas condiciones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet.*

(74) En este sentido el texto sirve para confirmar la afirmación realizada por KASER, *RPR* I², 663 según la cual la *fideiussio* se introdujo a finales de la República.

(75) Procedente de la ciudad samnita de *Saepinum* ocupó importantes cargos públicos llegando incluso a ser miembro del *consilium* de los emperadores Trajano (98-117 p.C.) y Adriano (117-138 p.C.). Sobre ello ver: KUNKEL, *Kerkunft*², 144; SCHULZ, *GR*, 123; FREZZA, *Storia*², 494; KRÜGER, *Geschichte*², 187; KASER, *RRG*², 189; GUARINO, *Storia*², 474; WENGER, *Quellen*, 500-501; F. CASAVOLA, *Giuristi Adrianei* (Napoli 1980) 272-273; R. GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten* (Karlsruhe 1973) 1-5.

(76) WIEACKER, *Textstufen*, 105; GREINER, [n 75] 113.

(77) GREINER, [n 75] 113.

menos una edición nueva que introdujera respecto al original algunas notas. Los compiladores parece que no modificaron el texto (78).

El pasaje está situado en el Digesto en el título segundo del libro veinte dedicado a la prenda o hipoteca contraídas de forma tácita. Lenel (79) ha puesto de manifiesto cómo esta obra no tenía orden. De este libro primero se nos han transmitido seis fragmentos que tratan de temas muy diversos. En este capítulo analizamos el *principium* del fragmento, por hacer referencia directa a la pignoración de *invecta et illata* en arrendamientos rústicos.

En el texto se indica que la constitución del derecho de prenda sobre las cosas introducidas en un fundo se hacía de forma diferente según que el mismo fuera rústico o urbano. Los objetos introducidos en el fundo urbano se consideraban pignorados *quasi id tacite convenit* (80). En cambio, la constitución del derecho de prenda sobre los objetos introducidos en un fundo rústico se regulaba de forma diferente.

Se ha aludido a la posible interpolación de la frase *quasi id tacite convenit* (81), por considerar que en la época clásica no pudo existir una pignoración tácita. Pero como pondré de manifiesto en el capítulo dedicado a la pignoración de *invecta et illata* en arrendamientos urbanos (82), se considera clásica tanto la doctrina de la pignoración tácita como el contenido del texto (83).

Igualmente se ha indicado la falta de autenticidad de la locución *eo iure utimur*. Schuller (84) cree que dicha locución es sólo sospechosa cuando va acompañada de *hodie*. Sin embargo, a mi entender, no siempre que se dé este fenómeno (acompañamiento de *hodie*) tiene por qué ser una interpolación.

Según el pasaje, la regulación a aplicar respecto a la constitución del derecho de prenda va a ser diferente según que los objetos se introduzcan en los predios urbanos o en los rústicos. Pero, ¿qué se entendía por predio rústico y qué por urbano en el derecho romano clásico? La respuesta a esta cuestión puede venir dada en un texto de Ulpiano (85) donde se establecía claramente

(78) GREINER, [n 75] 114.

(79) LENEL, *Palingenesia* 1, 765-766; nrs 3-8.

(80) Sobre la problemática planteada por el término *quasi* ver G. WESENER, *Zur Denkform des QUASI in der römischen Jurisprudenz*, StDonatui 3, 1387-1414 y W. KERBER, *Die Quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung* (Würzburg 1970).

(81) KOSCHAKER, *Bedingte Novation*, 152 n 3 seguido por WAGNER, *Voraussetzungen*,

15. (82) Ver las conclusiones de dicho capítulo (§ 38).

(83) Por ejemplo SCHULLER, *Pignus tacitum*, 272-275.

(84) SCHULLER, *Pignus tacitum*, 273 nrs 33 y 34.

(85) Se trata en concreto de Dig 50,16,198 (Ulp, OmnTrib 2): *Urbana praedia omnia aedificia accipimus, non solum ea quae sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt vel alia meritoria in villis et in vicis, vel si praetoria voluptati tantum deservientia: quia urbanum praedium non locus facit, sed*

que la ubicación del predio no era criterio adecuado para distinguir un fundo rústico de uno urbano. Según este jurista no sólo los edificios que estaban en las ciudades se podían considerar como urbanos, sino que también los establos o los albergues, situados, por ejemplo, en una casa de campo o en una propiedad rural recibían esta calificación, ya que lo que hacía urbano a un predio no era la ubicación (86).

Partiendo de este criterio para diferenciar los predios rústicos de los urbanos, queda por analizar las consecuencias que ello ocasionaba respecto a la constitución del derecho de prenda sobre las cosas introducidas en el fundo en un supuesto de arrendamiento. Interesa destacar que en el pasaje se utilizan los términos *inducta* e *illata* para referirse a los objetos introducidos en el fundo urbano. Por lo tanto al igual que en el texto ya analizado de Labeón, no se hace referencia a bienes concretos y determinados introducidos por el arrendatario en el predio, sino que se utiliza el genérico de *inducta illata*. Y estos objetos introducidos en el fundo urbano por el arrendatario se consideran pignorados *quasi id tacite convenit* (87).

Resumiendo lo establecido en el texto, cabe indicar que, a finales del siglo I, comienzos del II p.C. estaba plenamente aceptado por los juristas que, la constitución del derecho de prenda sobre los *invecta et illata* se realizaba de diferente forma según el arrendamiento fuera rústico o urbano: el arrendamiento rústico exigía acuerdo expreso para constituir el gravamen, el urbano no.

§ 4.—DIG 43,33,1 (Jul, Dig 49)

Si colonus ancillam in [fundo] <fundum> pignoris nomine duxerit et eam venderit, quod apud emptorem ex ea natum est, eius adprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet. 1.—Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utriusque insolidum obligatae essent, singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur: inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis condicio melior erit. At si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, [utilis] <utile> [actio] <interdictum> et adversus extraneos et inter ipsos dari debet, per [quam] <quod> dimidias partes possessionis singuli adprehendet. 2.—Idem servari conveniet et si colonus rem, quam cum alio communem habebat, pignoris nomine induxerit, scilicet ut pro parte dimidia pignoris persecutio detur.

materia. Proinde hortos quoque, si qui sunt in aedificiis constitui, dicendum est urbanorum appellatione contineri. Plane si plurimum horti in reditu sunt, vinearii forte vel etiam hortorii, magis haec non sunt urbana.

(86) Igualmente confirma este criterio otro texto del mismo jurista, en concreto Dig 8,4,1,pr (Ulp, Inst 2): *Aedificia urbana quidem praedia appellamus: ceterum etsi in villa aedificia sint, aequae servitutes urbanorum praediorum constitui possunt.*

(87) Sobre el análisis de esta parte del texto ver el capítulo II (§ 20).

El texto es de *Salvius Iulianus* (Juliano) (88). El pasaje procede de una obra denominada *Digesta* (89) que contiene una colección de *responsa* de las más variadas clases (90) de marcado carácter casuístico. La primera parte sigue el comentario al edicto, mientras que la segunda se centra en el comentario a leyes diversas (91). Esta obra pudo sufrir ampliaciones, con la finalidad de adaptarla a su tiempo, en los inicios de la época postclásica (92). Según Schulz llegó a los compiladores profundamente modificada (93).

En el Digesto el texto está situado en el libro 43 dedicado a los interdictos, más en concreto en el título 33 dedicado al interdicto Salviano. Los dos fragmentos (Dig 20,1,15,pr y Dig 20,1,21,1) que, junto con el que analizo, han sido agrupados bajo la denominación *Ad interdictum Salvianum et formulam hypothecariam* permiten pensar que, en el contexto original, los pasajes trataban tanto del interdicto Salviano como de la fórmula hipotecaria. Pero en el libro 49 Juliano trataba también otros temas, tales como: el interdicto fraudatorio, el precario, la denuncia de obra nueva, etc., (94).

Antes de efectuar el análisis de las diferentes partes del texto, creo que puede ser interesante, para entender sus referencias al interdicto Salviano y a la *actio Serviana*, exponer las siguientes consideraciones: 1.—Creo que, debido al estado actual de las fuentes, es muy difícil pronunciarse sobre el modo exacto de aparición del interdicto Salviano. En los textos (95) únicamente encontramos menciones entremezcladas con otras referentes a la *actio*

(88) Este jurista fue discípulo de Javoleno y jefe de la escuela sabiniana. Originario del norte de Africa (*Hadrumentum*), sabemos con bastante exactitud su carrera política gracias a una inscripción encontrada en 1899 entre Cartago y Hadrumento. Además de ocupar importantes cargos públicos, fue miembro del *consilium* imperial. Sobre este jurista ver: KRÜGER, *Geschichte*², 183-184; KUNDEL, *Herkunft*, 157-158; KASER, *RRG*², 190; DULCKEIT-SCHWARZ-WALDSTEIN, *RRG*², 234; SCHULZ, *GRR*, 124; A. WACKE, *Dig 19,2,33. Afrikanus Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt*, ANRW 15/2, 460; A. TORRENT, *Salvius Iulianus liber singularis de ambiguitibus* (Salamanca 1971) 39-43; A. GUARINO, *Salvius Iulianus. Profilo bibliografico* (Catania 1946); E. BUND, *Salvius Iulianus. Leben und Werk*, ANRW 15/2, 408-454; WENGER, *Quellen*, 503. Sobre los métodos empleados por él ver E. BUND, *Untersuchungen zur Methode Iulians* (Köln-Graz 1965).

(89) A. M. HONORÉ, *The Severan lawyers: a preliminary survey*, SDHI 28 (1962) 203, manifiesta que la obra se pudo escribir entre los años 144 y 159 p.C.

(90) KRÜGER, *Geschichte*², 184; SCHULZ, *GRR*, 290-291; BUND, [n 88] 431.

(91) GRÜGER, *Geschichte*², 184; BUND, [n 88] 431-432.

(92) WIEACKER, *Textstufen*, 174.

(93) SCHULZ, *GRR*, 291.

(94) LENEL, *Palingenesia* 1, 447-449; nrs 667-679. A lo largo de los trece fragmentos transcritos en este libro 49 se tocaban los siguientes temas: *Si opus novum nuntiatum erit* (nrs 667-670); *De precario* (nrs 671-672); *De liberis exhibendis, item duendis* (nr 673); *Ad interdictum Salvianum et formulam hypothecariam* (nrs 674-676); *De interdicto fraudatorio* (nr 677-679).

(95) Tratando de los *invecta et illata* hacen mención al interdicto y (o) a la acción: Jul, Dig 49 (Dig 43,33,1) (§ 4); Gai Inst 4,147 = IJ 4,15,3; Paul, Ed 68 (Dig 43,1,2,3) (§ 9); Ulp, Ed [70] <70> (Dig 43,33,2) (§ 14); CJ 8,9,1 (238 p.C.) (§ 16).

Serviana. Comúnmente se acepta que primero surgió el interdictio y que la acción se creó hacia mediados del siglo I a.C. (96). Hay sin embargo romantistas que opinan que la acción precedió al interdictio (97). Yo particularmente me inclino por la primera de las posturas, por considerarla jurídicamente más lógica. Posiblemente ambos medios procesales coexistieron en la época clásica hasta la época postclásica en que el interdictio Salviano dejó de aplicarse y únicamente quedó a disposición del acreedor la acción; 2.—Igualmente, y en íntima relación con este tema (momento de aparición del interdictio) surge la cuestión de determinar las causas por las que surgió la acción. Kaser (98) ha considerado que la acción, al margen de tener ventajas procesales frente al interdictio, tenía dos características determinantes que no cumplía el interdictio: a) el servir al acreedor pignoraticio no sólo para obtener la posesión por primera vez, sino también para recuperarla cuando se hubiera perdido; b) el ser una *actio in rem*, es decir, una acción que el acreedor pignoraticio podía dirigir desde el primer momento contra terceros poseedores de las cosas pignoradas. Sin embargo, a mi entender esta segunda característica no era exclusiva de la acción, ya que como vamos a ver en el análisis del presente texto, según mi interpretación el interdictio fue dirigible frente a terceros. Igualmente creo que es interesante poner de manifiesto que, el interdictio sólo se podía emplear en los supuestos de pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de un fundo rústico, mientras que la acción, si bien en un primer momento se podía emplear sólo en los supuestos de arrendamientos rústicos, posteriormente, como ha indicado Kaser y como voy a intentar demostrar a lo largo de este trabajo, se extendió a otros supuestos (99).

Pero al margen de estas consideraciones de Kaser, que me parecen totalmente acertadas, creo que la acción Serviana, como medio procesal existente a favor del acreedor pignoraticio, supuso un cambio sustancial en la concepción del derecho de prenda: de un primer momento en que el acreedor pignoraticio estaba protegido por el interdictio, que suponía a mi entender un mero medio de presión ya que no podía enajenar los bienes, se pasó con la acción a otorgar otro tipo de protección al acreedor. Mediante la acción, el acreedor iba a poder no sólo tomar posesión de los bienes del deudor introducidos en el fundo sino también pedir su ejecución, es decir su venta, y satisfacerse con lo obtenido en la misma.

Una vez hechas estas consideraciones, paso a analizar el pasaje de Juliana. El texto, en la forma que se nos ha transmitido, tiene dos partes claramente

(96) Ver KASER, *Studien* 1, 240 n 44 = *Studien*, 8 n 44 y *Studien* 3, 19 n 64 = *Studien*, 145 n 64 donde se recogen los autores que aceptan esta postura. Sin embargo SCHULZ, *GRR*, 408 la atribuye a un pretor desconocido.

(97) ASCOLLI, *Origini*, 72, 91 y A. D'ORS, *Sobre las pretendidas acciones reales in factum*, IURA 20 (1969) 88-90 y 110-112 creen que la acción precedió al interdictio.

(98) KASER, *Studien* 3, 19-20 = *Studien*, 145-146; IDEM, *RPR* 1^o, 472-473.

(99) KASER, *Studien* 3, 24-39 = *Studien*, 150-155.

te diferenciadas: el *principium* y los párrafos primero y segundo. Al comienzo del pasaje se establece la posibilidad de emplear un interdicto útil para apoderarse del hijo de la esclava que había sido introducida en el fundo a título de prenda. Los párrafos primero y segundo, sin embargo, tratan problemas diferentes: el párrafo primero recoge un supuesto en el que el colono introduce cosas en un fundo que pertenece a dos propietarios. En un primer caso, se supone que la constitución de la garantía ha sido solidaria, y por ello se otorga a cada uno de los acreedores la posibilidad de dirigirse frente a un extraño utilizando el interdicto Salviano. Si la cuestión se plantea entre ellos, se considera que vence el poseedor. En un segundo caso expuesto a continuación, se supone que la garantía se ha constituido de forma parciaria en lugar de solidaria. En este caso se otorga a cada uno de los acreedores, tanto para dirigirse contra terceros extraños como para dirigirse contra su copropietario, no el interdicto, sino una *actio utilis*. Finalmente, en el párrafo segundo se expone el caso de que la cosa introducida en el fundo sea copropiedad del colono y de un tercero, en cuyo caso sólo se permitirá al acreedor perseguir la mitad de la prenda.

Tal como está redactado el texto, hay que admitir que el mismo no tiene necesariamente que referirse a la pignoración de *invecta et illata*. Se puede pensar que estamos ante un supuesto de pignoración especial. Sin embargo, son varios los argumentos que me inducen a pensar que nos encontramos ante un supuesto de pignoración de *invecta et illata*: a) el hecho de que se habla de un colono, lo cual realmente no es determinante; b) el que se cuestiona a lo largo del texto la posible aplicación del interdicto Salviano, que como se sabe tenía lugar en los supuestos de arrendamientos rústicos. Por todo ello, creo que la afirmación inicial de Juliano puede deberse al siguiente supuesto de hecho: Un arrendador rústico había acordado con el colono que todas las cosas introducidas o llevadas al fundo (*invecta et illata*) más las allí nacidas (*ibi nata*) o allí producidas (*paratae*) quedaran en garantía del pago del arrendamiento. Antes de llegado el momento del vencimiento, parece que el deudor procede a la venta de una esclava embarazada que da a luz en poder del comprador. El arrendador, que tiene derecho a emplear el interdicto para tomar posesión de los bienes pignorados, deberá emplear según Juliano el interdicto, supongo que Salviano, en calidad de útil para tomar posesión del hijo de la esclava nacido en poder del comprador. La autenticidad de esta afirmación ha sido muy debatida: para Schulz (100), Volterra (101), Lenel (102), Romano (103) y Carcaterra (104) el texto en su redacción original no trataba de un supuesto de arrendamiento rústico. Según todos ellos, la hipótesis del

(100) SCHULZ, *Zwischenverfügungen*, 134-135.

(101) VOLTERRA, *Osservazioni*, 49.

(102) O. LENEL, *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, ZSS 3 (1882) 180.

(103) ROMANO, *Appunti*, 65.

(104) CARCATERRA, *Estensione*, 44.

colono es justinianea. Por ello, consideran interpolado el texto en su dirección actual y propugnan su modificación en el siguiente sentido: [*colonus*] <*debitor*>; [*in fundo pignoris nomine duxerit*], debe ser sustituido por <*pignori dedit*> y [*utile interdictum*], por <*utilem Servianam*> o <*utilem actionem*>. Sin embargo, Kreller (105), D'Ors (106) y Kaser (107) consideran que el pasaje en su estado actual es clásico. Como indica este último autor (108), los compiladores probablemente no retocaron el texto referente al interdicto. Para ellos el interdicto Salviano era un recuerdo histórico que no tenía sentido ser modificado. A mi entender, el contenido del pasaje puede admitirse como clásico; sin embargo, la redacción que se nos ha transmitido desde el punto de vista gramatical no es del todo correcta, como lo demuestra la expresión *in [fundo] pignoris nomine...*, que creo debe ser sustituida por *in [fundum] pignoris nomine...* Admitiendo pues, la autenticidad del pasaje en este punto, surge el problema siguiente: ¿cómo se explica la respuesta de Juliano, su referencia al interdicto útil?. Creo que la razón de mencionar en este caso al interdicto útil puede ser la siguiente: el acreedor pignoraticio quiere tomar posesión del *partus ancillae* nacido en poder del comprador. Como vamos a ver a lo largo de este capítulo, lo habitual es que las partes contratantes (arrendador-colono), establezcan un contrato de prenda sobre los objetos introducidos o llevados al fundo (*invecta et illata*), los nacidos en el fundo (*ibi nata*) o proporcionados por el fundo (*paratave*). ¿Qué ocurre con el *partus ancillae*? Evidentemente no se trata de una cosa producida por el fundo; tampoco se trata de una cosa nacida en el fundo (*ibi nata*). Sin embargo, si que se podría tratar de una cosa nacida en poder del tercero comprador. Creo que es preciso no ha nacido allí, sino en poder del tercero comprador. En el caso concreto no ha nacido allí, sino en poder del tercero comprador. Creo que es precisamente este hecho: el nacimiento no en el fundo, sino en poder de un tercero, lo que induce a Juliano a considerar que el acreedor puede utilizar el interdicto Salviano en calidad de útil (109). Por lo tanto, esta interpretación supone ne aceptar que, si bien expresamente el texto no habla de la pignoración de los *ibi nata*, tácitamente lo hace.

Según la rúbrica del Digesto, la segunda parte del texto (párrafos 1 y 2) tratan también del interdicto Salviano. Según el párrafo primero los copropietarios pueden utilizar el interdicto Salviano para dirigirse contra terceros extraños a la relación de arrendamiento y de prenda existente entre las partes. El supuesto inicial tratado en el texto parece ser el siguiente: un colono toma en arriendo un fundo de dos copropietarios e introduce objetos varios a título de prenda. Las partes acuerdan que estos *invecta et illata* garanticen de forma solidaria a los copropietarios. Supongo que el colono-arrendatario dispo-

(105) KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 311, 332.

(106) D'ORS, [n 97] 109.

(107) KASER, *Studien* 3, 18 n 59 = *Studien*, 144, n 59; IDEM, *Partus ancillae*, 179.

(108) KASER, *Studien* 3, 18 = *Studien*, 144.

(109) Sobre el concepto de interdicto útil ver KASER, *ZPR*, 321.

ne antes del vencimiento de alguno de los elementos introducidos en el fundo. Cada uno de los acreedores pignoraticios (copropietarios), según Juliano, podría emplear el interdicto Salviano para dirigirse contra esos terceros, y tomar posesión del objeto que había pertenecido a los *invecta et illata* y había sido con posterioridad al acuerdo de prenda objeto de un acto de disposición por el colono.

El texto, en su dición actual, ha sido muy criticado en este párrafo. Son numerosos los romanistas que consideran que en el mismo no se trataba del interdicto Salviano, sino de la *actio Serviana* (110). Las razones existentes para mantener esta postura creo que pueden ser varias: en primer lugar, el paralelismo que existe entre este texto de Juliano y un texto de Ulpiano (111) que habla de la *actio Serviana* en lugar del interdicto; en segundo lugar que, según CJ 8,9,1 (Gordiano 238 p.C.) (112) el interdicto Salviano no se dirigía contra terceros; el acreedor debía utilizar para ello la *actio Serviana*. Pero, pese a estos argumentos existentes en contra de la autenticidad del texto, hay algunos romanistas como Kaser (113), Ebrard (114), Rabel (115), Kreller (116) que propugnan la claridad de esta primera parte. Esta afirmación supone aceptar que el interdicto fue ejercitable contra terceros (117), y que, por lo tanto, un copropietario-acreedor pignoratio podía emplear el interdicto cuando tuviera necesidad de dirigirse contra extraños, para tomar posesión de las cosas introducidas en el fundo, hechas o nacidas allí, que el deudor había transmitido a un tercero. En aquellos casos en que alguno de los copropietarios hubiera tomado posesión de los *invecta et illata*, parece que el otro copropietario acreedor no tenía nada que hacer, ya que como teóricamente ambos acreedores tienen los mismos derechos, desde el momento que uno lo ejercita el otro queda excluido.

(110) Por ejemplo KASER, Studien 1, 240 = Studien, 8.

(111) Dig 20,1,10 (Ulp, Ed 73). *Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utriusque in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur: inter ipsos autem si quaesitio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem: dabitur enim possidenti haec exceptio: si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset. Si autem id actum fuerit, ut partem res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem adprehendant singuli.*

(112) Este texto se analiza dentro de este mismo capítulo (§ 16).

(113) KASER, RPR 1², 472 n 25 e IDEM, Studien 3, 16-17 = Studien, 142-143.

(114) EBRARD, Digestenfragmente, 69.

(115) Recensión a S. ROMANO, Appunit sul pegno dei frutti nel diritto Romano (Padova 1931), ZSS 53 (1933) 589.

(116) KRELLER, Pfandrechtliche Interdikte, 320.

(117) Son de esta opinión: KASER, Studien 3, 17-18 = Studien, 143-144; KRELLER, Pfandrechtliche Interdikte, 306; KASER, In bonis esse, 218-219; WUBBE, Res aliena, 192 ss, 286-287; FREZZA, Garanzie 2, 317. Sin embargo, LENEL, EP³, 491; LENEL, [n 102] 189-190; BERGER, Interdictum, 1669; APPLETON, Interpolations, 196; A. ÖSTERGREN, Des gesetzliche Pfandrecht des Vermieters und Verpächters nach römischen Recht (Leipzig 1905) 101 y D'ORS, [n 97] 109 n 172; 104 son de la opinión contraria.

Por lo que respecta a la segunda parte del párrafo primero, plantea nuevamente problemas de comprensión: según Juliano constituye un gravamen sobre un objeto de forma parciaria, los acreedores tanto para dirigirse frente a terceros como entre ellos podían utilizar la *actio utilis*. Llama la atención la respuesta de Juliano. Según este jurista, en un supuesto de constitución de un derecho de prenda de una forma parciaria, supongo que sobre los *invecta et illata* introducidos en el fundo, cada uno de los acreedores podría utilizar tanto frente a terceros como entre ellos la *actio Serviana utilis*. ¿Por qué no habla el pasaje del interdicto Serviano útil en lugar de referirse a la acción? No veo la diferencia existente en el supuesto de hecho (pignoración de *invecta et illata* de forma solidaria en un caso, de forma parciaria en otro) como para que la tutela procesal otorgada al acreedor en un caso sea el interdicto, y en otro la acción. Creo que en lógica jurídica, en ambos casos, debió ser posible utilizar el interdicto Salviano. En el primer caso, es claro que cualquiera de los acreedores podía pedir con el interdicto la posesión de todos los bienes pignorados del deudor, y en el supuesto de que los obtuviera, se entendía que el otro acreedor no podía ya pedirlos. En el segundo supuesto, también cualquiera de los acreedores podía pedir la posesión, pero no de la totalidad, como en el caso anterior, sino sólo la mitad, su parte *pro indiviso*. Y el ejercicio del interdicto por parte de un acreedor no impediría, a diferencia del anterior caso, que el otro acreedor también pidiera su mitad. Y a mi entender, es esta diferencia (pignoración solidaria en el primer caso, pignoración parciaria en el segundo) la que explica que el interdicto en este segundo caso sea concedido en calidad de útil.

Por lo tanto, según esta hipotética interpretación no admito la postura mantenida por algunos romanistas (118) de aceptar como válida esta segunda parte del párrafo primero (*at si-adprehendent*) y considerarla referida a la acción debido al paralelismo que existe entre Dig 20,1,10 y este texto. Opino que el texto pudo hacer referencia al interdicto Salviano útil. Quizás pudo ocurrir que en una época en la que el interdicto dejó de emplearse, un reelaborador del texto lo modificara, haciendo desaparecer la referencia a los *invecta et illata* y al interdicto Salviano, para sustituirla por otra más a tono con su época referente a la acción (119).

Queda por comentar el párrafo segundo del texto de Juliano. Según el mismo, cuando un colono introducía a título de prenda, se supone que en un fundo, una cosa que tenía en común con otro debería observarse lo mismo

(118) Por ejemplo KASER, *RPR* ², 472 e IDEM, *Studien* 3, 17 = *Studien*, 143; KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 331; D'ORS, [n 97] 109.

(119) En este sentido E. LEVY, *West Roman Vulgar Law* (Philadelphia 1951) 243-273 e IDEM, *Possessory remedies in Roman Vulgar Law*, *ScrFerini* 3, 109-143 pone de manifiesto la difusión que en la época postclásica sufrió el concepto de interdicto posesorio y su sustitución por el de acción.

que en el caso anterior (*idem servari conveniet*). Si en el caso anterior se concedía al acreedor la *actio Serviana utilis*, en este supuesto se supone que ocurrirá lo mismo. Sin embargo, como he indicado ya, según mi hipótesis interpretativa, la parte final del párrafo primero se podía referir al interdicto, por lo que en este caso se aplicaría igualmente un interdicto Salviano útil. Y esta hipótesis que propongo a mi entender tiene la misma lógica que el segundo caso del párrafo primero, ya que en aquel supuesto, al igual que en éste, el acreedor sólo pide la posesión de una *pars pro indiviso*. En el supuesto del párrafo primero, porque así lo han acordado las partes, aquí porque el colono sólo tiene la propiedad de una parte. Por ello, si el colono ha introducido en el fundo a título de prenda un objeto sobre el que sólo es propietario de una parte, puede emplear el interdicto Salviano en calidad de útil para pedir la posesión de esa *pars pro indiviso*, no de la totalidad del objeto introducido en el fundo, ya que todo él no ha sido pignorado (en ese caso hubiera utilizado el interdicto Salviano), sino sólo de la parte propiedad del colono que es sobre la que se ha constituido la garantía. En este sentido la frase final (*scilicet-detur*), de evidente carácter explicativo, puede ser considerada como una glosa (120), introducida en el texto por el mismo reelaborador postclásico que al final del párrafo primero ha sustituido interdicto por acción.

Con base en este análisis, creo que del texto es posible deducir entre otras cosas las siguientes: 1.—Según mi hipótesis interpretativa y admitiendo que el texto no lo dice expresamente cabe pensar que todos los supuestos que se mencionan en el pasaje hacen referencia a un colono en calidad de arrendatario rústico; 2.—Considero que todo el texto, si bien los párrafos primero y segundo hablan de la acción, se refiere al interdicto Salviano, y no a la acción Serviana. Por lo tanto, las referencias a la acción que a lo largo del mismo se encuentran, según mi interpretación pueden ser modificaciones introducidas en el texto original por un reelaborador del mismo. Quizás hubo que realizar dichas modificaciones para adaptar el contenido del texto a la práctica de la época (inaplicabilidad del interdicto); 3.—El interdicto Salviano, según este texto, se podía dirigir frente a terceros, no sólo frente al colono-deudor; 4.—El interdicto se podía conceder en calidad de útil, según mi hipótesis interpretativa en diferentes supuestos: a) cuando se quiera tomar posesión del hijo de la esclava nacida en poder del comprador; b) cuando se hubiera constituido un acuerdo de prenda parciario a favor de dos acreedores y c) cuando el colono hubiera pignorado cosas que sólo en parte eran de su propiedad.

§ 5.—DIG 20,2,7,1 (Pomp, VarLect 13)

Videndum est, ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola, quae, ut ibi sint, illata fuerint, pignori sini: quod magis est.

(120) KRELLER, *Pfandrechtlliche Interdikte*, 331 n 92, es también de esta opinión.

El texto es de *Sextus Pomponius* (Pomponio), que fue uno de los juristas clásicos más fructíferos (121). El pasaje que vamos a analizar procede de una obra de al menos 41 libros, llamada *Variae Lectiones* (122).

En el Digesto el texto está situado en el título segundo del libro veinte, dedicado a la prenda e hipoteca contraída de forma tácita. Lenel, en su reconstrucción palinagésica, lo sitúa en el libro 13, libro donde al parecer no se trataba únicamente de la prenda, ya que en el mismo se encuentran textos referentes tanto a la prenda como al hurto (123). Este párrafo primero viene precedido de un *principium*, en el que se trata un problema referente a la pignoración de frutos.

El texto que vamos a analizar manifiesta la necesidad de que las cosas introducidas en el fundo permanezcan en el mismo para que se consideren pignoradas.

Llama la atención en esta parte del pasaje, el que, no refiriéndose a un supuesto de pignoración tácita, venga recogido en el título segundo del libro vigésimo. Igualmente, el cambio de tema que se produce en este párrafo primero respecto al *principium* es particularmente significativo; mientras que allí se planteaba un problema de pignoración tácita de frutos en garantía del pago del precio en un supuesto de arrendamiento rústico (124), aquí se habla de la permanencia como requisito necesario para considerar pignorados los objetos introducidos en el fundo.

Este cambio tan brusco en la exposición hace pensar en una posible manipulación del texto. Por ello, no debe de extrañar el que se haya puesto de manifiesto la probable abreviación del pasaje por parte de los compiladores Justinianeos (125).

(121) De origen incierto, parece que no ocupó cargos públicos, sino que probablemente se dedicó a la enseñanza del derecho. Desarrolló su actividad bajo los emperadores Adriano, Antonio Pío, Marco Aurelio y Lucio Vero. Sobre este jurista ver lo indicado en: KRÜGER, *Geschichte*², 191, 194; KASER, *RRG*², 191; KUNDEL, *Herkunft*², 171; DULCKEIT-SCHWARZ-WALDSTEIN, *RRG*², 235; FREZZA, *Storia*³, 497; CASAVOLA, [n 75] 314-323; GUARINO, *Storia*², 477-478; WENGER, *Quellen*, 478-479 y D. NORR, *Pomponius oder «Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen»*, ANRW 15/2, 497-604.

(122) Sobre la problemática planteada por esta obra ver: KRÜGER, *Geschichte*², 193; SCHULZ, *RRG*, 280; HONORÉ, [n 98] 204 n 125; WIEACKER, *Textstudien*, 65 y sobre todo los artículos de D. LIEBS, *Variae Lectiones (Zwei Juristenschriften)*, StVolterra 5, 51-88 y de NORR, [n 121] 543-544.

(123) LENEL, *Palinagésia* 2, 153; nrs 837-839. En el libro 13 se agrupan únicamente tres textos. Dos de ellos Dig 20,2,5-pr-1 y Dig 20,2,7 tratan de la prenda. El otro Dig 47,2,78 trata del hurto.

(124) El texto será analizado al estudiar los problemas derivados de la pignoración de frutos (§ 41).

(125) CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 202. Sin embargo, FRIER, *Landlords and tenants*, 109 n 126 indica que el texto no está interpolado.

El texto supone una puntualización importante respecto a lo visto en los textos anteriores. Según Labeón y Neracio (126), estaban pignorados los *invecta et illata* que se llevaran al fundo, siempre y cuando las partes lo acordaran expresamente. Ahora Pomponio puntualiza esta afirmación: no todos los objetos introducidos en el fundo quedan pignorados, sino únicamente aquellos objetos que habían sido llevados para permanecer allí (*sed ea sola quae ut ibi sint illata fuerint*). Por lo tanto, el acuerdo que realizaban las partes de que todas las cosas introducidas en el fundo quedaban pignoradas se matizaba en la época de Pomponio (siglo II p.C.) de esta forma: siempre que las cosas fueran llevadas al fundo para quedar en el mismo. Ahora bien, como veremos al analizar el texto de Escévola, Dig 20,1,32 (127), debió ser un tema problemático y discutido, a lo largo de este siglo segundo, el determinar cuándo un objeto perteneciente a los *invecta et illata* se había introducido en el fundo para permanecer allí (128).

El texto de Pomponio finaliza con la locución *quod magis est*. Esta expresión, utilizada también por otros juristas clásicos, como por ejemplo Ulpiano (129) y Gayo (130), creo que en el presente caso tiene un significado relativamente claro: ante la controversia planteada es más aceptable que queden pignoradas las cosas introducidas para que estén allí, que las introducidas sin ningún tipo de deseo de permanencia (131).

Con base en este análisis, creo que del texto de Pomponio es posible deducir que en su época era debatido si, todas las cosas introducidas en el fundo estaban pignoradas, o sólo las llevadas para permanecer en el mismo. Ante esta cuestión, Pomponio parece inclinarse por la exigencia de la permanencia.

§ 6.—Gai, Inst 4, 147 = IJ 4,15,3

Interdictum quoque, quod appellatur Sabianum, adipiscendae possessionis <causa> comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.

El texto es de Gaius (Gayo), uno de los juristas clásicos que más polémicas ha suscitado (132).

(126) Ver los análisis de Dig 20,6,14 (§ 2) y Dig 20,2,4,pr (§ 3), realizados en este mismo capítulo.

(127) Este texto se analizará en este mismo capítulo (§ 8).

(128) En este mismo sentido se pronuncia FRIER, *Landlords and tenants*, 109 n 126.

(129) Por ejemplo Dig 13,7,1,2 (Ulp, Sab 40) y Dig 48,5,30,1 (Ulp, AduIt 4). Según T. HONORÉ, *Ulpian* (Oxford 1982) 183 n 57 Ulpiano usó esta expresión en 88 textos.

(130) Ver por ejemplo Dig 46,1,70,pr (VerOblig 1)

(131) Sobre los posibles significados de esta locución ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 325-326; *TLL* 8, 64.

(132) Nació probablemente bajo el reinado de Trajano, desarrolló su actividad incluso bajo Cómodo, siendo su origen y personalidad muy debatidos. Es prácticamente seguro que se dedicó a la

El pasaje a analizar procede de las *Institutiones*, obra que se nos ha transmitido a través de diferentes medios (133).

Está situado en el libro cuarto de Gayo, dentro de los párrafos dedicados a las diversas clases de interdictos, en concreto, al mencionar los diferentes interdictos que sirven para adquirir la posesión. Se califica como tal al interdicto Salviano y, según Gayo, puede pedirlo el propietario de un fundo respecto a las cosas que acordó con el colono quedaran en prenda del pago de la renta. Llama la atención en el texto el que se legitime para pedir el interdicto al *dominus fundi*. Esta afirmación, realizada por Gayo, plantea el problema de determinar si sólo podía solicitar el interdicto los propietarios del fundo o también estarían legitimados los arrendadores no propietarios. Pensemos en un supuesto de subarrendatario respecto al subarrendador. Según este texto de Gayo, parece que el *conductor*-subarrendador, no podría utilizar el interdicto Salviano puesto que no es *dominus fundi*.

Indica Gayo que mediante el interdicto se quiere obtener la posesión de las cosas del colono que éste pactó quedaran en prenda. Según esta afirmación no se puede pedir la posesión de todas las cosas introducidas en el fundo con carácter permanente, sino solamente aquellas cosas que cumpliendo los requisitos de introducción y permanencia son propiedad del colono (135). Esto quiere decir, que las cosas introducidas en la finca con carácter permanente pero propiedad de un tercero no pueden ser el objeto de este interdicto. Esta conclusión, deducible a mi entender de este texto de Gayo, creo que es lógica, si se tiene en cuenta que en principio la pignoración de una cosa ajena es inválida, a no ser que se cuente con el consentimiento del tercero propietario de la cosa, se condicione la pignoración a que la cosa entre en el patrimonio del pignorante, o se convalide dicha pignoración (136). Opino igualmente

enseñanza del derecho, y que probablemente no gozó del *ius publice respondendi*. Sobre todos estos aspectos ver entre otras las siguientes referencias: KRÜGER, *Geschichte*², 201; FREZZA, *Storia*², 496; KASER, *RRG*², 192; KUNKEL, *Herkunft*², 188, 190; SCHULZ, *GRR*, 121 n 2; GUARINO, *Storia*², 478-481; CASA VOLA, [n 75] 145-181; 339-394; WENGER, *Quellen*, 506-510; T. HONORÉ, *Gaius. A Biography* (Oxford 1962); G. DIÓDSI, *Gaius, der Rechtsgelehrte* (mit einer Bibliographie von R. Wittmann [München]), ANRW 15/2, 605-631; D. LIEBS, *Römische Provinzialjurisprudenz*, ANRW 15/2, 294-310.

(133) Sobre la transmisión de la obra ver entre otros: KRÜGER, *Geschichte*², 272 n 2; SCHULZ, *GRR*, 191-201; ARANGIO-RUIZ, *Storia*², 303; DULCKEIT-SCHWARZ-WALDSTEIN, *RRG*², 235; y sobre todo H. L. W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones* (Leiden 1981) 1-293, especialmente las páginas 1-79 donde analiza la transmisión directa, dedicando las restantes (80-293) a la indirecta.

(134) Sobre el fenómeno del subarrendo ver lo indicado en la introducción de este capítulo (§ 1).

(135) Aunque en el texto no se especifique cabe pensar que el colono puede ser tanto propietario civil como pretorio.

(136) Sobre la pignoración de cosa ajena y los múltiples problemas que la misma ocasiona ver: VOLTERRA, *Osservazioni*; WUBBE, *Res aliena*; FREZZA, *Garanzie* 2, 135-148; P. KOSCHA-

que confirmaría esta opinión la afirmación establecida por Juliano en Dig 43,33,1,2 (137). Según hemos visto en este texto, el acreedor podía utilizar el interdicto Salviano útil, según mi hipótesis rectificadora, para dirigirse contra el arrendatario deudor que había pignorado una cosa que tenía en copropiedad con un tercero y pedir la posesión únicamente de la mitad del objeto. Si se hubiese considerado que el objeto, aún siendo ajeno, estaba pignorado en su totalidad, es claro que al acreedor se le hubiera facultado para dirigirse contra el deudor y pedir la posesión de la totalidad del objeto, cosa que no ocurría.

Por todo ésto, no debe extrañar el que mediante este interdicto no se faltar a arrendador a pedir la posesión de todos los objetos introducidos en el fundo con carácter permanente, sino sólo sobre los objetos propiedad del arrendatario, ya que podía ocurrir que éste hubiera introducido objetos ajenos que no podían ser pignorados por él. Caso de que el arrendador pidiera la posesión de estos objetos ajenos, es claro que el arrendatario-poseedor de los mismos podría oponerse (138). Parece lógico que, si por lo que fuera el arrendatario no se oponía a la toma de posesión de estos objetos por parte del arrendador, el tercero-propietario de los mismos pudiera accionar mediante una *reivindicatio* y dirigirse contra el arrendador (139).

Según este pasaje de las Instituciones, estos objetos del colono están pignorados porque el colono pactó que quedarán en prenda. Es decir, que se vuelve a poner de manifiesto cómo, en época de Grayo, el gravamen sobre las cosas introducidas en el fundo rústico se constituía mediante un acuerdo expreso entre el arrendador y el colono. Y esta prenda tenía por finalidad garantizar el pago del arrendamiento. Por lo tanto, se entiende que el arrendador podría emplear este interdicto cuando se hubiera producido el impago de la renta. Este impago lo normal es que coincidiera con el momento del vencimiento (140). El problema podría surgir en aquellos supuestos en que se hubiera acordado un arrendamiento para un período determinado, y el arrendatario abandonaba el fundo sin causa justificada antes de dicho plazo.

Según se deduce de Dig 19,2,55,2 = PS 2,18,5 (141), el arrendador podía exigir no sólo la renta en su totalidad, sino incluso una indemnización por

KER, *Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida*, IURA 4 (1953) 52-89; KASER, *In bonis esse*, 206-207; IDEM, *Studien* 3, 14 n 47 = *Studien*, 140 n 47.

(137) Ver el análisis del texto realizado en este mismo capítulo (§ 4).

(138) En este sentido KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 325.

(139) KASER, *In bonis esse*, 219; IDEM, *Studien* 3, 14 = *Studien*, 140.

(140) MAYER-MALY, *Locatio conductio*, 139 existió la tendencia al pago atrasado.

(141) Dig 19,2,55,2 (Paul, Sent 2): *Qui contra legem conductionis fundum ante tempus sine iusta ac probabili causa deseruerit, ad solvendas totius temporis pensiones ex conducto conveniri potest, quatenus locatori in id quod eius interest indemnitas servetur*. Sobre el carácter postclásico del texto ver MAYER-MALY, *Locatio conductio*, 177.

daños ya que en este texto se habla de *id quod interest* (142). Admitida pues la posibilidad de resarcirse tanto de la renta como de posibles perjuicios, el problema que se plantea es determinar si los *invecta et illata* del colono garantizaban ambos supuestos ya que las fuentes que hablan de la pignoración de *invecta et illata* en arrendamientos rústicos no tratan directamente este problema. Sin embargo, si nos encontramos textos que tratan del mismo en arrendamientos urbanos. Según Dig 43.32,1,4 (143) el arrendador puede ejercer la *perclusio* sobre los objetos del inquilino hasta el momento en que se produzca el pago del alquiler en su totalidad. Pero, ¿hasta qué punto se puede aplicar esta solución de arrendamientos urbanos a arrendamientos rústicos? Hay que tener en cuenta que la condición social del arrendatario es más débil, según mi opinión, en los arrendamientos urbanos que en los rústicos. Pese a todo, creo que en este caso la solución podía ser la misma; es decir, que al arrendador se le concedía la posibilidad de pedir la posesión de los bienes mediante el interdicto en el supuesto de que el colono se fuera antes de pagar la totalidad de la renta. Pero, ¿podía pedir la posesión de los *invecta et illata* en el supuesto de que pidiera el resarcimiento de daños? Pienso que no, ya que el texto que analizamos habla de *pro mercedibus fundi*. Según esto, el arrendador podía pedir mediante la acción derivada del arrendamiento no sólo el pago de la totalidad de la renta, sino incluso más. En cambio, mediante el interdicto de *migrando* podía pedir la posesión de los bienes para presionar al pago de la renta.

Creo que la concesión del interdicto estaría supeditada a la existencia de una garantía real de carácter pignoraticio a favor del arrendador (144) constituida por el acuerdo de las partes para asegurar el pago de la renta. En el supuesto de que las partes hubieran celebrado, por ejemplo, una estipulación penal regulando el supuesto, es claro que la posibilidad de emplear el interdicto no surgiría, y el arrendatario debería abonar la cantidad estipulada por abandono del fundo arrendado antes de tiempo (145).

Una hipótesis que no plantea directamente el texto pero que a mi entender es digna de ser analizada es la siguiente: ¿qué pasaría en el supuesto de que el colono se fuera de la finca antes del vencimiento y se llevara los *invecta et illata*? ¿podía el acreedor pedir la posesión de los mismos mediante el in-

(142) Estudian con detenimiento el significado de esta locución: D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes* (Köln-Graz 1962) y H. HONSELL, *Qñod interest im bonae fidei Iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht* (München 1969).

(143) Ver el análisis de este texto en el capítulo dedicado a la pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago del arrendamiento urbano (§ 34).

(144) Sobre la posibilidad de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de forma diferente a la pignoraticia y su posible influencia en la evolución histórica del derecho de prenda romano ver KUNKEL, [n 68] 150-170, especialmente desde las páginas 156 al final en que el autor analiza diferentes fuentes espigráficas.

(145) Ver Dig 19,2,54,1 (Paul, Resp 5).

terdicto? En mi opinión sí, ya que si parte de que el interdicto era ejercitable contra terceros según se ha visto en un texto de Juliano, Dig 43,33,1 no se vé por qué no iba a ser posible su ejercicio en este caso, solucionándose el problema de la pluralidad de acreedores con base en la norma tradicional de *prior tempore potior iure*.

Resumiendo lo establecido en el análisis del texto, creo que del mismo se pueden extraer las siguientes conclusiones: 1.—Según afirma expresamente Gayo, la concesión del interdicto Salviano podía ser solicitada por el *dominus fundi*; 2.—Tal como he interpretado el pasaje, creo posible afirmar, si bien no se dice expresamente en el texto de Gayo, que el *dominus fundi* podía pedir únicamente la posesión de bienes que fueran propiedad del colono; en cambio no podría pedir la posesión de bienes de un tercero que se encontraran en la finca; 3.—Para que las cosas introducidas en el fundo quedaran pignoradas, parece que era necesario que las partes lo hubieran acordado previamente; 4.—Aunque no se establece directamente en el texto, pienso que el arrendatario podría pedir la posesión de los *invecta et illata* mediante los interdictos una vez producido el incumplimiento de la obligación que lógicamente coincidiría con el vencimiento. En aquellos supuestos en que el arrendatario abandonara el fundo antes del vencimiento, como el arrendador según mi hipótesis interpretativa tendría derecho a cobrar la totalidad de la renta, incluso la del período no disfrutado, creo que podría pedir la posesión de los *invecta et illata* que en ese momento hubiera en la finca. En cambio, no podría pedir la posesión de los mismos en el supuesto de que el arrendador pretendiera el abono de, por ejemplo, una indemnización por daños y perjuicios, ya que, según este texto, los *invecta et illata* garantizaban únicamente el pago de la renta.

§ 7.—DIG 20,4,1,2 (Gai, FormHypoth)

Si colonus convenit, ut inducta in fundum illata ibi nata pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo quod inducta res est, quod posterius factum est.

El texto es de Gayo (146), en concreto de su obra *Ad o De formula (m) hypothecaria (m)* (147). Los escasos fragmentos que se nos han transmitido dificultan el conocimiento de la estructura de la obra. Se admite sustancialmente su autenticidad, si bien el empleo del término *hypotheca* ha dado lugar a controversias: mientras que para algunos romanistas dicho término procede de una revisión postclásica o justiniana (148), para otros el mismo es autén-

(146) Sobre este jurista ver lo indicado en el análisis de Inst 4, 147 (§ 6).

(147) Sobre el título exacto de la obra ver: SCHULZ, *GRR*, 250 y FEHR, *Beiträge*, 41 n. 12.

(148) SCHULZ, *GRR*, 251-252 se inclina por el carácter postclásico, mientras que FEHR, *Beiträge*, 41 considera que estamos ante una interpolación de carácter justiniano.

tico, y se comprende si se tiene en cuenta que Gayo fue el primer jurista que comentó la fórmula *hypothecaria* (149).

En el Digesto el pasaje a analizar está situado en el título cuarto del libro 20, dedicado a establecer los criterios por los que se rigen los diferentes supuestos de pluralidad de prendas sobre un mismo objeto. Los cinco pasajes que de esta obra se nos han transmitido, según la reconstrucción de Lenel (150), hacen pensar que en la misma se trataba de diferentes temas relacionados con el derecho de prenda. El párrafo que se estudia está situado en un fragmento, en el cual el principio y el párrafo primero tratan de la pluralidad de gravámenes pignoraticios sobre un mismo objeto, mientras que el párrafo tercero trata del objeto del derecho de prenda. El párrafo cuarto, al igual que el principio y los dos primeros párrafos analiza un supuesto de pluralidad de gravámenes pignoraticios sobre un mismo objeto.

El texto aparentemente plantea un problema de pluralidad de gravámenes pignoraticios sobre un mismo objeto: un colono convino que quedaran pignorados los objetos introducidos y nacidos en el fundo, pero antes de la introducción pignoró alguno de estos objetos de forma especial. Ante el problema de determinar quién es el acreedor preferente, Gayo se inclina por el titular del derecho de prenda especial. Alega para ello que la cosa quedaba obligada no sólo por el acuerdo de las partes, sino también por la introducción que se ha producido con posterioridad.

Sobre la autenticidad del pasaje no se ha mantenido una postura unánime: Ebrard (151) se basa en el uso del término *obligare* y su relación con el contenido pignoraticio para manifestar la manipulación de todo el párrafo segundo. Manigk (152) lo acepta como original por considerar que Gayo lo mantuvo como palabra utilizada en la consulta. Fehr (153) admite también su autenticidad en este caso y en el del párrafo cuarto, si bien la pone en duda en el principio y en los párrafos primero y tercero. Schulz (154), por el contrario, defiende abiertamente la opinión contraria: en el lenguaje clásico, el derecho de prenda es siempre *pignus*, por lo tanto no se puede aceptar que Gayo usara la palabra *hypotheca*. Opino que la afirmación de Manigk es acertada: si se admite que Gayo fue un jurista que escribió no sólo para el círculo normal de romanos, sino también para los griegos, no debe chocar que empleara el término *υποθήκη* (*hypotheca*) para referirse a lo que en Roma se conocía como *pignus*. Además si se tiene en cuenta que en las provincias orientales el térmi-

(149) ERMANN, *Pignus-hypothecave*, 429.

(150) LENEL, *Palingenseia* 1, 240-242; nrs 399-403.

(151) EBRARD, *Digestenfragmente*, 79, 87-88.

(152) MANIGK, *Hypotheca*, 269; IDEM, *Pfandrechtlche Untersuchungen*, 94-101.

(153) FEHR, *Beiträge*, 97 se manifiesta sobre la autenticidad de los párrafos dos y cuatro, mientras que en las páginas 78-79 considera los párrafos restantes interpolados.

(154) SCHULZ, *GRR*, 251.

no usual era el de *hypotheca* no debe chocar que al plantear las cuestiones a los juristas se utilizara dicho término y los juristas, sobre todo si desarrollaban su actividad en la parte oriental del imperio, lo mantuvieran en sus respuestas (155). Igualmente, Kaser (156) se muestra de acuerdo con esta afirmación. Según él, pese a la precedencia oriental de la palabra, es claro que los juristas romanos la admitieron dentro del campo jurídico romano.

En el texto aparentemente se plantea un problema de pluralidad de prendas sobre un mismo objeto. Existe un primer convenio de prenda según el cual un grupo de objetos que se van a introducir en el fundo (*inducta*) más los objetos que nazcan allí (*ibi nata*) queden en garantía del pago de la renta. Al igual que en los textos analizados hasta ahora, volvemos a encontrar aquí los términos *inducta* e *illata* para referirse a las cosas que se pignorán. Sin embargo, el presente texto tiene una particularidad respecto a ellos y es que, en el mismo por primera vez, de forma expresa, existe una referencia a las cosas *ibi nata* como posible objeto de prenda. Y estas cosas *ibi nata* son sin lugar a duda los frutos producidos, tanto de las cosas introducidas en el fundo, como por el mismo fundo. Y estos frutos quedan en garantía del pago de la renta en virtud de un acuerdo expreso realizado por las partes.

Según el pasaje, una vez efectuado este acuerdo, y antes de llevar los objetos al fundo, el colono constituyó sobre algunos de estos objetos un nuevo gravamen. Esta garantía es de carácter especial, y se ha constituido *pure*, es decir, sin condición alguna (157). Con la misma el colono arrendatario quiere garantizar el cumplimiento de una obligación que desconocemos.

Ante esta configuración del supuesto se plantea el problema de determinar quién es el acreedor pignoraticio preferente, el arrendador rústico (primero en el tiempo) o el acreedor surgido en virtud de un negocio jurídico que desconocemos. En mi opinión, la solución adoptada por Gayo puede ser considerada como válida en base al siguiente planteamiento: ¿Qué es la *importatio in fundum*: una condición normal, es decir, un elemento accidental al negocio que las partes pueden introducir en el mismo, pero que es completamente innecesario para su validez, o, por el contrario, estamos ante un elemento esencial sin el cual la prenda no se ha podido constituir? Creo que es esta segunda posibilidad la que se debe considerar como válida, ya que si aceptamos la primera no es lógica la respuesta de Gayo. Sabemos que en derecho romano clásico existió un principio fundamental para resolver el problema de pluralidad de hipotecas sobre un mismo objeto: *prior in tempore po-*

(155) Ver ERMANN, *Pignus-hypothecave*, 428-442.

(156) KASER, *RPR* 1², 463; IDEM, *Studien* 3, 3-5 = *Studien*, 129-131.

(157) Sobre la acepción del término *specialiter* en contraposición al de *generaliter* ver el análisis de Dig 20,1,15,1 (Gayo), texto analizado en el capítulo dedicado a la prenda general (§ 68). Sobre la acepción del término *pure* ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 479.

tior in iure (158). Si es que se aplica el mismo, que por supuesto no debía de ser desconocido para Gayo, no tiene sentido el otorgar preferencia a la garantía constituida en segundo lugar en el tiempo. Se puede alegar a esto que la primera prenda nació condicionada y no se constituyó como tal hasta el momento en que se verificó la condición: introducción en el fundo. Pero si se admite que el cumplimiento de una condición tiene efectos retroactivos (159), ocurre que el rango hipotecario surge en el momento de la *conventio pignoris*, y no en el momento del cumplimiento de la condición. Ello quiere decir que sería primera en el tiempo la garantía existente sobre la totalidad de los *invecta et illata*, y no la garantía especial sobre parte de los mismos; y por lo tanto también sería preferente, al contrario de lo que manifiesta Gayo, el primer acreedor (el arrendador). ¿Cuál es por lo tanto la razón por la que el jurista mantiene la solución opuesta? Como he indicado ya creo que ésto se debe a que la *importatio in fundum* en el supuesto de pignoración en garantía del pago del precio en los arrendamientos rústicos no es considerada un elemento accidental, sino que es un requisito esencial para que se produzca la constitución de la prenda; es un requisito que las partes no pueden eliminar: una *condicio iuris* (160).

Si se acepta esta explicación, creo que la respuesta de Gayo adquiere su lógica jurídica: si la garantía nace con la introducción, evidentemente no se constituye el derecho de prenda hasta que los objetos sean llevados al fundo. Por lo tanto, la prenda constituida sobre cualquiera de estos objetos antes de que se efectúe esta introducción, otorgará un derecho preferente a su titular, ya que su derecho de prenda ha nacido con anterioridad.

Una vez realizado el análisis de este texto, pienso que del mismo es posible extraer las siguientes conclusiones: 1.—Es el primer texto referente a la pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de un fundo rústico en el que se encuentra una referencia a la pignoración de las cosas nacidas en el fundo (*ibi nata*), es decir, a los frutos; 2.—Esta pignoración ha surtido de un acuerdo expreso entre las partes; 3.—Este acuerdo, según se deduce de la interpretación del pasaje, se debe completar con la *importatio in fundum*, ya que la misma no es un elemento accidental, sino que se trata de un requisito esencial, una *condicio iuris* que determina el momento del nacimiento del derecho de prenda. El acuerdo expreso de las partes se debe completar con la introducción efectiva de los objetos en el fundo y sólo a partir de en-

(158) Sobre la existencia de este criterio en el derecho romano clásico ver por ejemplo: A. BIS-CARDI, *Il dogma della collisione alla luce del Diritto Romano* (Citta di Castello 1935) 49-99; IDEM, *Appunti*, 218-254 e IDEM, *Le régime de la pluralité hypothécaire en droit grec et romain*, JJP 19 (1983) 41-60.

(159) En este sentido MIQUEL, *Rango hipotecario*, 238; TONDO, *Comalida*, 170, 206 ss.

(160) En este sentido B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* 1^o (Fankfurt am Main 1906 = Aalen 1963) 1233 n 9.

tonces se puede hablar del nacimiento del derecho de prenda a favor del arrendador.

§ 8.—DIG 20,1,32 (Scaev, Resp 5)

*Debitor pactus est, ut quaecumque in praedia pignori data inducta in-
vecta importata ibi nata paratave essent, pignori essent: eorum praedio-
rum pars sine colonis fuit eaque actori suo colenda debitor ita tradidit
adsignatis et servis culturae necessariis: quaeritur, an et Stichus vilicus
et ceteri servi ad culturam missi et Stichus vicarii obligati essent. Respon-
dit eos dumtaxat, qui hoc animo a domino inducti essent, ut ibi perpetuo
essent, non temporis causa accommodarentur obligatos.*

El autor del pasaje a analizar es *Q. Cervidius Scaevola* (Escévola) (161). El fragmento procede de una obra denominada *Responsa*, que al parecer recogía decisiones breves, sin discusiones teóricas, en las que se daba solución a consultas realizadas (162). Su transmisión parece que fue bastante complicada. Según Schulz (163) tanto los *Digesta* como los *Responsa* se redactaron en una época postclásica en base a un arquetipo común.

En el Digesto el pasaje está situado en el libro veinte título primero, dedicado a las formas de constitución de la prenda o hipoteca. Según la reconstrucción de Lenel, en el libro quinto, del que se nos han transmitido veinte fragmentos, no se trataba un tema único sino varios (164), entre las cuales había un apartado dedicado a los problemas derivados del derecho de prenda que Lenel titula «*De interdicto Salviano et actione hypothecaria*», constituido, al margen de por este fragmento, por Dig 20,4,19, pasaje donde se trata de la constitución de una dote sobre un predio pignorado.

El texto hace referencia a un pacto realizado entre un deudor y un acreedor pignoraticio en virtud del cual los *invecta et illata*, más las cosas producidas o nacidas en el fundo quedan pignoradas (165). Como parte de algunos

(161) De origen poco claro, se sabe que perteneció al orden ecuestre y que fue miembro del *consilium* de Marco Aurelio. También gozó del *ius publicae respondendi*. Sobre este jurista ver: KUNDEL, *Herkunf?*, 217-219; DULCKEIT-SCHWARZ-WALDSTEIN, *RRG?*, 234; FREZZA, *Storia?*, 499; GUARINO, *Storia?*, 481-482; WENGER, *Quellen*, 511; CASAVOLA, [n 75]402-408.
(162) KRÜGER, *Geschichte?*, 216. Según HONORÉ, [n 89] 204, la obra fue escrita por Escévola entre los años 193-198.

(163) F. SCHULZ, *Überlieferungsgeschichte der Responsa des Cervidius Scaevola*, SymbLennel, 150, 216-213; IDEM, *GRR*, 294. Le sigue WIEACKER, *Textstufen*, 16, 88, 175, 285 n 31. Resientemente H. T. KLAMI, *Entscheidung und Begründung in dem Kommentaren Tryphonius zu Scaevolus Responen* (Turku 1975) 92, ha tratado la problemática de esta obra de Escévola, mostrándose contrario a la opinión de SCHULZ. Para él la obra es sustancialmente clásica.

(164) En este libro quinto se trataban temas tan diversos como la usucapión, la estipulación, la excepción de dolo malo, etc., según se desprende de LENEL, *Palingenesia* 2, 312-315; nrs 290-309.

(165) KASER, *Studien* 3, 14 n 49 = *Studien* 140 n 49, considera que esta locución: *invecta importata ibi nata paratave* quizás procedía del interdicto Salviano.

de los fundos arrendados estaban sin colonos, el deudor arrendatario entregó a su *actor* (administrador) los esclavos agrícolas necesarios para el cultivo. Se pregunta si estaban obligados tanto Estico en su calidad de *vilicus*, como el resto de los esclavos destinados al cultivo, como los esclavos dependientes de Estico. Ante esta cuestión se responde que aquellos esclavos que fueron introducidos por el dueño con la intención de que estuvieran permanentemente allí quedarán obligados, no los que fueron instalados de forma temporal.

En el texto se pueden distinguir, a mi entender, claramente tres partes: a) una exposición de hechos: *debitor-necessarius*; b) una pregunta: *quaeritur obligati essent* y c) la respuesta del jurista: *respondit-obligatos*. En la exposición de hechos se indica que el deudor pactó, se entiende que de forma expresa con el acreedor, que cualquier cosa que fuera introducida, llevada o importada en el fundo quedara pignorada. Este acuerdo, como se ha visto en otros textos (166), era frecuente. No lo era tanto sin embargo, el convenio establecido igualmente por las partes de que quedarán pignoradas las cosas producidas o nacidas en el fundo (*ibi nata paratave*). Esta extensión del derecho de prenda a las cosas producidas en el fundo se encuentra por primera vez recordado de forma expresa en las fuentes en un texto de Gayo (167), y tácitamente ya en Juliano (168). Escévola, jurista contemporáneo de Gayo, vuelve a mencionar este acuerdo.

En esta primera parte se ha manifestado la conveniencia de sustituir [*debitor*] por <*conductor*>. Igualmente, se ha considerado que la frase [*pignori data*] constituye una interpolación (169). En un primer momento se podría pensar que estas afirmaciones tienen su razón de ser. Hay que tener en cuenta que el deudor es un arrendatario que está vinculado con una *locatio conductio rei*. Por ello, no debe de extrañar que se sustituya el término deudor por el de *conductor*. Pero sin lugar a dudas es más importante la segunda puntualización: la eliminación de *pignori data*. De la redacción del texto parece desprenderse que el fundo está también pignorado. Ahora bien, el texto demuestra que este hecho no es factible. El fundo es precisamente el objeto del contrato de arrendamiento, y para garantizar el pago del precio de dicho arrendamiento es por lo que se crea el acuerdo de prenda a favor del arrendador. Y esta prenda abarca a las cosas que se introduzcan en el fundo, pero no el fundo mismo (170).

(166) Los textos anteriormente analizados aludían a ello.

(167) Gai, FormHypoth (Dig 20,4,11,2) (§ 7).

(168) Jul, Dig 49 (Dig 43,3,1,pr) (§. 4).

(169) En este sentido FREZZA, *Garanzie* 2, 168 n 3. Sin embargo WUBBE, *Res aliena*, 184 n 23 y DE MARTINO, [n 3] 283 n 120 no admiten esta rectificación por considerar que la prenda recae también sobre el fundo.

(170) Esta afirmación no quiere decir que no sea posible dar en garantía un predio. Ver entre otras, las siguientes fuentes en que el objeto de la garantía es un fundo: Gai, EdProv 7 (Dig 6,1,40); Jul, Dig 49 (Dig 8,1,16); Jul, Dig 13 (Dig 44,7,16); Marc, FormHypoth (Dig 20,1,11,1); Pap, Resp 11 (Dig 20,1,1,2); Pap, Resp 11 (Dig 20,1,1,4); Mod, Resp 1 (Dig 50,1,36,1).

Además, las fuentes que analizo a lo largo de este capítulo, ponen de manifiesto que el objeto que garantiza el pago de la renta es únicamente los *invecta et illata* del arrendatario. Este es el único pasaje donde se da el fenómeno de la pignoración conjunta: el fundo y los *invecta et illata* que se lleven al fundo. En el resto de las fuentes que se analizan en este capítulo, se recogen supuestos en los que la pignoración de *invecta et illata* surge precisamente para garantizar el precio del arrendamiento del fundo, es decir, que dicho gravamen exige una relación de arrendamiento rústico.

Esta afirmación, sin embargo, plantea un grave problema: ¿por qué un reelaborador modificó el texto e introdujo *debitor y pignori data*? No sé que respuesta puede recibir esta cuestión. Por todo ello, creo que el pasaje en su redacción actual debe admitirse como auténtico e intentar comprenderlo de la siguiente forma: un deudor constituyó efectivamente un gravamen sobre los predios; como dice el texto, una relación de *pignus datum*, es decir, de prenda con posesión. El acreedor, por lo tanto, tenía la posesión de los predios. Sin embargo, al deudor le interesaba trabajarlos, ya que sólo así se entiende que podría obtener ingresos suficientes para pagar la deuda. Por ello pidió al acreedor que le cediera dichos predios en arrendamiento (171). Y le garantizaba el pago de dicho arrendamiento mediante los *invecta et illata* que llevara al fundo. Y, a mi entender, esta hipótesis es aceptable ya que permite comprender el texto en su versión actual desde la perspectiva de la pignoración de *invecta et illata*.

La segunda parte recoge la cuestión propuesta al jurista. Como parte del terreno estaba sin colonos, el *conductor* (deudor que ha gravado su fundo, y ahora lo toma en arrendamiento) se vale de un administrador (*actor*) al que asigna una serie de esclavos.

En base a estos hechos, la pregunta formulada al jurista trata de determinar si el *vilicus* Estico, los esclavos destinados al cultivo y los esclavos vicarios de Estico se consideran pignorados. Llama la atención el que no se cuestiona sobre los *invecta et illata* de los colonos que habían tomado parte de la finca en subarriendo. No se pregunta si se garantiza con los objetos introducidos en el fundo y nacidos allí el pago del precio del arriendo, tampoco se cuestiona sobre cuál era la situación jurídica de los predios que estaban con colonos. El consultante, *conductor*, lo único que quiere saber es si todos los objetos que él, a través de su representante, ha introducido en el fundo quedan pignorados. Y a esta cuestión responde Escévola indicando que quedan gravadas tan sólo aquellas cosas que habían sido introducidas por el *conductor* para que permanecieran en el fundo. Según esto, la pignoración no

(171) Sobre la situación del deudor pignorante como *precario accipiens* o *conductor* ver K.A.SER, *Studien* 3, 42-57 = *Studien*, 168-183.

abarca a los esclavos puestos a disposición del *vilicus* de forma circunstancial.

Este requisito de la permanencia no es nuevo; como hemos visto, hacía referencia al mismo un texto de Pomponio (172). Escévola para referirse al mismo emplea el término *perpetuo*. Este adverbio, así como el adjetivo *perpetuus*, aparecen repetidas veces en las fuentes con esta idea (173). Pero, ¿qué es la permanencia?, ¿cómo se determina? Según Walde-Hofmann (174) tiene el sentido de *assiduus, continuus* es decir ininterrumpido. Solazzi al hablar de la noción de *perpetua causa* (175) en las servidumbres prediales romanas, indica cómo el término *perpetuus* tiene un doble significado: se refiere según él a: 1.—Lo que es continuo; y 2.—lo que no tiene fin (176). En este caso concreto que analizamos, creo que el adjetivo puede tener el significado continuo. Si se tiene en cuenta que la duración habitual de un contrato de arrendamiento rústico en Roma era de cinco años, se puede considerar que permanente quiere decir que los *invecta et illata* debían estar continuamente en el fundo durante el período contratado.

Pero este texto de Escévola habla de otro elemento que conforma la permanencia: que los objetos hayan sido introducidos por el dueño en el fundo con esta intención (*qui hoc animo a domino inducti essent*). El hecho de que en el texto se hable de un elemento subjetivo, la intención del dueño, el *animus* (177), creo que algunos casos pueden crear problemas de interpretación, ya que, ¿cómo se podía determinar si el dueño había tenido intención o no de efectuar la introducción de forma permanente? ¿Se podría permitir que el dueño manifestara que no tenía intención de que sus objetos fueran introducidos en el fundo de forma permanente cuando de hecho habían estado allí durante todo el período que duraba el contrato de arrendamiento? En mi opinión, la determinación de la pignoración debió de basarse más en criterios objetivos (permanencia real de los objetos introducidos en el fundo durante la duración del contrato de arrendamiento) que en criterios subjetivos (intención o no del *dominus*), ya que la existencia de estos últimos podría, además de ser difícil de determinar, ocasionar a mi entender inseguridad jurídica.

(172) Ver el análisis de Pomp. VarLect 13 (Dig 20,2,7,1) (§ 5).

(173) Ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 423-424.

(174) A. WALDE-J. B. HOFMANN, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, 2(Heidelberg 1954) 291.

(175) Sobre la problemática planteada por esta locución ver: C. FERRINI, *Sulla «perpetua causa» nella servitù prediali romane*, Archivio Giuridico 50 (1893) 388-402 = Opere di C. Ferrini 4 (Milano 1930) 145-165; B. BIONDI, *Le servitù prediali nel Diritto Romano* (Milano 1946) 156-159; G. GROSSO-G. DEIANA, *Le servitù prediali*², 1 (Torino 1955) 210-212; G. GROSSO, *Le servitù prediali nel Diritto Romano* (Torino 1969) 112-115.

(176) FERRINI, [n 174] 150.

(177) Sobre las posibles acepciones del término *animus* ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 32-33; TLL 2, 89-105.

Pero al margen de esta interpretación sobre los requisitos que exigía la introducción, la respuesta del jurista creo que contiene un dato interesante: indica que las cosas han sido llevadas al fundo por el dueño, quien lógicamente es el que ostenta la condición de arrendatario. Según esto las cosas objeto de prenda, al margen de ser introducidas de forma permanente, tienen que ser propiedad del arrendatario. En este sentido el texto no hace sino confirmar lo establecido por Gayo de que el interdicto Salviano servía al propietario del fundo para tomar posesión de las cosas del colono (178). Las cosas que no sean propiedad del *conductor* no quedan pignoradas, en virtud del acuerdo realizado por el *dominus fundi* y el *conductor*.

Resumiendo la problemática de este interesante texto de Escévola, creo que del mismo es posible deducir: 1.—Que hace referencia a un supuesto de pignoración expresa, tanto de cosas introducidas o llevadas al fundo como de cosas nacidas o producidas en el mismo; 2.—Que no considera pignoradas todas las cosas introducidas en el fundo, sino sólo aquellas que se habían llevado para permanecer en el mismo de una forma duradera; 3.—La característica de la permanencia, según mi interpretación se produciría cuando los objetos llevados al fundo estaban en el mismo continuamente durante todo el período de duración del contrato; 4.—La pignoración no abarcaría a todas las cosas que el arrendatario hubiera introducido de forma permanente, sino, en mi opinión, sólo a aquellas que eran de su propiedad.

§ 9.—DIG 43,1,2,3 (Paul, Ed 63)

Haec autem interdicta, quae ad rem familiarem spectant, aut apiscendae sunt possessionis aut recipiendae aut retinendae. Apiscendae possessionis sunt interdicta, quae competunt his, qui ante non sunt nancit possessionem. Sunt autem interdicta apiscendae possessionis «quorum honorum»: Salvianum quoque interdictum, quod est de pignoribus, ex hoc genere est: et «quo itinere venditor usus est, quo minus emptor utatur, vim fieri veto». Recipiendae possessionis causa proponuntur sub rubrica unde vi: aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt. Retinendae possessionis sunt interdicta uti possidetis. Sunt interdicta, ut diximus, duplicia tam recipiendae quam apiscendae possessionis.

El texto es de *Iulius Paulus* (Paulo) (179). El pasaje a analizar procede del comentario al Edicto, obra de 78 libros en la que, siguiendo el orden del

(178) *Inst* 4,1,147 (§ 6).

(179) Este jurista fue discípulo de Cervidio Escévola, ayudante de Papiniano y colaborador de Ulpiano. Ocupó importantes cargos públicos: *magister memoriae* y miembro del *consilium* y probablemente llegó a ser *praefectus praetorio*. Sobre esto ver entre otras las siguientes referencias: KRUGER, *Geschichte*², 238; KASER, *RRG*², 195; KUNDEL, *Herkunf*², 244; DULCKEIT-SCHWARZ-WALDSTEIN, *RRG*⁷, 239; HONORÉ, [n 89] 216-228; SCHULZ, *GRR*, 126; GUARINO, *Storia*⁵, 484-485; FREZZA, *Storia*³, 501; WENGER, *Quellen*, 516; C. A. MASCHI, *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Iulius Paulus*, ANRW 15/2, 667-707.

edicto del pretor, se hace una exposición general del derecho pretorio y de la doctrina dominante. Publicado una parte bajo el reinado de Cómodo (180-192), y en parte bajo el de Septimio Severo (193-198) (180), se nos ha transmitido por diferentes medios al margen del Digesto (181). Un estudio comparativo de los diversos fragmentos permite pensar que los transmitidos a través del Digesto se abreviaron de forma considerable, sobre todo en lo referente a citas literarias (182).

En el Digesto el pasaje a comentar viene recogido en el libro 43, título primero dedicado a los interdictos en general. La reconstrucción palinogenésica de Lenel (183) hace pensar que Paulo en su libro 63 del comentario al edicto hacía referencia igualmente a los interdictos en general. El pasaje, según la mayor parte de los romanistas que lo han estudiado, está reelaborado (184). Yo lo he seleccionado únicamente por la referencia que en el mismo se hace al interdicto Salviano, si bien su no mención expresa de un problema de pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta podría hacer pensar en su exclusión. Al hablar de las diferentes clases de interdictos (adquirir-retener-recuperar la posesión) se indica que el Salviano, que versa sobre los objetos introducidos en el fundo, es de adquirir la posesión. En este sentido la afirmación establecida por Paulo coincide plenamente con lo afirmado por Gayo (185) y parece no plantear ningún problema: le sirve al arrendador rústico para tomar posesión de las cosas del colono introducidas en el fundo una vez que se haya puesto fin a la relación de arrendamiento y se haya incumplido la obligación de abonar la renta. Hasta este momento era el colono arrendatario el que tenía la posesión de los bienes. El interdicto va a permitir al arrendador tomar posesión de unos bienes que anteriormente no tenía.

Un tema sumamente debatido entre los romanistas respecto a este interdicto es su carácter prohibitorio o restitutorio. La mayor parte de los estudiosos del tema han apoyado la idea de que nos encontramos ante un interdicto prohibitorio (186). Sin embargo, autores como Ascoli (187) y Daube (188) han sostenido que se trataba de un interdicto restitutorio. Yo particularmente

(182) SCHULZ, *GRR*, 240.

(183) LENEL, *Palinogenesia* 1, 1080-1081; nrs 745-747.

(184) Habla de reelaboración sin especificar, KASER, *ZPR*, 327 n 20; IDEM, *RPR* 1, 256 n 35; KRELLER, *Pfändrechtliche Interdikte*, 320 n 55 habla del carácter compilador de *est de pignori-bus*; BERGER, *Interdictum*, 1667 indica el carácter bizantino de *quod est de pignori-bus*; BE, *Concerning the classifications of Interdictus*, RIDA 6 (1951) 40-41 indica la corrupción existente en el texto y piensa que lo que viene tras *ex hoc genere est* da la impresión de ser un apéndice.

(185) Ver el análisis realizado en este mismo capítulo de Gayo, Inst 4,147 (§ 6).

(186) Así por ejemplo LENEL, *EP*, 491; APPLETON, *Interpolations*, 187; KRELLER, *Pfändrechtliche Interdikte*, 321-322; KASER, *ZPR*, 326 n 6.

(187) ASCOLI, *Origini*, 166.

(188) DAUBE, [n 184] 26, 46-61.

creo que el interdicto no podía ser de este tipo por lo siguiente: si se acepta que el término *restituere* se utilizaba bien para ordenar una devolución al demandante, bien para reponer algo en la situación anterior (189) pienso que el presente interdicto no se podía concebir como tal. El demandante (arrendador) no obtenía con el interdicto la devolución de unos bienes poseídos anteriormente. El poseedor anterior era el colono, y mediante el interdicto se otorgaba la posesión al arrendador por primera vez. Por otra parte el demandante (arrendador) no pretendía con el interdicto Salviano el que los objetos introducidos en el fundo por el colono se repusieran en la situación anterior, ya que ello supondría el otorgar los mismos al colono, que era quien los había poseído con anterioridad a su demanda interdictal. Por lo tanto, considero que es más lógica la opinión que propugna el carácter prohibitorio de este interdicto.

Con base en este análisis, y si bien el texto no dice nada sobre ello, pienso que es posible deducir del mismo que mediante el interdicto se prohibía al arrendatario impedir violentamente al arrendador la toma de posesión de los bienes introducidos en el fundo.

§ 10.—DIG 33,7,24 (Paul, Nerat 3)

Fundus, qui locatus erat, legatus est cum instrumento: instrumentum, quod colonus in eo habuit, legato cedit. Paulus: an quod coloni fuit aut tantum id quod testatoris fuit? Et hoc magis dicendum est, nisi nullum domini fuit.

El texto es de Paulo, en concreto de su comentario *ad Neratium*. No se sabe si Paulo trató de comentar una obra de Neracio en particular o pasajes selectos de varias obras (190). Parece que pertenece a la primera época de Paulo y se caracteriza por una clara diferenciación entre la parte escrita por Neracio y el comentario de Paulo a la misma introducido normalmente por las palabras *Paulus* o *Paulus notat* (191). En todo caso los compiladores respetaron la división leemática, aunque probablemente la obra había sido manipulada en la época postclásica (192).

En el Digesto el texto viene situado en el título séptimo del libro 33, dedicado al legado del fundo con las pertenencias y al legado de las pertenencias. Sin embargo, según la reconstrucción palingenésica de Lenel parece que el libro tercero del comentario de Paulo a Neracio no trataba únicamente de los problemas derivados del legado de pertenencias, sino de temas varios (193).

(189) D'ORS, *DRP*², 127.

(190) SCHULZ, *GRR*, 274.

(191) BERGER, *Julius Paulus*, PWRE 10/1, 710; SCHULZ, *GRR*, 274.

(192) SCHULZ, *GRR*, 274.

(193) LENEL, *Palingenesia* 1, 1142-1143; nrs 1039-1047. Este libro tercero trata de supuestos tan diversos como la posibilidad de emplear la *condictio* en un supuesto de hurto (Dig

En el texto se pueden apreciar claramente dos partes: una primera en la que se recoge la opinión de Neracio, según la cual al legar un fundo *cum instrumento* se debía también entender legadas las pertenencias que el colono tenía en el fundo. A continuación Paulo comenta esta afirmación preguntándose si las pertenencias legadas eran sólo las del testador o también quedaban legadas las del colono. A lo que responde que únicamente se entenderían legadas las pertenencias del colono en el caso de que en el fundo no hubiera objetos del dueño.

El pasaje no hace una referencia expresa a la pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago del precio del arrendamiento. Sin embargo el hecho de que se consideren legadas las pertenencias del colono existentes en el fundo arrendado plantea la cuestión de determinar si las cosas introducidas por el colono en el fundo forman parte de esas pertenencias, y por lo tanto pueden ser consideradas objeto del legado del fundo *cum instrumento*.

El concepto de *instrumentum* (194) parece que fue relativamente claro para los juristas clásicos. A lo largo del título séptimo del libro 33 se encuentran repetidas referencias al mismo: Ulpiano en su comentario a Sabino, menciona dos acepciones del término a mi entender complementarias: en Dig 33,7,12,pr define las pertenencias como el conjunto de cosas que han de conservarse durante tiempo y sin las cuales no puede explotarse la posesión (195). En Dig 33,7,8,pr indica que el *instrumentum fundi* es lo que se destina a producir, recoger y conservar los frutos (196). Con base en esta idea de *instrumentum*, como conjunto de objetos necesarios para la explotación del fundo, no debe extrañar el que muchos de los textos recogidos en el título séptimo del libro 33 se dediquen a especificar en cada caso concreto si un determinado objeto se puede considerar o no *instrumentum* (197). Estos elementos es claro que variaban según el tipo de explotación a que se dedicara el fundo

13,1,19); la posibilidad de insituir heredero a un hijo póstumo (Dig 28,2,27); el legado de anualidades realizado a favor de un esclavo manumitido en un testamento (Dig 33,1,16); el legado condicional (Dig 35,1,98); la posibilidad de usucapir un objeto comprado mediante *procurator* (Dig 41,4,47) etc.

(194) Sobre la problemática que plantea este término a lo largo de las diferentes épocas del derecho romano ver STEINWENTER, [n 47] 24-40; sobre la problemática en el derecho de los papiros griegos ver las páginas 40-61; las páginas 61-69 se dedican a estudiar su regulación en las constituciones imperiales mientras que las 69-99 estudian su significado en la jurisprudencia. Igualmente R. AS-TOLEFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano 2* (Padova 1961) 1-76 analiza con detenimiento la problemática del legado *cum instrumento*.

(195) Ulp, Sab 29: «... *quippe instrumentum est apparatus rerum diutius mansuratum, sine quibus exerceri nequiret possessio...*».

(196) Ulp, Sab 20: *In instrumento fundi ea esse, quae fructus quaerendi cogendi, conservandi gratia parata sunt*.

(197) Por ejemplo Scaev, Dig 16 (Dig 33,7,6); Ulp, Sab (Dig 33,7,8,1) Ulp, Ed 20 (Dig 33,7,12) (en varios párrafos); Pom, Fideic 1 (Dig 33,7,21), etc.

(198). Normalmente parece que era el propietario el que aportaba las pertenencias que fueran necesarias para la explotación (199), ya que el arrendatario por su falta de capital no las podía adquirir (200).

Según este texto en la época de Neracio los *invecta et illata* del colono se podían considerar como *instrumenta*, ya que al legar el fundo *cum instrumento*, dichos objetos pertenecientes al colono quedaban legados. Sin embargo, Paulo establece un criterio diferente al de Neracio; él distingue entre el *instrumentum fundi*, aportado por el propietario arrendador, y una serie de objetos introducidos en el fundo por el colono arrendatario (los *invecta et illata*) (201). En este caso, según Paulo, el legado del fundo *cum instrumento* abarca únicamente los objetos propiedad del arrendador que constituían el *instrumentum fundi* y no los objetos que habían sido introducidos en el fundo por el colono. La posibilidad de que los *invecta et illata* del colono se consideraran objeto del legado se plantearía únicamente en el supuesto de que: el propietario del fundo no tuviera *instrumentum* alguno en el fundo, las partes contratantes hubieran acordado (202) que fuera el arrendatario el que llevara al fundo el conjunto de objetos necesarios para explotar la posesión y que dichos objetos quedarán en garantía del pago de la renta. Si en este caso el propietario del fundo arrendador establecía un legado del fundo con las pertenencias, es claro que hacía referencia a las pertenencias del colono y no a las suyas. Como sobre las mismas sólo tenía un derecho de prenda y no de propie-

(198) Así por ejemplo en Pap. Resp 8 (Dig 33,7,3,pr) y en Ulp, Sab 20 (Dig 33,7,8,1) se habla de esclavos y ganados como pertenencias; en Jav, PostL-ab 2 (Dig 33,7,4) se menciona sólo al ganado, mientras que en Pap, Resp 8 (Dig 33,7,3,1) se habla sólo de esclavos. Scaev, Dig 16 (Dig 33,7,6) menciona el vino, grano y créditos como pertenencias de un fundo. Ulp, Sab 20 (Dig 33,7,8) tras exponer la acepción del término *instrumentum*, nombra a los esclavos, animales, recipientes de cultivo, perras, cestas, tinajas, etc., como *instrumentum fundi*. En Pomp, Fideic 1 (Dig 33,7,21) se consideran como pertenencias las tinajas, los molinos de aceite, la prensa y todo lo que se encuentre fijo en el fundo, mientras que Ulp, Sab 20 (Dig 33,7,12,1) considera pertenencias todo lo que sirve para conservar y transportar por ejemplo los graneros, las cajas, las caballerías, los carros, los barcos, cubos, etc.

(199) Las relaciones entre el *conductor* y el colono estaban reglamentadas en un estatuto donde se indicaban concretamente los derechos y obligaciones de cada parte. El arrendador se comprometía normalmente a aportar los instrumentos necesarios para la explotación de la finca. Sobre estos aspectos ver: PEKÁRY, [n 32] 79; SEECK, [n 7] 488 y KOVALJOV, [n 20] 137 y lo indicado en la introducción a este capítulo al hablar del concepto de *invecta et illata*.

(200) En este sentido ver STEINWENTER, [n 47] 85-86.

(201) Así por ejemplo en Ulp, Ed 32 (Dig 19,2,19,2) Ulpiano comentando el edicto, indica cómo en un supuesto de arrendamiento de fundo, el arrendador debe proporcionar al colono elementos tales como tinajas, prensas, molinos, tablas, tornos, poleas, vasijas para el aceite, etc. Sobre la composición, medidas, etc., de estos elementos ver los detallados estudios de K. D. WHITE, *Agricultural implements of the Roman World* (Cambridge 1967); IDEM, *Farm equipment of the Roman World* (Cambridge 1975).

(202) Caba la posibilidad de que las partes acordaran expresamente que el arrendador no proporcionara pertenencias. Ahora bien, tal como está redactado Ulp, Ed 32 (Dig 19,2,19,2) en su parte final parece que este acuerdo no era lo habitual.

dad (203), el heredero para cumplir el legado tenía que adquirir del colono los diferentes objetos que constituían el *instrumentum* (204) y que probablemente serían también los objetos que garantizaban el pago del precio del arrendamiento: *invecta et illata*.

Creo que con base en el análisis efectuado del texto, es posible deducir lo siguiente: 1.—Según Neracio, al legar un fundo *cum instrumentum*, se entienden legado tanto el *instrumentum* del testador como el del colono. Por lo tanto, los *invecta et illata* del colono son considerados *instrumentum fundi*; 2.—Para Paulo, en cambio, la regulación es diferente; lo normal es considerar que al establecer un legado de un fundo *cum instrumentum*, los objetos legados sean los propios del testador; sólo en el caso de que en el fundo no haya *instrumentum del dominus* se entiende que son los *invecta et illata* del colono el objeto legado. Como en este caso el testador arrendador no es el propietario de las pertenencias, sino un mero acreedor pignoraticio, se entiende que el heredero está obligado a adquirir del colono la propiedad de dichos objetos. Ahora bien, de todas estas posibles conclusiones, pienso que el único relevante desde el punto de vista del tema estudiado, es el que hace referencia a que, eventualmente, los *invecta et illata* del colono pueden ser objeto de un legado *per damnationem*.

§ 11.—DIG 20,1,21,pr (Ulp, Ed 73)

Si inter colonum et procuratorem meum convenerit de pignore vel ratam habente me conventionem vel mandante, quasi inter me et colonum meum convenisse videatur.

El texto es de uno de los más importantes juristas romanos: *Domitius Ulpianus* (Ulpiano) (205). La obra de la que procede el pasaje es el comentario *Ad Edictum*. Según la hipótesis de Honoré, posiblemente fue editada durante el reinado del emperador Antonino Caracalla (206). Constaba de 83 li-

(203) Por el contrario, *Steinwenter*, [n 47] 32 indica que los objetos deben considerarse propia-
dad y posesión del arrendador.

(204) P. VOICI, *Diritto ereditario romano*² 2 (Milano 1963) 254 y 280 indica que este legado
por recaer sobre cosa ajena (legado *per damnationem*) exigía para su validez el que el restador supiera
que la cosa que estaba legando era ajena.

(205) Natural de Tiro (Fenicia) fue discípulo de Papiniano y asesor suyo. Ocupó importantes
cargos públicos, muriendo asesinado en el año 228 p.C. Sobre este jurista ver: KRÜGER, *Geschichte*²,
239-240; KUNKEL, *Herkuiff*², 245-246; KASER, *RRG*², 195; DULCKEIT-SCHWARZ-WALDS-
TEIN, *RRG*⁷, 239; SCHULZ, *GR*, 127; WENGER, *Quellen*, 519-520; FREZZA, *Storia*³, 501-502;
GUARINO, *Storia*⁴, 486-487; C. CRIFO, *Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista*, ANRW
15/2, 708-789 y sobre todo el detenido estudio de HONORÉ, [n 129] 1-46 donde se expone con de-
tenuimiento los orígenes y la carrera de Ulpiano.

(206) KRÜGER, *Geschichte*², 242. Recientemente HONORÉ, [n 129] 129-148 ha puesto de
manifiesto las diferentes etapas que hipotéticamente se pueden distinguir en la composición de la obra,
indicando cómo los libros 61-73 fueron realizados posiblemente bajo Macrino.

bros, si bien los dos últimos se dedicaban al comentario al edicto de los *aediles curules*. Para Honoré (207) pueden aceptarse sustancialmente como genuinos los primeros 77 libros, ya que todos ellos contienen características típicas de su estilo. Estaba inspirada en el comentario al edicto de Pomponio (208). Fue reelaborada a finales del siglo III, comienzos del IV p.C. (209) y a la actualidad nos ha llegado a través de diferentes obras (210).

En el Digesto, el texto está encuadrado en el título primero del libro 20 dedicado a las diversas formas en que se constituyen las prendas e hipotecas. La reconstrucción palinagénica de Lenel hace pensar que el contexto del párrafo trataba de problemas relacionados con el interdicto Salviano y las acciones *Serviana* y *quasi Serviana* (211). Igualmente los párrafos 1-3, que componen junto con el texto que estudiamos el fragmento 21, tratan de las acciones *pigneraticia* y *Serviana*.

El pasaje a analizar no hace referencia expresa a la pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago del arrendamiento rústico. Sin embargo, el hecho de que en el mismo se hable de un contrato de prenda establecido entre un colono y un *procurator*, creemos que permite pensar en este tipo de relación.

El texto habitualmente ha sido analizado dentro de la problemática planteada por la figura del *procurator* (212). Desde esta perspectiva, algunos romanistas han propugnado la interpolación de *vel ratam habente me conventionem vel mandante* (213), mientras que otros admiten la autenticidad sustancial del texto, pese a reconocer una reelaboración formal (214). Si se admite esta última postura, quiere decirse que el procurator no podía, sin consentimiento del *dominus*, establecer el convenio de prenda con el colono. Por lo tanto, para que los *invecta et illata* del colono se consideraran pignorados a favor del *dominus* y no a favor del procurator era necesario o bien que el procurator estuviera facultado por el *dominus* para efectuar dicho acuerdo, o que el mismo fuera ratificado por el dueño. Cualquiera de ambas circunstancias iba a permitir establecer una relación directa entre el *dominus* y el colono. Esta relación iba a facultar al *dominus*, llegado el momento del vencimiento.

(207) HONORÉ, [n 129] 92.

(208) KRÜGER, *Geschichte*², 241; SCHULZ, *GRR*, 246.

(209) En este sentido SCHULZ, *GRR*, 247.

(210) Ver SCHULZ, *GRR*, 244-245, y sobre todo WIEACKER, *Textstufen*, 231-270.

(211) LENEL, *Palinogenesia* 2, 850-851; nrs 1627-1639.

(212) En este sentido ver por ejemplo las menciones de P. ANGELINI, *Il procurator* (Milano 1971) 153 n 238 y S. SOLAZZI, *La facoltà del procurator honorum nel diritto romano-ellenico*. Aeg 5 (1924) = *SerGiuridici* 2, 589 n 36.

(213) Los editores italianos del Digesto creen que está interpolado.

(214) En este sentido ANGELINI, [n 212] 153 n 238 y SOLAZZI, [n 212] 589 n 36.

miento, actuar como titular del derecho de prenda, pese a que él no había realzado el convenio pignoraticio con el colono (215).

En base a este análisis creo que del presente texto es posible deducir: 1.—Pese a que no se mencione directamente, según mi hipótesis interpretativa, estamos ante un supuesto de pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de una relación de arrendamiento rústico; el hecho de que se hable de un colono y de un *procurator* pienso que permite mantener esta hipótesis; 2.—Para que el *dominus* pueda ser considerado como titular del derecho de prenda constituido por su *procurator*, era necesario que se le hubiera facultado para ello, o que se ratificara con posterioridad el acuerdo pignoraticio realizado por el procurador y el colono. En un supuesto en el que no hubiera existido este mandato o ratificación, la relación de garantía hubiera producido efectos únicamente personales entre el colono y el procurador.

§ 12.—DIG 11,7,14,1 (Ulp, Ed 25)

Si colonus vel inquilinus sit is qui mortuus est nec sit unde funeretur, ex invectis illatis cum funerandum Pomponius scribit et si quid superfuum remanserit, hoc pro debita pensione teneri...

El texto pertenece al comentario al Edicto de Ulpiano (216). En el Digesto está situado en el libro 11, título séptimo, donde se trata de los lugares religiosos, de los gastos y de la licitud del entierro. Lenel en su reconstrucción palingenésica sitúa el fragmento en un apartado dedicado a los gastos de funeral (217). El pasaje viene precedido de un párrafo que guarda estrecha relación con Dig 11,7,12,5-6, mientras que el párrafo segundo parece tener más relación con este que analizo.

Este contexto da una idea de la problemática central debatida en el pasaje: se trata de determinar dónde se ha de sacar la cantidad de dinero suficiente para pagar los gastos de entierro en el supuesto de que la herencia no tenga dicha cantidad.

El primer supuesto, que es el que a mí me interesa, alude al caso de un arrendatario, bien rústico (colono) bien urbano (inquilino), que muere sin for-

(215) En el supuesto inverso, de que fuera el procurador el que constituyera un gravamen pignoraticio sobre objetos propiedad del *dominus* a favor de un tercero, era igualmente necesario para su validez el consentimiento del *dominus*. En este sentido ver Ulp, Ed 28 (Dig 13,7,11,7) y CJ 8,15,1 (194 p.C.).

(216) Sobre este autor y la problemática planteada por la transmisión del comentario al edicto ver lo indicado en el análisis de Dig 20,1,21,pr (§ 11).

(217) LENEL, *Palingenesia* 2, 564-565; nrs 749-751. Sin embargo, en este libro 25 Ulpiano trataba también de otros temas conexos con éste, como por ejemplo: *si quis mortuum in locum alienus intulerit* (nrs 726-734); *si quis mortuum inferre prohibitus esse dicetur* (nrs 735-737); *de sepulchro violato* (nrs 738-748).

tuna suficiente para pagar los gastos de entierro. Según Pomponio, habrá que acudir a las cosas introducidas en el fundo y que garantizan el pago de la renta siendo el sobrante lo que se empleará como garantía de la renta adeudada. El segundo supuesto, que no voy a analizar, y por lo tanto no he reproducido, alude a un testador que por legar todos sus bienes se queda sin fortuna bastante para abonar los gastos de entierro. Según Ulpiano en este supuesto, los gastos de entierro se abonan con los bienes legados.

En la parte inicial del texto, que es la que me interesa, a diferencia de lo que ocurre en el resto (218), no parece existir indicios de manipulación. Según la misma existe un supuesto en que el crédito pignoraticio existente a favor del acreedor no va a entrar en funcionamiento. Es aquel caso en que el deudor no dispone de bienes suficientes para pagar los gastos de entierro y funeral, ya que los únicos objetos que posee son los que ha introducido en el fundo, sea este rústico o urbano, para garantizar el abono de la renta. Según Pomponio, los gastos de entierro deberán ser pagados con el producto de la venta de las cosas introducidas en el fundo, y sólo en el caso de que exista sobrante, se dedicará éste al pago de la renta debida.

Este principio de considerar preferente al crédito pignoraticio el derivado de los gastos de entierro y funeral es lógico, si se tiene en cuenta que ya Meciano (219), contemporáneo de Pomponio, indicaba que en el supuesto de que no hubiera bienes suficientes en la herencia para pagar los gastos del entierro, este crédito era preferente a todos los demás (220). La existencia de este crédito preferente, lógicamente supone una inseguridad y un debilitamiento de la posición del acreedor pignoraticio. El arrendador piensa que su crédito está garantizado con los *invecta et illata*; sin embargo en este supuesto ellos garantizan un crédito preferente.

Con base en este análisis creo que de este pasaje de Ulpiano en lo referente a mi tema, es posible deducir que el crédito derivado de los gastos de entierro y funeral, es preferente al derivado de un contrato de prenda. Esto ocurre siempre que el arrendatario, sea rústico o urbano, no tenga en la herencia bienes suficientes para pagar dichos gastos.

§ 13.—DIG 19,2,13,11 (Ulp, Ed 32)

Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. Sed

(218) Consideran que *et dominium habet* es una interpolación: A. PERNICE, *Labeo* 2, 1 (Halle 1873 = Aalen 1963) 453 n 2; H. ERMANN, *Beiträge zur Publiciana*, ZSS 11 (1890) 259, 260 n 2.

(219) Sobre Meciano y su obra ver KRÜGER, *Geschichte*, 200-201.

(220) Dig 11, 7, 45 (Maec, Fidei 8): *Impensa funeris semper ex hereditate deducitur, quae etiam omne creditum solet praecedere, cum bona solvendo non sint*. Ulpiano matiza la acepción de *actio funeraria* como acción privilegiada (Dig 42, 5, 17, pr).

hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat: huius enim novus consensus erit necessarius. Eadem causa erit et si rei publicae praedia locata fuerint. Quod autem diximus taciturnitate utriusque partis colonum recondixisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, etsi lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. Sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse [hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensusse videntur]. Et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut, prout, quisque habitaverit, ita et obligetur, [nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est].

El texto procede del comentario de Ulpiano al Edicto (221). En el Digesto está situado en el título segundo del libro 19, dedicado al arrendamiento. Lenel, según se desprende de la reconstrucción palinagésica, cree que el libro 32 del comentario al Edicto de Ulpiano dedicaba un apartado a comentar los problemas derivados del arrendamiento (222). Los diez párrafos que preceden a éste en el fragmento ponen de manifiesto que el problema central tratado por Ulpiano era el arrendamiento.

El texto no alude directamente a los *invecta et illata*. Ahora bien, el hecho de que se discuta si en un supuesto de prórroga tácita de un arrendamiento las cosas permanecen gravadas, me induce a pensar en este tipo de prórroga, ya que como estamos viendo a lo largo de estos textos fue bastante frecuente que los *invecta et illata* del colono garantizaran el pago de la renta de un fundo rústico.

El pasaje comienza afirmando la continuidad del derecho de prenda a favor del *locator*, puntualizándose que, en el supuesto de que haya sido un tercero el que haya aportado las cosas, será necesario de nuevo su consentimiento. Se extiende análogicamente esta regulación a los supuestos de arrendamientos de predios públicos. A continuación, se debate el problema de si la prórroga se ha producido por todo el lustro o de año en año. Por último, se indica cuál es la regulación en los supuestos de arrendamientos urbanos.

El texto en su estado actual es probablemente fruto de una amplia reelaboración. Por ello son diversos los pasajes que se consideran manipulados. Así por ejemplo son numerosos los romanistas que no admiten la autenticidad de la frase final *nisi-est*, debido a su carácter compilatorio (223). Costa

(221) Sobre la problemática planteada por esta obra ver lo expuesto en el análisis de Dig 20,1,21,pr (§ 11).

(222) LENEL, *Palinagésia* 2, 637-642; nrs 944-952. Sin embargo Ulpiano en este libro 32, al margen del arrendamiento, trataba de la compraventa (nrs 930-943) y de la estimación (nr 953).

(223) Manifiesta esta opinión: APPLETON, *Interpolations*, 54-55 y 234-235; COSTA, *Locazione*, 106; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, 220; MUHL, *Tacere*, 43; LENEL, *Palinagésia* 2,

(224) considera que dicho carácter es también apreciable en *ut prout-obligetur*: Koschaker (225) indica que *hoc enim-videtur* no es auténtico. Longo (226), Mayer-Maly (227) y Mühl (228) suponen que en el texto hay diferentes fases en la redacción: una parte auténtica de Ulpiano (*iniitio-obligata e in urbanis-obligetur*) en la que se planteaba al jurista el tema central: la contitudad o no de la responsabilidad pignoraticia de los *invecta et illata* en un supuesto de *reconductio*. A este punto central de la discusión, y debido a las soluciones establecidas por la praxis, se van añadiendo a lo largo de los siglos III y IV p.C. matizaciones diversas (229). Para Donatuti es sospechoso: *quod autem-comprehensum est* (230). Wieacker cree que el pasaje está totalmente interpolado (231). Debido a esta presunta reelaboración, me voy a ir pronunciando sobre la autenticidad de las diversas partes del texto a medida que lo analizo.

El texto comienza indicando que, si el colono vencido el plazo permanece en el arrendamiento, se considera que volvió a tomar en arriendo y que las cosas pignoradas permanecen gravadas. Esta parte inicial del pasaje, que como se a visto no ha planteado problema alguno de autenticidad, establece claramente que en los supuestos de *reconductio tacita* (232) las prendas del colono, posiblemente los *invecta et illata*, quedan pignoradas de forma tácita. Esta afirmación parece lógica; si la relación jurídica subyacente que dio lugar a la prenda (el arrendamiento) se entiende prorrogada de forma tácita por la actuación de las partes, la prenda como relación jurídica accesoria sigue sus mismas vicisitudes y por lo tanto se sobreentiende igualmente prolongada. Sin embargo, según el texto, esta prórroga tácita del arrendamiento no daría lugar a la prórroga automática del derecho de prenda cuando los objetos introducidos en la finca no habían sido pignorados por el colono sino por un tercero (*sed hoc-fuerint*).

639 n 2; FRIER, *Landlords and tenants*, 165 y F. GALLO, *Sulla presunta estinzione del rapporto di locazione per iniziativa unilaterale*, *SyntArangio-Ruiz* 2, 1203.

(224) COSTA, *Locazione*, 105.

(225) KOSCHAKER, *Bedingte Novation*, 152 n 4, seguido por GALLO, [n 223] 1202-1203.

(226) G. LONGO, *Sul regime delle obbligazione corrispettive nella locatio conductio rei*, *StArangio-Ruiz* 2, 397.

(227) MAYER-MALY, *Locatio conductio*, 220. En contra GALLO, [n 223] 1203 n 17.

(228) MUHL, *Tacere*, 42-43.

(229) Se considera primera reelaboración *sed hoc-erit necessarius*; *quod autem-anno perman- fuerint y hoc enim-videtur*.

(230) G. DONATUTI, *Il silenzio come manifestazione di volontà*, *StBonfante* 4, 476-477.

(231) F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaft*. 1 (Weimar 1936) 102 n 3.

(232) Puntualizando que es esta la exposición adecuada y no la de *relocatio tacita ver GAL- LO*, [n 223] 1203 n 18.

Esta matización a la afirmación anterior, es igualmente coherente con el funcionamiento del derecho de prenda. En este caso, una de las partes que ha constituido el derecho de prenda es diferente de las que han realizado el contrato de arrendamiento. El que la actuación del arrendador y el arrendatario permita deducir que el contrato de arrendamiento se ha prorrogado de forma tácita, no quiere decir que lo mismo ha ocurrido con el contrato de prenda. Para que ésta se prolongue, es necesario que la parte diferente que la constituyó manifieste de nuevo su consentimiento. Según el texto, este requisito también se exigirá en aquellos supuestos en que los fondos arrendados fueran públicos.

A continuación, el texto cambia de tema y vuelve a comentar el supuesto inicial. La prórroga del contrato de arrendamiento, deducible del silencio de las partes, no abarca otros cinco años, como los que inicialmente se habían contratado, sino que el contrato se considera prorrogado de año en año (233). Para Gallo (234), el fundamento de esta regla está en la buena fe que debe servir para interpretar el silencio de las partes. El período más breve posible compatible con las exigencias relativas a la producción agrícola era el del año. En esta parte del pasaje llama la atención la frase *hoc enim-videtur*, ya que rompe la coherencia de la exposición; el que se afirma que las partes prestaron su consentimiento por el hecho de haber mantenido silencio, tal como interpreto el pasaje, creo que en el contexto en el que se encuentra no tiene mucho sentido y, a mi entender, lo único que hace es romper la coherencia interna (235).

En la parte final el texto recoge la solución aplicable en los arrendamientos urbanos (*Et hoc-comprehensum est*). Según Ulpiano no se aplican las mismas reglas que en los arrendamientos rústicos. En este caso el contrato de inquilinato no se consideraba prorrogado de año en año, sino por el tiempo efectivo en que la vivienda fuera habitada por el inquilino, con indiferencia de si era un plazo mayor o menor al período inicialmente pactado. Es decir, que si el contrato de arrendamiento se había pactado inicialmente por un año (236) y el inquilino vivía por ejemplo quince meses, se entiende que la prórroga tácita del arrendamiento y de la prenda abarcaba a los tres meses no previstos inicialmente y no a todo el año siguiente. El pasaje recoge sin embargo una limitación a esta premisa: a no ser que se hubiera establecido un cierto tiempo para el arrendamiento (*nisi-est*), limitación que no se admite como

(233) Sobre si la *reconductio tacita* da lugar a un nuevo arrendamiento o a una prolongación del anterior ver GALLO, [n 223] 1.203 n 19.

(234) GALLO, [n 223] 1.204.

(235) En este sentido se manifiestan MAYER-MALY, *Locatio conductio*, 221 y GALLO, [n 223] 1203 n 16.

(236) Sobre la duración del contrato de arrendamiento urbano ver la introducción del capítulo siguiente de este trabajo (§ 19).

clásica (237). En esta parte final del texto, creo necesario matizar el sentido del *obligetur* final. A diferencia del comienzo del pasaje, en que el término *obligare* significa pignorar, aquí parece estar referido al mismo sujeto de *habitare*. Por ello, en este caso el término *obligetur* no se debe considerar como referente al derecho de prenda, sino que sirve para indicar que el que habita queda obligado, se entiende en la relación de arrendamiento.

Gallo (238) presupone que en estos supuestos de arrendamientos urbanos, la *reconductio tacita* se entendía realizada por el tiempo más breve posible, en concreto él habla de renovaciones diarias. Pero, como muy bien ha puesto de manifiesto Frier (239), esta renovación diaria es una invención innecesaria que no tiene sentido si se admite la prórroga del contrato sin término. A diferencia de los arrendamientos rústicos, en los urbanos no hay plazo de prórroga. La misma dura el tiempo que el inquilino viva en la vivienda arrendada. Pero, ¿cómo funciona la garantía sobre los *invecta et illata* del inquilino en este supuesto? A mi entender, el arrendador podrá retener los *invecta et illata* del inquilino si éste no está dispuesto a abonar el tiempo que ha vivido en la vivienda, con independencia de que este periodo haya sido un día, tres meses, seis meses o un año.

Pienso que con base en el análisis realizado, de este texto es posible deducir lo siguiente: 1.—Se puede considerar sustancialmente clásica la doctrina recogida en el texto, según la cual en un supuesto de prórroga tácita de un arrendamiento rústico, los *invecta et illata* introducidos en el fundo por el colono continuaban también pignorados; 2.—La regulación de la prórroga tácita es diferente según se esté ante supuestos de arrendamientos rústicos o urbanos. En los primeros, la prórroga del arrendamiento, y por lo tanto de la prenda, se entiende realizada por un año; en los segundos, por el tiempo en que se habite en la vivienda, es decir, que no hay plazo fijo como en los rústicos.

§ 14.—DIG 43,33,2 (Ulp, Ed [70] <73>)

In Salviano interdicto, si in fundum commune duorum pignera sint ab aliquo invecta, possessor vincet [et erit eis descendendum ad Servianum iudicium].

El texto es de Ulpiano, en concreto del comentario al Edicto (240). En el Digesto está situado en el libro 43, título 33 dedicado al interdicho Salviano.

(237) FRIER, *Landlords and tenants*, 165 n 246 la considera postclásica; GALLO, [n 223] 1205, cree que estamos ante una frase Justiniana. Ver además la nota 223.

(238) GALLO, [n 223] 1.206.

(239) FRIER, *Landlords and tenants*, 167 n 251.

(240) Sobre la problemática planteada por este autor y su obra ver lo indicado en el análisis de Dig 20,1,2,1,pr (§ 11).

La reconstrucción palinagénica de Lenel (241), realizada con base en los tres fragmentos que se nos han transmitido sobre este tema, igualmente permite considerar que el contexto en el que figura el texto era el del interdicto *Salviano*, en relación con la *actio Serviana* y la *quasi Serviana*. Sin embargo, este autor (242), al igual que Kreller (243), considera que el comentario que Ulpiano realiza en este texto no pertenece al libro 70 del comentario al Edicto, sino al libro 73 (244), opinión que creo correcta, ya que fue en el libro 73 donde Ulpiano realizó el comentario tanto del interdicto de *migrando* como de la *actio Serviana*, mientras que en el libro 70 comentaba otro interdicto que en absoluto tenían que ver con el derecho de prenda.

En el pasaje se indica que, si alguien introduce prenda en un fundo común a dos personas, vencerá el poseedor debiendo los acreedores acudir al juicio *Serviano*.

El texto plantea un problema similar al analizado en el párrafo primero de Dig 43,33,1 (245), pero a diferencia del pasaje de Juliano, éste es mucho más breve.

Sobre la autenticidad del texto se han pronunciado diferentes romanistas; así mientras Kreller (246) sólo alude a la posible sustitución de *a coloro* por *ab alitquo*, realizada según él por los compiladores, otros se pronuncian por su total aclasicidad (247).

El pasaje ha sido ya varias veces mencionado a lo largo de este capítulo, en concreto al analizar el otro texto importante transmitido en el Digesto sobre el interdicto *Salviano* (248). Como se ha visto en el análisis del texto de Gayo referente a este interdicto (249), el mismo estaba a disposición del arrendador del fundo para pedir la posesión de los bienes propiedad del colono que éste hubiera introducido en la finca. Partiendo de esto, voy a intentar comprender lo indicado en el texto de Ulpiano. El arrendador emplea el interdicto una vez producido el vencimiento. A partir de ese momento, es cuando el acreedor puede tomar posesión de los bienes. Teóricamente los legitimados

(241) LENEL, *Palinagenesia* 2, 850-851; nrs 1627-1639. En este libro 73 se habla también de otras materias, en concreto del interdicto de *migrando* (nr 1626) y del interdicto *fraudatorio* (nrs 1640-1649).

(242) LENEL, *EP*³, 490 n 13.

(243) KRELLER, *Pfändrechtliche Interdikte*, 329 n 84.

(244) En contra de esta postura ASCOLI, *Origini*, 78.

(245) Ver el análisis de este texto en este mismo capítulo (§ 4).

(246) KRELLER, *Pfändrechtliche Interdikte*, 330 n 85 a.

(247) En este sentido se pronuncian APPLETON, *Interpolations*, 195; LENEL, [n 102] 186-188. D'ORS, [n 97] 109 considera que el fruto en su dición actual es fruto de un epitomador de Ulpiano.

(248) Juliano, Dig 43,33,1 analizado en este capítulo (§ 4).

(249) Gayo, Inst 4,147 analizado en este capítulo (§ 6).

para ejercitar el interdicto en este supuesto son los dos copropietarios del fundo, en cuanto que la prenda sobre las cosas introducidas en el fundo se ha constituido de forma solidaria a favor de ambos. La afirmación recogida en el texto de que en el interdicto Salviano vence el poseedor, se debe entender, según mi hipótesis interpretativa de la siguiente forma: un copropietario ha utilizado el interdicto para pedir la posesión de los bienes, posesión que obtiene; a continuación el otro propietario pide mediante el interdicto la posesión que ya ha sido otorgada al primer copropietario-acreedor. En este caso, como dice Juliano en Dig 43,33,1,1, como uno de los copropietarios ya ha obtenido la posesión de los bienes pignorados, el otro acreedor no puede hacer nada, ya que entre los acreedores solidarios es preferente el poseedor.

El texto de Ulpiano finaliza de la siguiente forma: *et erit eis descendendum ad Servianum iudicium* (y aquellos deberán acudir al juicio Serviano). ¿Por qué esta referencia de Ulpiano al juicio Serviano, es decir a la *actio Serviana*? Si estamos hablando del *interdictio Sabiano* y su posible funcionamiento en un supuesto de pignoración de *invecta et illata* de forma solidaria a dos copropietarios, ¿qué sentido tiene pasar a hablar ahora de la *actio Serviana*? ¿Cómo se debe entender esta frase según la cual *eis*, es decir, los copropietarios habrán de proceder al (250) juicio Serviano? Ante esta cuestión se me ocurren dos hipótesis respuestas. Una primera sería el considerar esta afirmación final una manipulación, ya que el texto trataba del interdicto y no de la acción. Pudo ocurrir que al igual que en el texto de Juliano (Dig 43,33,1), un reelaborador posterior, sustituyera en el pasaje las referencias del interdicto por las de la acción. Por el contrario, se podría considerar que el texto en esta parte final es también auténtico. Esta afirmación presupondría que el copropietario que no había obtenido la posesión de los objetos introducidos en el fundo, como cotitular de un derecho de prenda sobre los mismos podría acudir a la acción Serviana y dirigirla contra el otro copropietario, que mediante el interdicto Salviano había tomado posesión de los *invecta et illata* introducidos en el fundo. Con base en este segundo razonamiento se podría admitir como auténtica la referencia existente al final del texto. Particularmente me inclino por la primera de las hipótesis y considero que el texto está manipulado en su parte final. La referencia que en la misma se hace a la acción puede ser considerada como un añadido posterior realizado por un comentarista en cuya época ya no se aplicaba el interdicto, o quizás puede proceder de una abreviación del pasaje que trataba más adelante de la *actio Serviana*.

Con base en este análisis creo que del texto es posible deducir lo siguiente: 1.—El texto de Ulpiano, según mi hipótesis interpretativa, está probablemente manipulado en su parte final cuando hace referencia a la acción Ser-

(250) Sobre esta acepción del verbo *descendere* en este caso ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 139.

viana; 2.—Del texto se deduce que los objetos introducidos en la finca podrían quedar solidariamente pignorados a varios acreedores caso de ser varios los dueños de la finca; 3.—Inicialmente se indica expresamente que entre los copropietarios para el ejercicio del interdicto Salviano gozaba de preferencia el poseedor.

§ 15.—CJ 4,65,5 (Imp. Alexander A. Aurelio Petronio) 223 p.C.

Certi iuris est ea, quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis praediorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini: nam ea quoque pignoris iure tenentur.

El texto es un recripto (251) de *M. Aurelius Severus Alexander* (Severo Alejandro) (252) dirigido a Aurelio Petronio, y en el mismo se le comunica que están sujetos a derecho de prenda en garantía del pago del precio del arrendamiento del fundo las cosas ajenas que el colono introduzca en la finca con el consentimiento del dueño. Sin embargo, en los supuestos de arrendamientos urbanos no erige este criterio, y quedan pignoradas todas las cosas introducidas o llevadas a la vivienda, incluso sin conocimiento del dueño. La autenticidad del texto no ha planteado problemas y su contenido coincide plenamente con lo establecido en otras fuentes clásicas (253).

Es significativo que el rescripto comience con la locución *certi iuris est* (254). La misma, al igual que *eo iure utimur* (255), se encuentra repetidas ve-

(251) Sobre los rescriptos como forma de constitución imperial ver CHURRUCA, *Introducción*², 193-196; WENGER, *Quellen*, 427-432; BRASSLOFF, *Epistula*, PWRE 6/1, 204-210; A. TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes* (Oviedo 1982) 422-424; M. TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano* (Milano 1979) 458-473; T. HONORE, *Emperor and lawyers* (London 1981) 25-53; D. NÖRR, *Zur Reskriptenpraxis in der hohen Prinzipatszeit*, ZSS 98 (1981) 1-46.

(252) Que fue nombrado emperador el 12 de marzo del 222, tras el asesinato de HelioGábalo a la edad de 13 años. Esta circunstancia hizo que su reinado estuviera influenciado por su madre y, sobre todo, por Ulpiano. Sobre este emperador ver por ejemplo: V. R. HANSLIK, *Aurelius*, KP 1, 770; R. SORACI, *L'opera legislativa e amministrativa dell'Imperatore Severo Alessandro* (Catania 1974); A. CALDERINI, *La crisi del III secolo d.Ch. Appunti delle lezioni di Storia Romana* (Milano 1945) 60-67; K. CHRIST, *Römische Geschichte. Einführung, Quellenkunde, Bibliographie* (Darmstadt 1973) 239; E. KORNEMANN, *Römische Geschichte 2. Die Kaiserzeit*³ (Stuttgart 1954) 316; R. SYME, *Emperors and Biography. Studies in The Historia Augusta* (Oxford 1971) 146-162. Indica el estado de las investigaciones referentes a este emperador G. WALSER, *Die Severer in der Forschung 1960-1972*, ANRW 2/2, 631-632.

(253) Paul, Ed 29 (Dig 13,7,20,pr) y Marc, FormHypoth (Dig 20,1,16,1) establecen la necesidad de que el tercero propietario preste su consentimiento para que la cosa ajena quede pignorada: vemos, por lo tanto, coincidir con el contenido de la primera parte del texto: *Certi-teneri*.

(254) Sobre la misma ver TLL 3, 901.

(255) Esta locución ha aparecido en Nerat, Membri 1 (Dig 20,2,4,pr) texto analizado en este mismo capítulo (§ 3) y se encuentra igualmente en Paul, Plaut 1 (Dig 2,11,10,1) y Ulp, Sab 23 (Dig 30,49,pr).

ces en las fuentes (256) para poner de manifiesto que lo que se va a afirmar a continuación es un hecho indudable, que no admite discusión (257). Según esto, en la época de Ulpiano, estaba plenamente aceptado que para admitir como válido el gravamen de cosas ajenas en garantía del pago de la renta, era necesario que el colono arrendatario contara con el consentimiento del propietario. Esta afirmación es lógica, si se tiene en cuenta lo que ya hemos visto en el análisis de Gayo 4, 147 (258): el arrendador puede pedir mediante el interdicho Salviano únicamente la posesión de los bienes del colono. Los bienes ajenos al colono introducidos en la finca por él, no pueden ser objeto del interdicho. Este rescripto lo que hace es completar esta afirmación. Las cosas ajenas al colono quedan pignoradas únicamente en el caso de que el propietario de las mismas haya prestado su consentimiento.

Sin embargo, en un supuesto de arrendamiento urbano no se aplica el mismo criterio. Según este rescripto, no es necesario el conocimiento del *dominus* para considerar pignoradas las cosas que el inquilino introduce en la vivienda. Pero, ¿cómo se debe interpretar esta afirmación? Creemos que la misma no tiene mucho sentido si se interpreta de forma literal. Cuando se quiere pignorar una cosa ajena es claro que siempre es necesario el consentimiento de su propietario, siendo indiferente que la relación jurídica que se trata de garantizar sea un arrendamiento rústico o urbano. Ahora bien, tal y como está redactado el texto parece que en los supuestos de arrendamientos urbanos no es necesario el conocimiento del dueño. ¿Cómo se puede salvar esta divergencia? Una solución podría ser la propuesta por Wubbe (259), según la cual en el supuesto de los arrendamientos rústicos se exigía un acuerdo expreso de los propietarios de las cosas ajenas, mientras que en los supuestos de arrendamientos urbanos dicho acuerdo no sería expreso sino tácito; es decir, que se entendería realizado por el mero hecho de llevar cosas ajenas a la vivienda. Otra solución podría consistir en interpretar el pasaje de la forma siguiente: en los arrendamientos rústicos se está exigiendo el consentimiento de los dueños de las cosas ajenas que se quieren pignorar para que las mismas queden gravadas. En cambio, cuando se arrienda una casa no es necesario el conocimiento del dueño de la casa para que las cosas introducidas o llevadas queden pignoradas, lo cual no quiere decir que el consentimiento del tercero propietario de la cosa no sea necesario. Se supone que dicho consentimiento se ha manifestado expresamente al inquilino. Por ello el inquilino introduce esas cosas en la finca; en cambio, no se exige al propietario de la casa un consentimiento expreso.

(256) Ver por ejemplo Trif, *Disput* 3 (Dig 4.4.37.1) y CJ 4.8.2 (294 p.C.).

(257) En este sentido se interpreta en HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 66. HONORÉ, [n 89] 178 indica que la locución es propia de la cancellería imperial y no de los juristas.

(258) Ver el análisis de este pasaje en este mismo capítulo (§ 6).

(259) WUBBE, *Res athena*, 201 n 68.

Por lo tanto, esta interpretación se fundamenta en considerar que el consentimiento de los dueños (*voluntate dominorum*) de la primera parte del texto y el conocimiento del dueño (*scientia domini*) de la segunda no se refieren a los mismos sujetos. El primero se refiere a los dueños de las cosas ajenas que el colono quiere gravar, el segundo al propietario de la casa. Y pienso que esta interpretación puede servir para comprender el texto, ya que la hipótesis interpretativa propuesta por Kaser (260), basada en Gayo (Dig 43,32,2) y Ulpiano (Dig 43,32,1,5) (261), según la cual el arrendador no tiene un derecho de prenda, supone considerar que la frase *pignoris iure tenentur* está haciendo referencia a un derecho de retención en lugar de a un derecho de prenda. Pero esta interpretación supone ir contra las palabras textuales del pasaje que reconoce expresamente el derecho de prenda del arrendador de la casa: *pignoris iure tenentur*.

Con base en este análisis creo que del pasaje es posible extraer las siguientes conclusiones: 1.—En los supuestos de arrendamientos rústicos, el colono debe contar con el consentimiento expreso tanto del tercero propietario de los objetos como del arrendador para que los objetos llevados al fundo se consideren pignorados; 2.—En los supuestos de arrendamientos urbanos, según mi hipótesis interpretativa, el inquilino debe contar con el consentimiento expreso del tercero propietario de los objetos para que los mismos queden pignorados; en cambio no es necesario el conocimiento del propietario de la casa.

§ 16.—CJ 8,9,1 (Gordianus A. Aristoni) 238 p.C.

Si te non remittente pignus debitor tuus ea quae tibi obnoxia sunt venumdedit, integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto Salviano (id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit), sed Serviana actione vel quae ad exemplum eius instituitur utilis adversus emptorem exercenda.

El texto es un rescripto del emperador *M. Antonius Gordianus* (Gordiano III) que fue proclamado agosto por los pretorianos a la edad de 13 años (262).

(260) KASER, *Studien* 3, 14 = *Studien*, 140.

(261) Sobre el análisis de estos textos ver los párrafos en el capítulo segundo (§§ 23 y 34 respectivamente).

(262) Sobre este emperador ver R. HANSLIK, *Gordianus*, KP 2, 845-846; SYME, [n 252] 166-170; X. LORJOT, *Les premières années de la grande crise du III siècle: De l'avènement de Maximin le Thrace (235) à la mort de Gordien III (244)*, ANRW 2, 724-775.

El rescripto (263) está fechado en el año 238 p.C., pudiendo ser *magister libellorum* en esta época el jurista Modestino (264). En él se comunica a Aristón la imposibilidad que tiene el acreedor de utilizar el interdicto Salviano para reclamar las cosas que el deudor hubiera vendido. Se indica en la constitución imperial que el acreedor deberá emplear la *actio Serviana* bien directa o útil.

El texto presenta desde el punto de vista terminológico algunas peculiaridades: comienza con la locución *remittente pignus*, para indicar que el acreedor no ha condonado la prenda al deudor (265). A continuación indica, mediante la frase *quae tibi obnoxia sunt* (266), que el deudor vendió cosas pignoras, siendo esta venta fraudulenta la que ocasiona la actuación del acreedor. Igualmente se dice que el acreedor tiene pleno derecho a reclamarlas. Según Kaser (267), con esta locución (*pignus (hypotheecam) persequi, pignoris (hypothecae) persecutio*) se señala la actividad realizada por el acreedor pignoraticio encaminada a satisfacerse con las prendas, actividad que comienza con el ejercicio de la acción y finaliza con la venta o disfrute del objeto pignorado.

El texto ha sido muy debatido por los romanistas en el contexto del interdicto Salviano (268). Como se ha visto (269), uno de los principales problemas que plantea este interdicto consiste en determinar si el acreedor pignoraticio estaba legitimado para dirigirse frente a terceros: mientras en Dig 43,33,1 se admite dicha posibilidad, en el presente pasaje se niega. Esta tradición en los textos, lógicamente ha dado lugar a posicionamientos diversos entre los romanistas: para algunos el interdicto nunca fue oponible frente

(263) Sobre los problemas ocasionados por la transmisión de los rescriptos imperiales ver por ejemplo H. J. WOLFF, *Vorgregorianische Reskripte*, ZSS 69 (1952) 128-153, en especial 149-150, donde pone de manifiesto el fuerte movimiento que a lo largo del siglo II p.C. se desarrolló a favor de la compilación de las constituciones y la hipotética forma en que dicha compilación se pudo producir. Igualmente E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, ACISID Ven 1967 (Firenze 1971) 821-1097 y en especial 1001-1027 pone de manifiesto las posibles reducciones que pudieron sufrir las constituciones.

(264) En este sentido HONORÉ, [n 89] 196.

(265) HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 505 y *VIR* 5, 80 recogen diferentes fuentes en las que la expresión *remittente pignus* tiene esta acepción, por ejemplo un texto de Paul, Quaest 3 (Dig 20,6,10,pr) y otro de Pap, Quaest 26 (Dig 42,8,18).

(266) Según HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 381 el empleo del término *obnoxius* como sinónimo de *pignoratius* se encuentra repetidas veces en el CJ. Así por ejemplo: CJ 1,4,31 (531 p.C.); CJ 8,16,6 (293 p.C.); KASER, *Studien* 3, 3 n 4 = *Studien*, 129 n 4 pone de manifiesto el escaso uso que se hizo en la época clásica de este término.

(267) KASER, *Studien* 3, 40 = *Studien*, 166.

(268) KASER, *Studien* 3, 25 n 85 = *Studien*, 151 n 85 expone las consideraciones de Kreller, Wagner, Watson y Pappoulas sobre la autenticidad del pasaje.

(269) Ver el análisis de Jul, Dig 49 (Dig 43,33,1); Paul, Ed 63 (Dig 43,1,2,3) y Gai 4,147 = *IJ* 4,15,3 en este mismo capítulo (§4; 9 y § 6).

a terceros (270); para otros, lo fue solamente en una segunda fase (271), finalmente hay quienes opinan que lo fue siempre (272). Pienso que esta diversidad de posturas es perfectamente lógica, si se tiene en cuenta el contenido de los textos: ¿cómo se puede hacer compatible lo afirmado en Dig 43,33,1 (Juliano) con los indicado en CJ 8,9,1? Para mí, una posible respuesta puede ser la dada por Kreller (273); según este autor, la constitución imperial se hace referencia al interdicto Salviano porque el texto de la constitución no se refiere a un supuesto de arrendamiento rústico. Con base en esta opinión parto por lo tanto del siguiente supuesto de hecho: Un deudor ha pignorado a favor del acreedor un conjunto de bienes, que no se especifican, en garantía del cumplimiento de una obligación que desconocemos. Llegado el momento del vencimiento, el deudor no cumple la obligación y el acreedor no condona la deuda. Quiere tomar posesión de esos bienes pignorados para posteriormente ejecutarlos y se encuentra con que el deudor los ha enajenado a un tercero. El acreedor, supongo que consultante, acude ante el emperador y le cuestiona sobre la posibilidad de emplear el interdicto Salviano para perseguir frente a terceros esos bienes. Ante esta cuestión el emperador contesta lo siguiente: 1.—El acreedor tiene pleno derecho a reclamar las cosas pignoradas que el deudor haya vendido, se entiende que en fraude del acreedor. Como las cosas estaban gravadas con un derecho de prenda, el acreedor en virtud de tal derecho puede dirigirse frente a los terceros adquirientes o poseedores; 2.—El medio jurídico que empleará para ello no será el interdicto Salviano, sino la *actio Serviana*, o la que se de según su modelo. Esta respuesta de la cancellería imperial viene explicada y justificada: no se da el interdicto, ya que el mismo sólo compete contra el arrendatario o contra el deudor. Pero esta explicación ¿hasta qué punto puede aceptarse como válida? Son numerosos los romanistas que consideran al término *debitorem* una glosa aclaratoria (274). D'Ors (275) cree que el rescripto hablaba de la acción, y que luego los compiladores introdujeron la mención del interdicto aunque fuera para excluirlo. Otros, como Kaser (276), creen que el paréntesis aclaratorio es obra de un reelaborador posclásico, que no ha visto la extensión tardía del interdicto frente a terceros. Para Kreller (277), el fundamento de la explicación deja mucho que de-

(270) Ver lo indicado en la nota 117 de este capítulo, en concreto en la primera parte.

(271) KASER, *Studien* 3, 17 = *Studien*, 143.

(272) Ver lo indicado en la nota 117 de este capítulo.

(273) KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 308-309. En contra KASER, *Studien* 3, 18 n 59 = *Studien*, 144 n 59.

(274) FEHR, *Beiträge*, 50 n 5; LENEL, *EP*³, 490 n 15 (491); BERGER, *Interdictum*, 1669; FREZZA, *Garanzie* 2, 312-313 consideran interpolado sólo *debitorem*. KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 308-309 considera manipulado además del término *debitorem* toda la frase explicativa del paréntesis, al igual que *vel quae ad exemplum eius instituitur utilis*.

(275) D'ORS, [n 97] 104-105.

(276) KASER, *Studien* 3, 18 = *Studien*, 144.

(277) KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 309.

sear para ser obra de un clásico; cree que sin lugar a dudas nos encontramos ante una frase introducida por los compiladores. Personalmente opino que la aclaración se puede deber a un reelaborador postclásico, que al ver la respuesta dada en la constitución imperial, introduce el fundamento que a su entender motivó la respuesta (*id-enim*). Pero al hacerlo se confundió. ¿Por qué? A mi entender, la razón del error está en que el reelaborador no sabía con exactitud cómo había funcionado el interdicto, ya que probablemente en su época no estuvo en vigor; creyó que el motivo de la negativa del interdicto era que el mismo no se podía utilizar contra terceros y así lo expuso. Sin embargo, el motivo de la denegación del interdicto pienso que no era éste; en mi opinión la denegación fue debida a que el supuesto que había dado lugar a la controversia no hacía referencia a una hipótesis de prenda de *invecta et illata* en garantía del pago del precio de un arrendamiento rústico, sino a otro supuesto. Por eso tiene sentido que en la respuesta se haga referencia a la *actio Serviana* o a la que a su ejemplo se había creado en calidad de útil. Hay que tener en cuenta, que en la constitución no se especifican los objetos sobre los que se había constituido el gravamen. Pero si por ejemplo había recaído sobre objetos que no estaban *in bonis debitoris* en el momento de la *conventio pignoris*, era lógico que el acreedor empleara la *actio Serviana utilis* para dirigirse frente a terceros y recuperar los objetos que sin existir en el momento del convenio habían quedado pignorados por el acuerdo de las partes.

Con base en este análisis creo que del texto es posible deducir entre otras las siguientes conclusiones: 1.—Según mi hipótesis interpretativa, el texto probablemente no hacía referencia a un supuesto de pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta en un supuesto de arrendamiento rústico; 2.—A mi entender la explicación (*id-competit*) puede ser una glosa aclaratoria introducida por un reelaborador postclásico del texto. Creo que en el párrafo original no existió ninguna referencia a la posibilidad de ejercitar o no el interdicto frente a terceros; 3.—Según el rescripto el acreedor pignoraticio podía emplear la *actio Serviana* directa o útil para dirigirse frente a terceros según que los bienes pignorados hubieran estado o no *in bonis debitoris* en el momento de la constitución de la prenda.

§ 17.—CJ 4,65,16 (Valerianus et Gallienus AA. et C. Aurelio Timotheo) 260 p.C.

Legem quidem conductionis servari oportet nec pensionum nomine amplius quam convenit reposci. Sin autem tempus, in quo locatus fundus fuerat, sit exactum et in eadem locatione conductor permanserit, tacito consensu eandem locationem una cum vinculo pignoris renovare videtur.

El texto es de los emperadores *P. Licinius Valerianus* (Valeriano) y *P. Licinius Egnatius Gallienus* (Galieno) (278).

El rescripto estaba dirigido a Aurelio Timoteo (arrendador), y en el mismo se le comunica que en un supuesto de arrendamiento, no se le puede reclamar al arrendatario más de lo convenido. Sin embargo, en un caso va a ser esto posible: cuando se haya producido una prórroga tácita del contrato, en cuyo caso el vínculo pignoraticio también continúa.

En el pasaje no se hace una referencia expresa a la pignoración de *invectata et illata* en garantía del pago de la renta en un supuesto de arrendamiento de un fundo. Sin embargo la mención que se recoge en el texto de que se entiende renovado el vínculo pignoraticio cuando se produce la *relocatio tacita*, hace referencia sin lugar a dudas a este tipo de pignoración.

Son varios los autores (279) que consideran interpolada la presente constitución, debido a su referencia al consentimiento tácito. Sin embargo, como he indicado ya (280), creo que la doctrina de la pignoración tácita puede considerarse clásica. Por ello el contenido del rescripto, a mi entender, es sustancialmente auténtico (281).

En mi opinión, en el texto se intentaban resolver dos problemas: 1.—El primero consistía en determinar si era posible pedir por concepto de renta más de lo acordado. El segundo cuestionaba la posibilidad de renovar el contrato de arrendamiento (con su contrato de prenda subsidiario) por el consentimiento tácito de las partes. A estas dos preguntas el rescripto imperial contesta de forma clara: 1.—En un contrato de arrendamiento hay que observar lo acordado en las cláusulas del contrato; si en una de estas cláusulas se establece la cantidad debida por concepto del arrendamiento, el arrendador no podrá reclamar más de lo convenido; 2.—Cuando el arrendatario permanece

(278) Valeriano, proclamado emperador por sus tropas en la primavera del año 253, nombró en otoño del mismo año a su hijo Galieno corregente. El correinado duró hasta la muerte de Valeriano a manos de Sapor I, rey de los persas, ocurrida en el 260 p.C. A partir de esta fecha, Galieno continuó como emperador hasta su asesinato en Milán en el 268. La fecha por lo tanto corresponde a uno de los momentos más turbulentos del imperio romano y en el que los emperadores se encontraron más absorbidos por tareas militares, tanto frente a enemigos externos como internos. Sobre estos emperadores ver R. HANSLIK, *Gallienus*, KP 2, 684-686; G. WINKLER, *Valerianus*, KP 5, 1098 con la bibliografía citada en cada caso; M. CHRISTOL, *Les régnes de Valérien et de Gallien* (235-268): *traux d'ensemble, questions chronologiques*, ANRW 2, 803-827.

(279) KOSCHACKER, *Bedingte Novation*, 152 n 4; COSTA, *Locazione*, 105; G. SCHERILLO, *Locazione e precario*, RendLombardi 62 (1929) 391 n 2; A. STEINWENTER, *Zur Lehre vom Gewohnheitsrechte*, StBomfante 2, 436 n 103; LONGO, [n 226] 399; F. PRINGSHEIM, *Animus in Roman Law*, LQR 46 (1933) = GesAbh 1 (1961) 314.

(280) Ver análisis de Dig 20,2,4,pr (§ 3).

(281) En este mismo sentido se pronuncian: MAYER-MALY, *Locatio conductio*, 220; MÜHL, *Tacere*, 44; y G. SCHNEBELT, *Reskripte der Soldatenkaiser* (Karlsruhe 1974) 60-64, si bien este último autor reconoce que el lenguaje no es del todo clásico.

en el fundo, una vez finalizado el plazo acordado, se entiende que se había renovado el arrendamiento, debido al consentimiento tácito de las partes. Como la prenda es un contrato accesorio (282) es lógico que la misma se encuentra, al igual que la relación jurídica principal de la que depende (arrendamiento), prorrogada. Y esta segunda afirmación es perfectamente lógica si se tiene en cuenta que ya Ulpiano en Dig 19,2,13,11 (283) había establecido algo semejante.

Con base en este análisis creo que de este rescripto se puede deducir lo siguiente: 1.—No era posible reclamar por concepto de renta más de lo acordado, conclusión que no tiene que ver directamente con mi tema de estudio; 2.—En el supuesto de que habiendo finalizado el plazo de arrendamiento, el arrendatario permaneciera en el fundo, se consideraba que se había producido una renovación tácita tanto del arrendamiento (en cuanto contrato principal) como de la prenda (en cuanto contrato accesorio).

§ 18.—CONCLUSIONES

Una vez realizado el análisis de los diferentes textos, algunos de los cuales no hablan directamente de la pignoración de *invecta et illata*, sino de problemas conexos con la misma, voy a intentar exponer la serie de conclusiones que creo es posible deducir de los mismos.

1. Aparición

Esta institución (pignoración de *invecta et illata*), que ya existió en la época republicana como lo ponen de manifiesto los textos de Catón (234-149 a.C.), estuvo plenamente aceptada y desarrollada a comienzos del siglo I p.C., como lo pone de manifiesto un texto de Labeón (Dig 20,6,14).

2. Constitución

La constitución de la prenda a favor del arrendador sobre los *invecta et illata* se realizaba: a) mediante un acuerdo expreso entre el colono y el arrendador (Neracio, Dig 20,2,4,pr; Labeón, Dig 20,6,14; Pomponio, Dig 20,2,7,1; Escévola, Dig 20,1,32; Gayo, Inst 4,147); b) a este acuerdo inicial expreso debía seguir necesariamente la introducción efectiva de los objetos en el fundo: *importatio in fundum* (Pomponio, Dig 20,2,7,1 y Gayo, Dig

(282) Sobre la accesoriedad ver KASER, *Studien* 2, 330 n 279 = *Studien*, 110 n 279 al margen de E. CARRELLI, *Sulla accessorietà del pegno del diritto romano* (Roma 1934 = Napoli 1980); RATTI, *Sulla accessorietà del pegno* (Macerata 1927).

(283) Ver el análisis de este texto en este mismo capítulo (§ 13). Sin embargo, entre texto y la constitución que analizamos hay una diferencia: mientras que en la constitución el *pignus* ha sido creado por el propio deudor, en Ulp, Ed 32 (Dig 19,2,13,11) se creaba el *pignus* a través de un tercero.

20,4,11,2). En el supuesto de que dicha introducción no se hubiera realizado, se entendería que no se había constituido el gravamen, ya que la mera *comentio pignoris*, en este caso no servía para constituir el derecho de prenda a favor del arrendador; c) esta introducción tenía que tener además la característica de la permanencia (Escévola, Dig 20,1,32; Pomponio, Dig 20,2,7,1). Según mi interpretación del término *perpetuo* empleado por Escévola en Dig 20,1,32, considero que se producía la permanencia cuando los *invecta et illata* estaban continuamente en el fundo durante el período que duraba el contrato de arrendamiento.

3. *Sujetos*

Las personas que normalmente intervenían en esta relación de garantía eran, por un lado, el *dominus fundi* como acreedor pignoraticio y, por otro lado, el *colonus* como deudor. En el supuesto de que existiera subarriendo, la relación se establecía entre el *conductor*-subarrendador y el colono-subarrendatario. A veces el *dominus* o el arrendador se servía de un *procurator* que era el que acordaba la prenda con el colono. Sin embargo, se entendía que la relación pignoraticia se había constituido entre el colono y el *dominus* o el arrendatario-subarrendador, caso de hubiera existido subarriendo (Ulpiano, Dig 20,1,21,pr).

4. *Objeto*

La prenda recaía sobre los diferentes objetos que el colono llevara al fundo siempre y cuando fueran propiedad del colono (Escévola, Dig 20,1,32; Gayo, Inst. 4,147). Para que cosas de un tercero introducidas por el colono en el fundo quedarán pignoradas era necesario que el tercero prestara su consentimiento (Ulpiano, Dig 19,2,13,11 y CJ 4,65,5 (223 p.C.)). En el siglo II p.C., el objeto pignorado varió. Ya no eran solamente los *invecta et illata* introducidos en el fundo los que estaban pignorados. Implícitamente ya con Juliano (Dig 43,33,1,pr) se había producido la extensión de la prenda a los *ibi nata*. Expresamente es con Gayo (Dig 20,4,11,2, y con Escévola (Dig 20,1,32) cuando los *ibi nata* y los *ibi parata* quedan pignorados.

5. *Relación jurídica garantizada*

Los *invecta et illata* garantizaban el pago de la renta. Si bien en los textos que he analizado no se dice nada, por analogía a lo que ocurría en arrendamientos urbanos, creo que se garantizaba no sólo el pago de la renta vencida, sino también la del período acordado y no disfrutado por el colono.

En los supuestos de *tacita reconductio* (Ulpiano, Dig 19,2,13,11) los *in- vecta et illata* introducidos en el fundo por el colono continúan también pignora- dos.

6. *Derechos del deudor*

El colono deudor tenía derecho a que se considerara prorrogado tácita- mente su contrato por el período de un año, siempre que siguiera en el fundo una vez concluido el contrato (Ulpiano, Dig 19,2,13,11).

7. *Derechos del acreedor*

El arrendador del fundo rústico como titular de un derecho de prenda te- nía los siguientes derechos: a) podía legar bienes introducidos en la finca por el colono (Paulo, Dig 33,7,24), cuando al efectuar un legado de fundo *cum instrumento*, el *instrumentum* existente en la finca no fuera del testador sino del colono; b) en los supuestos de *reconductio tacita*, su derecho de prenda sobre lo objetos introducidos en el fundo se consideraba prorrogado de forma tácita, salvo que un tercero hubiera pignorado bienes a favor del colono (Ulpiano, Dig 19,2,13,11); c) una vez llegado el vencimiento y en el supuesto de que se hubiera incumplido la obligación principal: pago de la renta, el arren- dador tenía a su disposición diferentes medios para proteger su derecho de prenda. En un primer momento, podía mediante el interdicto Salviano, de ca- rácter prohibitorio (Paulo, Dig 43,1,2,3), pedir la posesión de los *invecta et illata* del colono que éste hubiera pactado con el arrendador quedaran en ga- rantía del pago de la renta (Gayo, Inst 4,147). También podía utilizar el inter- dicto para dirigirse frente a terceros y tomar posesión de los bienes pignora- dos o de los frutos que el colono deudor hubiera enajenado (Juliano, Dig 43,33,1,pr).

Si bien no se manifiesta expresamente en las fuentes analizadas, creo que el interdicto Salviano no otorgaba una protección real al acreedor pignorati- vo, ya que éste no podía pedir la ejecución de los bienes que había obtenido mediante el interdicto. En este sentido el interdicto debió ser un mero medio de presión. La protección real se le otorgó al acreedor pignoraticio mediante el *actio Serviana*. Dicha acción que, creo al igual que Kunkel, surgió proba- blemente hacia mediados del siglo I a.C., tenía frente al interdicto la ventaja de que se podía utilizar no sólo para obtener la posesión por primera vez, sino incluso para recuperarla cuando se hubiera perdido. También per- mitiría al acreedor pignoraticio ejecutar los *invecta et illata* del colono, en el supuesto de que éste no pagara la renta. Al igual que en el supuesto del inter- dicto, pienso que estarían legitimados para su ejercicio: activamente tanto el *dominus* como el *conductor*-subarrendador y pasivamente tanto el colono como cualquier tercero que tuviera en su posesión bienes pertenecientes a los

invecta et illata que el colono hubiera pignorado en garantía del pago de la renta.

8. *Derechos preferentes*

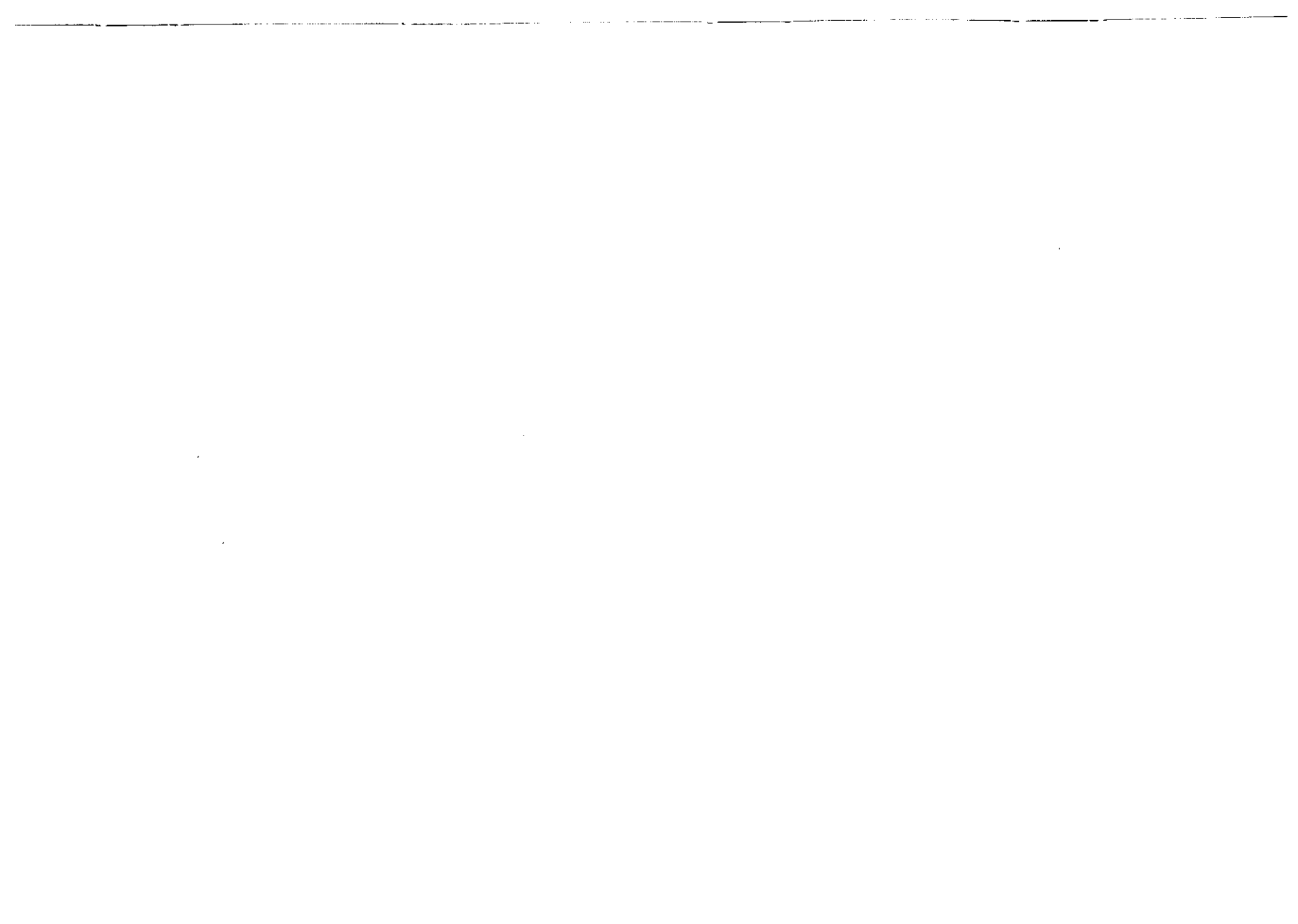
El acreedor pignoraticio arrendador rústico no siempre era el primero en resarcirse con la ejecución de los bienes pignorados del *conductor*. Los gastos de entierro y funeral constituían un crédito privilegiado y por lo tanto preferente a cualquier otro que se hubiera constituido antes en el tiempo (Ulpiano, Dig 11,7,14,1), con lo que ello podía suponer de inseguridad jurídica para el acreedor.

9. *Extinción*

El derecho de prenda del acreedor pignoraticio-arrendador rústico se extinguía: a) por el cumplimiento de la obligación (*solutio*); b) por la realización de un acto jurídico por parte del deudor en el que se le aseguraba al acreedor el pago mediante el otorgamiento de una seguridad, *fideiussio*, que ya en época de Labeón (Dig 20,6,14) constituía un caso de *satisfactio*.

CAPITULO 2

**PIGNORACION DE INVECTA ET ILLATA
EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS**



§ 19.—INTRODUCCION

19.1. *Los arrendamientos urbanos en la vida económica romana*

Voy a tratar a lo largo de este capítulo de la pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta urbana. Previamente se va a exponer brevemente las partes que intervienen en un contrato de arrendamiento urbano, así como algunos aspectos de su funcionamiento como por ejemplo, la duración del arrendamiento, la forma de pago, etc.

Para establecer con claridad los sujetos de este contrato, se piensa que puede ser interesante diferenciar dos tipos de relaciones: 1.—La relación jurídica principal, es decir, el arrendamiento; 2.—La relación jurídica accesoria que surge de la primera: la prenda. En la mayor parte de los casos se va a producir una equiparación entre los sujetos que intervienen en una y otra relación: arrendador = acreedor pignoraticio; inquilino = deudor pignoraticio. Pero puede ocurrir que esta igualdad no se produzca en el supuesto que exista un subarriendo. En esta hipótesis la figura del arrendatario-subarrendador aparece como elemento nuevo, planteando entre otros el importante problema de determinar quién es el titular de la prenda: el arrendador o el subarrendador.

Por lo que se refiere al *locator* o arrendador, en época republicana, son personas pertenecientes a la aristocracia (1). A lo largo de la época imperial, junto con estas personas aparece también el Fisco como arrendador (2).

El fenómeno del subarriendo no se va a producir normalmente en los casos en que el *locator* arrienda al *inquilinus* una *domus* (3) (o casa para una

(1) FRIER, *Landlords and tenants*, 24.

(2) FRIER, *Landlords and tenants*, 24-26.

(3) Supuesto recogido en Dig 19,2,24,2. Sobre el concepto de *domus* y sus partes en comparación con las *insulae* J. CARPINO, *La vie quotidienne a Rome a l'apogée de l'empire* (Paris 1939) 39-63; U. E. PAOLI, *Urbs, La vida en la Roma antigua* (Barcelona 1956) tr. esp. 65-67; 71-87; L. HO-MO, *Rome impériale et l'urbanisme dans l'antiquité* (Paris 1971) 477-495, especialmente 486 en adelante. H. BLANCK, *Einführung in das Privatleben der Griechen und Römer* (Darmstadt 1976) 30-44 y J. GUILLEN, *Urbs Roma. Vida y costumbres de los romanos*. 1. *La vida privada* (Salamanca 1977) 60-77.

única familia). Este supuesto, al menos en Roma, no fue muy frecuente (4), y ello es lógico si se tiene en cuenta que esta *domus* normalmente es una casa habitada por personas de alta categoría social y gran poder adquisitivo, que no se ven en la necesidad de tomar en arriendo la vivienda donde van a habitar. Sin embargo, el subarriendo si se da en el supuesto bastante más frecuente de arrendamiento de *insulae* (5). El término en sus orígenes parece que sirvió para designar un *ambitus* totalmente aislado. Posteriormente, bajo este término se conoció al edificio de varios pisos para alquiler (6). Las características de estas casas de alquiler al parecer no eran muy agradables: así por ejemplo tenían una inmensa altura, no tenían agua corriente, estaban mal construidas y expuestas a incendios y hundimientos, el alquiler era muy caro, etc. (7).

Estas *insulae*, que tenían diferentes partes (8), podían ser arrendadas o bien directamente por el propietario, o bien por el arrendatario (9), que conseguía de esta forma buenos beneficios (10). Pero en cualquier caso era frecuente que se sirvieran de personal auxiliar como por ejemplo el *procurator insulae*, encargado del cobro del arrendamiento, de tratar con los inquilinos, etc. (11), o el *insularius*, normalmente un esclavo encargado de vigilar el cumplimiento del contrato, mantener el orden, etc. (12).

(4) En este sentido se manifiestan: CARCOPINO, [n 3] 49; HOMO, [n 3] 495; A. PERNICE, *Labco* 1 (Halle 1873 = Aalen 1963) 468; CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 192-193; PERNICE, *Parerga*, ZSS 19 (1898) 93.

(5) HOMO, [n 3] 529-530 y G. CARDASCIA, *Sur une fonction de la sous-location en Droit Romain*, St. Biscardi 2, 265-388.

(6) Sobre las posibles acepciones del término *insula* ver A. G. MCKAY, *Römische Häuser, Villen and Paläste* (Freiburg 1980) tr. al 78. La denominación de *insula* como casa de alquiler al parecer se debió imponer ya antes del siglo II a.C. En este sentido W. H. GROSS, *Insula*, KP 2, 1418; HOMO, [n 3] 496.

(7) MCKAY, [n 6] 85 y sobre todo GUILLEN, [n 3] 79 y HOMO, [n 3] 506-517, 527-528, exponen con amplitud el tema, haciendo referencia a las numerosas fuentes literarias que hay sobre ello. Sin embargo, considera F. CASTAGNOLI, *Topografía e Urbanística di Roma antica* (Bologna 1969) 112 que la mayor parte de las viviendas debían tener un aspecto relativamente decoroso.

(8) GUILLEN, [n 3] 78 y HOMO, [n 3] 506-507, hablan de *tabernae* o tiendas normalmente en la planta baja; de *cenacula*, es decir, los diferentes apartamentos con sus propias habitaciones, etc.; y de *pergulae* o áticos viviendas situadas bajo el tejado y normalmente muy miserables.

(9) FRIER, *Landlords and tenants*, 29.

(10) Dig 19,2,30,pr (Alf, Dig 3) menciona un arriendo en bloque de una *insula* por 3.000 sesteracios. El arrendatario vuelve a arrendar cada uno de los *cenacula*, obteniendo con ello 40.000 sesteracios. Dig 19,2,58,pr (Lab, Post 4) indica cómo en el subarriendo los precios de la renta pueden ser más altos. Dig 19,2,7 (Paul, Ed 32) vuelve a recoger un supuesto de primer arriendo de *insula* por 50.000 y de subarriendo por 60.000 sesteracios.

(11) HOMO, [n 3] 522 indica las diferentes funciones, etc.

(12) HOMO, [n 3] 523 y FRIER, *Landlords and tenants*, 29-31, indican las diferentes funciones, condición social, etc.

Por lo que se refiere al *inquilinus* (13) o arrendatario, no está muy claro la categoría social que tenía. Tradicionalmente se ha considerado que era de baja condición social y escaso poder adquisitivo, como se puede deducir de las condiciones que tenían las viviendas que habitaba (14). Sin embargo, últimamente Frier (15) ha puesto de manifiesto lo contrario. Según él no hay dato alguno que permita sostener esto.

Por lo que se refiere a la duración del contrato en las fuentes no se establece una duración fija: se habla de cinco años (16), de un año (17), y de varios años (18), por lo que se puede pensar que eran las partes contratantes las que acordaban en cada caso la duración del contrato. Por otro lado, se puede presumir que los contratos comenzaban a ser efectivos a partir de las calendas de enero y julio (19).

Respecto al momento del pago, se ha discutido mucho, ya que en el supuesto de que las partes no lo hubieran acordado, no está claro si el inquilino debía pagar antes de comenzar el período de arrendamiento (20) o después (21). A mi entender el funcionamiento de la pignoración tácita de los *invecta et illata* a favor del arrendador puede inducir a pensar que el pago se realizaba después, ya que en otros casos, ¿qué sentido tiene que el arrendador retenga unos objetos si el pago se le ha hecho ya por adelantado?

19.2. Concepto de *Invecta et Illata*

En las fuentes que voy a analizar, se utiliza una terminología variada para referirse a los objetos introducidos en un fundo urbano en garantía del pago de la renta. Mientras unas veces se utiliza la locución *invecta et illata* (22) otras aparecen las siguientes construcciones: *invecta et inlata* (23), *invec-*

(13) Sobre el significado del término ver R. LEONHARD, *Inquilinus*, PWRE 9/2, 1559-1560; FRIER, *Landlords and tenants*, 59.

(14) En este sentido se manifiesta al menos MCKAY, [n 6] 85.

(15) FRIER, *Landlords and tenants*, 39,47.

(16) Paul, Ed 34 (Dig 19,2,24,2).

(17) Ulp, Ed 32 (Dig 19,2,19,6); Ulp, Ed 73 (Dig 43,32,1,4); Alf, DigPaulEpit 3 (Dig 19,2,30,1) y Lab, PostlavEpit 4 (Dig 19,2,58,2).

(18) Lab, PostlavEpit 5 (Dig 19,2,60); Ulp, Ed 73 (Dig 43,32,1,4) y Paul, Plaut 5 (Dig 20,4,13).

(19) Lab, PostlavEpit 5 (Dig 19,2,60,pr) y Afric, Quaest 8 (Dig 20,4,9,pr), mencionan estos dos términos. PERNICE, [n 4] 93, HERDLITCZKA, *Miete*, PWPE Supl 6, 386; FRIER, *Landlords and tenants*, 38-39 y HOMO, [n 3] 520, hablan de las calendas de julio como término tradicional del vencimiento del inquilinato.

(20) MAYER-MALY, *Locatio conductio*, 139, considera que estuvo en vigor la práctica del pago por adelantado (*praenumerare*).

(21) KASER, *RPR* 1^o, 567.

(22) Ver por ejemplo: Marc, FormHypoth (Dig 20,2,2) (§ 35); Ulp, Ed 73 (Dig 20,2,6) (§ 30) y Ulp, Ed 28 (Dig 13,7,11,5) (§ 31).

(23) Ver Ulp, Ed 73 (Dig 20,2,6) (§ 30) y CIL 6,33747 = *FIRA* 3^o, 145 a = DESSAU, 5914 (§ 21) y CIL 6,37795 = *FIRA* 3^o, 145 c (§ 22).

ta illata (24), *introduceducta importaba ibi nata factave* (25), *inducta illata* (26). Esta disparidad terminológica plantea el problema de ver si cada uno de estos términos tiene una acepción propia o si por el contrario todos ellos deben ser considerados como sinónimos.

Para Dernburg (27), el término *inducta* señala sin duda los esclavos y los animales en oposición al mobiliario inmóvil. Biscardi (28) parece utilizar este término para designar a los bienes del inquilino, mientras que la locución *invecta et illata* la adjudica a los supuestos de arrendamientos rústicos.

Pienso que la opinión de Dernburg es bastante lógica, ya que como se va a ver a lo largo del análisis de los textos de este capítulo, en las fuentes referentes al arrendamiento de *horrea* no aparece nunca el término *inducta*. Se habla siempre de pignoración de *invecta inlata* (29), *invecta inlata importada* (30), lo que permite pensar que el término *inducta* no se utilizaba por referirse usualmente a los esclavos y animales que evidentemente no se llevan a un almacén. Por lo que se refiere a la locución *ibi nata factave*, que también aparece en las fuentes, a diferencia de las otras expresiones, creo que tiene un significado claro: hace referencia a las cosas que habían nacido en la vivienda de los objetos llevados a la misma (es decir los frutos) y a los objetos que habían sido hechos en la vivienda.

En los textos jurídicos que voy a analizar a lo largo de este capítulo, no se mencionan expresamente los diferentes elementos que pueden componer los *invecta et illata* del inquilino. Pero al igual que en los supuestos de arrendamientos rústicos, pienso que el *instrumentum* (31) posiblemente era componente de los mismos.

En las fuentes literarias en cambio hay algún ejemplo que puede ayudar a hacerse una idea aproximada de estos elementos. En concreto, hay un poema de Marcial (32) donde se describe la expulsión que un tal Vacerra sufre el primero de julio por no haber pagado la renta de dos años. Vacerra, su madre, su esposa y su cuñada forman un cortejo que saca de la vivienda los siguientes bienes: un camastro con tres patas, una mesa con dos, una lámpara,

(24) Paul, Ed 3 (Dig 2,14,4,pr) (§ 25).

(25) Ulp, Ed 73 (Dig 43,32,1,pr) (§ 34).

(26) Nerat, Membre 1 (Dig 20,2,4,pr-1) (§ 20).

(27) DERNBURG, P 1, 301.

(28) BISCARDI, *Appunti*, 151.

(29) *CIL* 6, 33747 = *FIRA* 3², 145 a = DESSAU, 5914 (§ 21).

(30) *CIL* 6, 37795 = *FIRA* 3², 145 c (§ 22).

(31) Sobre la acepción de este término ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 275 y DELL'ORO, *Cose collettive*, 75-153.

(32) Sobre este escritor ver M. SCHANZ-C. HOSIUS, *Geschichte der römische Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian 1/2*⁴ (München 1959) 546-560.

una cacerola, un orinal roto, una ánfora maloliente, un trozo de queso con ristra de hierbas aromáticas marchitas, ajos y cebollas (33).

Todo ello me induce a pensar que los objetos que el inquilino llevaba a la vivienda (*invecta et illata*), variando en cada caso, podían ser *instrumenta, suppellex* (34), *penus* (35) y *vestis* (36). En cualquier caso parece que este conjunto de objetos debió ser de valor bastante escaso (37).

A continuación se van a analizar las diferentes fuentes que mencionan la pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de una vivienda.

§20.—DIG 20,2,4,pr-1 (Nerat, Membr 1)

Eo iure utimur, ut quae in praedia urbana inducta illata sunt pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur (1). Stabula quae non sunt in continentibus aedificiis quorum praediorum ea numero habenda sint, dubitari potest. Et quidem urbanorum sine dubio non sunt, cum a ceteris aedificiis separata sint: quod ad causam tamen talis taciti pignoris pertinet, non multum ab urbanis praediis differunt.

Este es el primer texto que se nos ha transmitido en el Digesto sobre la pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta en un supuesto de arrendamiento urbano. La primera parte del texto ha sido ya analizada en el capítulo primero (38). En este análisis dedicado a la pignoración de *invecta et illata* en arrendamientos urbanos interesa poner el acento en la frase *quasi id tacite convenerit*. ¿Cuál es el significado de esta frase? Para Dernburg (39) la frase quería decir que aún en el supuesto de que las partes olvidaran el acuerdo, se consideraba constituida la prenda, ya que se entendía que quienes concertaban el arrendamiento urbano no querían apartarse de la regla general. Se cree que lo determinante de esta frase es la locución *quasi*.

(33) MART, *Epig.* 12, 32.

(34) Sobre la aceptación de este término ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 416 y DELL'ORO, *Cose collettive*, 169-176. Una mención de los mismos se hace en el título décimo del libro 30 del Digesto.

(35) Sobre la acepción de este término ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 569; DELL'ORO, *Cose collettive*, 157-168 y M. J. CASADO, *El concepto de suppellex en el derecho romano*, EstSantiaCruzTejairo 1, 143-145.

(36) Sobre la acepción de este término ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 621 y DELL'ORO, *Cose collettive*, 183-186.

(37) En este sentido se pronuncian: CARCOPINO, [n 3] 50-52; CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 205-206.

(38) Ver capítulo 1 § 3.

(39) DERNBURG, *P* 1, 295.

¿Cuál es el sentido y el significado de la misma dentro de la frase? A mi entender trata de poner de manifiesto que el acuerdo tácito no había tenido lugar. Así como en arrendamientos rústicos se ha visto que el derecho de prenda a favor del arrendador nacia de un acuerdo expreso seguido de una introducción de los objetos pignorados en el fondo, en los arrendamientos urbanos, como se va ver a o largo de este capítulo, no se exigían estos requisitos. En este caso lo fundamental era la introducción de los objetos en el fundo; una vez producida la misma se fingía que había existido un acuerdo tácito. Con base en esta interpretación, creo que la expresión *quasi* (40) en este caso hace referencia no a una analogía, sino a una ficción(41). Se presume que ha existido un acuerdo tácito, si bien el mismo no ha tenido lugar.

El párrafo primero del texto plantea otro problema. Se trata de determinar en el mismo si los *stabula* situados fuera de los edificios se consideran fundos rústicos o urbanos. Y ello es importante, ya que según se consideren una u otra cosa, la forma de constitución de la prenda será diferente.

Para Beseler (42) el fragmento de Neracio está interpolado en los siguientes puntos: *aedificiis [quorum] <rusticorum> praediorum [ea] numero habenda [sint] <sunt> [dubitari - fine]*. Este planteamiento respecto al texto, lo fundamenta Beseler en el empleo de *ea* y de la locución *non multum - differunt*; Koschaker (43) igualmente creyó que la explicación final *quod ad - differunt* se trataba de una interpolación de carácter compilatorio, debido a la falta de fundamentación de la afirmación. Schuller (44) sin embargo admite la autenticidad sustancial del texto, si bien considera que quizás los compiladores realizaron una abreviación del pasaje. Greiner (45) también cree que el texto ha sido resumido, opinión que comparto.

Como he indicado ya, el problema que Neracio tiene que solucionar en este pasaje es el de determinar el régimen jurídico que se debe seguir al constituir un derecho de prenda en garantía del pago del arrendamiento de unos establos: si el de los arrendamientos rústicos o el de los urbanos. El parte de que los *stabula* que no están contiguos a los edificios claramente no son fondos

(40) Sobre las posibles acepciones del término *quasi* ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 484-485 y R. KUHNER-C. STEGMANN, *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache* 2/2 (Hannover 1914) 452-457. Analizan sus posibles significados en las fuentes: G. WESENER, *Zur Denkform der quasi in der römischen Jurisprudenz*, *SidDonatui* 3, 1337-1414 y W. KERBER, *Die Quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung* (Würzburg 1970).

(41) KERBER, [n 40] 129 habla en este caso de una «paradigmatische Fiktion», entendiéndolo como tal, la que no está fundamentada de forma dogmática, sino que tiene como base la opinión subjetiva del jurista.

(42) G. VON BESELER, *Textkritische Studien*, ZSS 53 (1933) 13.

(43) KOSCHAKER, *Bedingte Novation*, 152 n 3.

(44) SCHULLER, *Pignus tacitum*, 272-273.

(45) R. GREINER, *Opera Neratii: Drei Textgeschichten* (Karlsruhe 1973) 80.

urbanos, ya que están separados del resto de los edificios. De esta afirmación puede deducirse que para Neracio, la ubicación era un elemento determinante para calificar a un predio como urbano. Ahora bien, parece que el criterio defendido por Neracio en este texto (la ubicación) no siempre se consideró como fundamental a la hora de calificar a un fondo como rústico o urbano. Como he indicado en el análisis de Dig 20,2,4,pr en el capítulo primero, en época de Ulpiano (Dig 50,16,198) parece que el criterio había dejado de ser el de la ubicación, hasta tal punto que los establos situados por ejemplo en una propiedad rural o casa de campo se consideraban como fundos urbanos. Y puede confirmar esta idea de que el elemento determinante para diferenciar lo rústico de lo urbano no fue siempre el de la ubicación, el que Labeón en Dig 33,10,12(46) diferenciara al esclavo rústico del urbano por el servicio que realizaba, y no por su ubicación. Parece claro pues, que no existió un criterio claro para la calificación de un objeto como rústico, ya que el de la ubicación defendido por Neracio en este pasaje, no siempre estuvo en vigor. Por ello, no debe extrañar el que Neracio en cierta manera se contradiga al indicar que los establos no contiguos a los edificios no son fundos urbanos, para a continuación afirmar que sin embargo el régimen aplicable a su pignoración es el de los predios urbanos, y que por lo tanto, los objetos introducidos en los mismos se consideraran tácitamente pignorados en garantía del pago de la renta.

Resumiendo lo establecido en el texto, pienso que del mismo es posible extraer las siguientes conclusiones: 1.—En época de Neracio, según mi interpretación del término *quasi* se fingió que la pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de un fundo urbano se constituía mediante un acuerdo tácito; 2.—Pese a que el pasaje pudo haber sido abreviado, creo que en cuanto a su contenido se puede aceptar sustancialmente como válido; 3.—El criterio adoptado por Neracio (la ubicación) para distinguir un fundo rústico de otro urbano, siempre no fue aceptado como determinante por los juristas clásicos; 4.—Según Neracio los objetos introducidos en un establo quedaban pignorados tácitamente en garantía del pago de la renta.

§ 21.—CIL 6, 33747 = FIRA 3², 145a = Dessau, 5914

[*In his h*] orreis |[*Imp(eratoris)*— —C]aesaris Aug(usti) loc(antur) |[*mercatoribus frument*]ar(iis) armaria et loca |[*cum operis cella*] rar(iorum) ex hac die et ex |[*k(alendis Ianuariis)*].

(46) Labeo, Pith 4: *Quenamodum urbanus servus et rusticus distinguitur non loco, sed genere usus, ita urbana penus et supellex ad usum urbanum, non ad locum urbanum aut peregrinum dirigitur, ita, multumque interest, penus et supellex ea quae in urbe sit an urbana legetur vel promittatur.*

Lex horreorum. ||

[*Quisquis in annum futurum retinere volet quod conduxit armarium aliud*] ve quid, ante idus Dec(embres) pensione soluta renuntiet. Qui non || [renuntiaverit, si volet retinere et cum horreario aliter pro i] nsequente anno non transegerit, tanti habeat, quanti eius gener(is) || [armarium eo anno ibi locari solebit, si modo aii locatum n] on erit.

Quisquis in his horreis conductum habet, elocandi et || [substituendi ius non habebit. *Invectorum in haec horrea cu*] stodia non praestabitur. Quae in his horreis invecta inlata || [erunt, pignori erunt horreario, si quis pro pensionib]us satis ei [non fece] rit.

Quisquis in his horreis conductum habet et sua || [--- --] fuer(it) venia.

[*Qui*] squis in his horreis conduct(um) habet pensione soluta chirogr(ap- ho) || [liberabitur].....

Quisquis habens conductu]m horreum su [a ibi] reliquer(it) et custodi non adsignaver(it), horrearius sine culpa erit.

El texto es una inscripción encontrada en Roma en 1885 (47), y recoge las condiciones generales de contratación de un almacén imperial establecidas en una *lex horreorum* (48). Se han expuesto diferentes hipótesis acerca de la fecha de la inscripción: mientras Gatti cree que puede proceder de la época de Adriano (49) o de la de Galba (50), Mommsen (51), seguido por Hülsen (52) Girard (53) y Arangio-Ruiz (54), cree que es de la de Nerva. Para Macqueron en todo caso la inscripción recoge el funcionamiento de los contratos de arrendamiento de los almacenes imperiales en el siglo I ó II p.C. (55).

(47) ARANGIO-RUIZ, *FIRA* 3², 455; MACQUERON, *Contractus scripturae*, 95; G. RICKMAN, *Roman granaries and store buildings* (Cambridge 1971) 198.

(48) Sobre las *leges horreorum*: ver WENGER, *Quellen*, 64-65; RICKMAN, [n 47] 194-201.

(49) GATTI, Bull. comm. arch. 13 (1885) 110-129 (no hemos consultado directamente esta obra y sólo la conocemos a través de la mención de ARANGIO-RUIZ, *FIRA* 3², 455 y de MACQUERON, *Contractus scripturae*, 96 n 1).

(50) Al igual que en el caso anterior, tampoco hemos manejado directamente el artículo donde mantuvo esta opinión, *Osservazioni sugli orrei Galbani*, Mith. deutch. arch. (1886) 65; tengo conocimiento de la misma a través de la obra de MACQUERON, *Contractus scripturae*, 96 n 1.

(51) *Fontes iuris romani antiqui*², (edd) C. G. BRUNS-T. MOMMSEN-O. GRADENWITZ (Tübingen 1909 = Aalen 1969) nr 166, 372.

(52) *CIL* 6, 33747 = *FIRA* 3², 145 a = DESSAU, 591.4 (§ 21).

(53) *Textes de droit romain*², (edd) P. F. GIRARD-F. SENN (Paris 1937) 856, opinión que coincide a través de MACQUERON, *Contractus scripturae*, 96 n 1.

(54) *FIRA* 3², 455.

(55) MACQUERON, *Contractus scripturae*, 95.

La versión que he reproducido es la de Arangio-Ruiz. En la misma se aprecian algunas variaciones respecto a la versión de Hülsen en el *CIL* y la de Dessau, que se irán exponiendo a medida que se comenta el texto.

La inscripción, según la versión que sigo, comienza indicando que en los *horrea* imperiales se alquilan diferentes dependencias. En este caso parece claro que el término *horreum* (56) hace referencia a un almacén público. Sin embargo, según se deduce de otros textos (57), el término también se suele emplear para hacer referencia a los almacenes privados. Y en estos *horrea* se alquilan a los comerciantes de trigo (58): *armaria* (59) y *loca* (60); y estas dependencias del almacén (armarios y locales) son alquiladas *cum operis cellararium*, es decir, con el servicio de los vigilantes (61). Por lo que se refiere a la duración del arrendamiento, en la inscripción se dice que va desde el día en que se realiza el contrato hasta las calendas de enero, en que comienza a contar el plazo habitual de un año (62).

Seguidamente, se recogen las condiciones generales del contrato. Se comienza manifestando que, si alguien quiere permanecer el próximo año, es decir, a partir de las calendas de enero, con el arrendamiento del *armarium* o de cualquier otra dependencia, informará de ello, se entiende que al arrendador, habiendo pagado previamente la renta. En el supuesto de que no informe su deseo de permanecer en la dependencia arrendada, podrá seguir el siguiente

(56) Sobre las posibles acepciones de la palabra ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 239; *IR* 3, 271; *TLL* 6, 2985-2989 y P. ROMANELLI, *Horrea*, DE 3, 967-992.

(57) En *CIL* 6, 33860 = *FIRA* 3², 145 b = DESSAU, 5913 = MACQUERON, *Contractus scripturae*, 99-100, se habla de un *horreum* privado en el que se arriendan diferentes dependencias.

(58) Sin embargo no todos los autores admiten esta reconstrucción de MOMMSEN. Por ejemplo GATTI (según MACQUERON, *Contractus scripturae*, 97 n 3) propuso [*cellae frumentariae*] *et vin[ar] (tae)*, mientras que HÜLSEN en *CIL* reconstruye [*horrea compendi]ar(ia)*. MACQUERON, *Contractus scripturae*, 97 n 3 acepta, al igual que DESSAU, 5914, la reconstrucción de HÜLSEN.

(59) Según MACQUERON, *Contractus scripturae*, 96 n 2, el término *armaria* se debe entender como «*armoire, coffre-fort, scellés au mur*». Para A. WÄCKE, *Rechtsfragen der römischen Lagerhausvermietung*, Labco 26 (1980) 301, «*Kleinere Abteile hieszen armarium*». RICKMAN, [n 47] 197 los define como «*large lockers or chests*». Para conocer las medidas, materiales de las que se hacían, etc. ver W. HATTO GROSS, *Armarium*, KP 1, 198-599. Sobre las diversas acepciones del término ver *TLL* 2, 603-304 y Heumann-Seckel, *Handlexikon*, 41.

(60) Sobre las diferentes acepciones de la palabra ver D. V. SIMON, *Locus*, KP 3, 703; HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 320-321; MACQUERON, *Contractus scripturae* 96 n 2 y *TLL* 7, 1575-1604.

(61) La reconstrucción de HÜLSEN en *CIL* discrepa en este punto: *armaria et loca | et [armaria et...]rar(is)*. La misma es aceptada por MACQUERON, *Contractus scripturae*, 97 n 4 que considera la reconstrucción de MOMMSEN extremadamente larga para poder ser aceptada. DESSAU, 5914 también discrepa de MOMMSEN y prefiere dejar sin reconstruir el espacio existente entre *et loca...rar ex hac die et ex*.

(62) En este punto de la inscripción la postura de los estudiosos parece ser casi unánime. Prácticamente todos aceptan la reconstrucción de HÜLSEN en *CIL*. Sin embargo MOMMSEN, [n 51] 372 reconstruyó *ex kalendas Iulias*.

año con el arrendamiento de un *armarium* de la misma clase que el que ha tenido en arrendamiento, siempre que no haya sido arrendado (63).

La inscripción sigue estableciendo las condiciones que regulan el arrendamiento, indicando que el arrendatario no tiene derecho a subarrendar ni a subrogar a otra persona en su lugar. También indica la reconstrucción de Aragio-Ruiz (64) que en estos *horrea* no se responderá por *custodia* respecto a las cosas introducidas en el almacén (65).

El texto menciona seguidamente la cláusula que creemos tiene mayor interés: en la misma se establece que las cosas introducidas o llevadas al almacén estaban pignoradas a favor del *horrearius* (66) en el supuesto de que no le satisficiera la renta. Llama la atención en esta afirmación el que se limita la pignoración sólo a los supuestos de no *satisfactio* (67), pues, como se puede ver a lo largo del análisis de los diferentes textos (68), lo normal es condicionar la ejecución de las prendas a los supuestos en que no se produce la *solutio* o la *satisfactio*. Por ello, creo que sería interesante completar la inscripción haciendo referencia a este supuesto de impago que, como se va a ver, venía recogido expresamente en otra *lex horreorum* (69). En esta cláusula, por lo tanto, la inscripción no hace sino confirmar lo establecido en algunos

(63) En este punto se producen de nuevo discrepancias en la reconstrucción. MOMMSEN, [n 51] 372 reconstruyó: [quisquis in his horreis retinere voluerit apothecam armarium aliud]ve quid. Sin embargo tanto HULSEN como ARANGIO-RUIZ dudan de esta hipótesis, y el primero de ellos prefirió reconstruir de la siguiente manera: [Quisquis in annum futurum retinere volet horreum, armarium aliud]ve quid. La reconstrucción de ARANGIO-RUIZ sigue sustancialmente la de HULSEN, omitiendo sin embargo la referencia al *horreum*.

(64) Otra vez hay variantes entre las diferentes reconstrucciones: GATTI (que conocemos a través de MACQUERON, *Contractus scripturae*, 97 n 6, habla de...*si elocaverit vel utendum dederit, ei custodia non praestabitur*. MOMMSEN, [n 51] 372 seguido por ARANGIO-RUIZ, *FIRA* 3^a, 456 reconstruyó [Invectorum in haec horrea custodia non praestabitur. Mitteis, *Grundz.*, 2/1, 259 n 3, prefiere [auri argenteae]custodia non praestabitur. HULSEN, *CIL* 6, 33747 seguido por MACQUERON, *Contractus scripturae*, 97 n 6 conjeturó [substituendi ius non habebit...custodia non praestabitur; ALZON, *Location des entrepôts*, 178, prefiere [si quis totum horreum conducti ei]custodia non praestabitur, y A. CANNATA, *Su alcuni problemi relativi alla locatio horrei*, *SDHI* 30 (1964) 245 s reconstruyó [auri argenteae (margaritarumque) custodia non praestabitur.

(65) Sobre cómo se debe interpretar esta cláusula en el ámbito de la responsabilidad del arrendador de almacenes ver WACKE, [n 59] 312-321.

(66) Sobre la posibilidad de subarriendo en este contrato y por lo tanto las personas del *dominus horreorum* y del *horrearius* fueran diversas ver J. A. C. THOMAS, *Custodia and horrea*, *RIDA* 6 (1959) 375 ss; J. A. C. THOMAS, *Return to horrea*, *RIDA* 13 (1966) 353-360; WACKE, [n 59] 301-302.

(67) Sobre la posible acepción de este término ver lo indicado en el análisis de Dig 20,6,13 en el capítulo dedicado a la pignoración de *invecta et illata* en arrendamientos rústicos (§ 2).

(68) Ver a título de ejemplo: Ulp. Ed 73 (Dig 43,22,1,pr) (§ 34); Lab, *Postlavo*Epit 5 (Dig 20,6,14) (§ 2), las reconstrucciones de la *actio hypothecaria*, *Lenel*, *EP*³, 493 y de la *actio pignoratitia*, *LENEL*, *EP*³, 254.

(69) Ver *CIL* 6, 37795 = *FIRA* 3^a, 145 c. MACQUERON, *Contractus scripturae*, 100, fragmento que se analiza en este mismo capítulo.

textos de este mismo capítulo (70), en los supuestos de arrendamiento de un *horreum*, los diferentes objetos que sean introducidos en las dependencias arrendadas están pignorados a favor del arrendador. Este podrá pedir su ejecución en el supuesto de que el arrendatario no pague la renta o no dé satisfacción.

La inscripción expone seguidamente una facultad desconocida para la cual posiblemente el arrendatario necesitaba tener el consentimiento del arrendador (71).

A continuación el texto probablemente establece la necesidad de que el pago de la renta conste en un recibo, en concreto en un quirógrafo (72).

Finaliza la inscripción indicando que el *horrearius* no será culpable si el arrendatario introduce sus cosas en las dependencias arrendadas sin asignarlas a un vigilante (73).

Con base en el análisis realizado, la inscripción tiene interés en cuanto pone de manifiesto: 1.—Que en el siglo I o II p.C., en los supuestos de arrendamiento de alguna de las dependencias de un *horreum*, el *horrearius* tenía, basado en el contrato, un derecho de prenda a su favor en garantía del pago de la renta; 2.—El objeto de este derecho de prenda lo constituían todas las cosas que el arrendatario hubiera llevado a las dependencias tomadas en arriendo; 3.—Este derecho de prenda finalizaba, según la inscripción, en el momento en que se efectuara el pago de la renta o se diera *satisfactio* al *horrearius*.

§ 22.—CIL 6, 37795 = FIRA 3², 145c

[*in his horr*]eis Umm [*idians* | *singulis an*] nis locant [*ur horrea* | *apothecae comp*] endiaria ar [*maria inter* | *columnia et loc*] a ex hac d [*ie et ex k(alendis) Iul(iis)*] | *Quae in his horreis i*] nvecta inla [*ta importata* | *erunt, horreario pig*] nori erunt d [*onec satis ei* | *factum non sit aut pens*] o solvatur. S[*i quid in his*] *horreis conductor in*] aedificaverit, [*to*

(70) Ver por ejemplo Ulp, Ed 73 (Dig 20,2,2,3). Sin embargo entre el texto de Ulpiano y esta inscripción hay una diferencia: mientras que Dig 20,2,3 trata de una *tacita conventio*, aquí se está ante un contrato de adhesión.

(71) En este punto GATTI (según MACQUERON, *Contractus scripturae*, 97 n 7) propuso: *et sua [impensa refecerit ornaverit, tollendi quod adicit ius non habebit, nisi et data] fuerit ventia*. HULSEN en *CIL* rechazó esta hipótesis. MACQUERON, *Contractus scripturae*, 97-98 n 7 sugiere *et sua [impensa in his aedificaverit, tollendi ius non habebit nisi et data] fuerit ventia*.

(72) Nuevamente hay discrepancias en las reconstrucciones: MOMMSEN, [n 51] 372, seguido por ARANGIO-RUIZ, *FIRA* 3², 456 n 4 introdujo [*liberabitur*] tras *chirogr(apho)*. GATTI (según MACQUERON, *Contractus scripturae*, 98 n 8 y ARANGIO-RUIZ, *FIRA* 3², 456 n 3) sugirió *chirogra(phaum)* [*horrearii sibi dari curet et res inlatas efferat*].

(73) En este punto todas las reconstrucciones parecen coincidir.

llendi ius | non habeat, nisi dat|a et reficiendi po[|testas fue | rit — —
 —] i di e [— — —

Esta inscripción fue descubierta en Roma, en el monte Aventino en el año 1909 (74). Pese a no estar fechada, probablemente se refiere a la reglamentación de un almacén privado del siglo II p.C. (75). Según la misma, en el almacén se alquilan diferentes dependencias como por ejemplo: *horrea* (76), *apothecae* (77), *compendiaria* (78), *armaria* (79), *intercolumnia* (80) y *loca* (81). Y se arriendan toda esta serie de secciones a partir del día en que se contrata el alquiler hasta las calendadas de julio, y a partir de esas calendadas por el período de un año (82).

A continuación la inscripción, según la reconstrucción de Arangio-Ruiz que coincide con la del CIL (83), establece que las cosas que se lleven, introduzcan o metan en el almacén quedan pignoradas a favor del *horrearius*. Esta reconstrucción nos parece totalmente lógica si tenemos en cuenta lo afirmado en la anterior *lex horreorum* analizada (84). En la misma también se mencionaba el derecho de prenda sobre los *invecta et illata* a favor del arren-

(74) ARANGIO-RUIZ, *FIRA* 3², 457; MACQUERON, *Contractus scripturae*, 100; RICKMAN, [n 47] 200.

(75) En este sentido se pronuncia al menos MACQUERON, *Contractus scripturae*, 100.

(76) Sobre las diferentes dependencias que se pueden encontrar en un *horreum* ver FIECHTER, *Horreum*, PWRE 8/2, 2460-2461 y W. HATTO GROSS, *Horreum*, KP 2, 1227-1228. Por lo que se refiere a la aceptación específica en este caso del término *horrea*, existen diferentes opiniones: mientras para MACQUERON, *Contractus scripturae*, 96 n 2 el término debe ser interpretado como sinónimo de *cella*, RICKMAN, [n 47], 197 cree que significa un conjunto de habitaciones.

(77) MACQUERON, *Contractus scripturae*, 96 n 2, entiende el término, al igual que en el caso anterior como sinónimo de *horreum*. Al parecer era una especie de dispensa que la mayor parte de las veces se utilizaba para guardar el vino. Sobre el significado del término ver MAU, *Apotheca* (ἀποθήκη), PWRE 2/1, 184; HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 35-36 y TLL 2, 255 y RICKMAN, [n 47] 197.

(78) Según MACQUERON, *Contractus scripturae*, 96 n 2, el término se debe entender como «une petite chambre ou un emplacement dans une chambre». TLL 3, 2036 lo define como *pars quaedam horrei*. RICKMAN, [n 47] 197 se muestra de acuerdo con esta idea, pero matizando que «they must mean safe-deposits».

(79) Ver nota 59.

(80) Para MACQUERON, *Contractus scripturae*, 96 n 2, el término se debe entender como «emplacement entre les colonnes du portique à l'intérieur de l'établissement»; WACKE, [n 59] 301, indica que «grössere nicht unterteilt Lagerhallen intercolumnia (hiesigen)»; RICKMAN, [n 47] 197 «simply the space between two columns». Confirma esta idea TLL 7, 2170-2171 y HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 279.

(81) Ver nota 60.

(82) Este mismo período de arrendamiento se encuentra en la *lex horreorum*, recogida en CIL 6, 33860 = *FIRA* 3², 145 b = DESSAU, 5913 = MACQUERON, *Contractus scripturae*, 99.

(83) Salvo en el término *reficiendi*, ya que en CIL 6, 37795 aparece *refigendi*.

(84) GATTI, Bull. comm. arch. 39 (1911) 120-128 (que sólo conocemos a través de la referencia hecha por MACQUERON, *Contractus scripturae*, 101 n 3) no aceptó esta reconstrucción y propuso *d[onec a conduttore statuta pensio] solvatur*.

dador. Sin embargo, mientras que allí el derecho de prenda parecía que sólo iba a entrar en funcionamiento en el supuesto en que se diera *satisfactio*, aquí se añade otro supuesto más: lo introducido queda pignorado hasta que se produzca la *solutio*.

Pero este derecho de prenda ¿cómo ha surgido? Pienso que no es posible afirmar que el origen del mismo sea un acuerdo tácito, en cuanto que el arrendatario de cualquiera de las dependencias puede conocer de la existencia del mismo al leer el contenido de la *lex horreorum*. Por otra parte, tampoco parece que se pueda hablar de un acuerdo expreso entre las partes, ya que el arrendatario no puede hacer nada para evitar la constitución de la prenda sobre las mercancías que introduzca en el almacén. Estaríamos ante lo que en terminología actual se conoce como contrato de adhesión.

Por otra parte, tampoco se especifican los objetos que el arrendatario lleva a la dependencia arrendada. Sin embargo, es posible hacerse una idea de cuáles podían ser estos objetos a través de las *tabulae pompeianae* 7, 15 y 16 (85), donde se menciona trigo de Alejandría y legumbres (garbanzos, harina, lentejas).

Finalmente, el pasaje establece que el arrendatario no tiene *ius tollendi* (86). Esta afirmación parece querer decir que en el supuesto en el que el arrendatario hubiera construido (87) en la dependencia tomada en arrendamiento, no podría pedir ni la separación de lo construido, ni una indemnización por el aumento del valor que tendría el almacén.

Con base en este análisis creo que de esta inscripción se puede deducir: 1.—En el siglo II p.C. fue frecuente el arrendamiento de dependencias en los almacenes garantizando el pago de la renta con un derecho de prenda a favor del *horrearius* sobre las mercancías que se llevaran al almacén; 2.—Este derecho de prenda, según mi interpretación, no nacía de un acuerdo expreso entre las partes, sino que el funcionamiento del mismo permite pensar que se está ante lo que en la terminología actual sería un contrato de adhesión.

§ 23.—DIG 43,32,2 (Gai, EdProv 26)

Hoc interdictum inquilino etiam de his rebus, quae non ipsius sint, sed forte commodatae ei vel locatae vel apud eum depositae sunt, utile esse non dubitatur.

El texto procede de Gayo, en concreto de su comentario al Edicto provincial, obra de 32 libros dedicada, como su título indica, a comentar el *edict-*

(85) Sobre estas *tabulae* ver el análisis que se hace en el capítulo cuarto (§§ 50-51-52).

(86) Sobre el *ius tollendi* ver KASER, *RPR* 1², 437.

(87) En este sentido interpreto el verbo *inaedificare*. Sobre sus posibles acepciones ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 254; TLL 7, 809.

tum provinciale. El trabajo posiblemente no es más que un conjunto de notas al Edicto en su mayor parte auténticas, si bien hay elementos de carácter post-clásico (88) que no se aprecian en este texto.

En el Digesto el pasaje está situado en el libro 43 título 32 dedicado al interdicto de migrando. De este libro 26, al que pertenece el texto únicamente se nos han transmitido seis fragmentos, tres que tratan de interdictos, uno que comenta la *formula hypothecaria*, y los dos restantes dedicados al fraude de acreedores y al significado del término *tignum* (89). Todo ello pone de manifiesto que el contexto originario del pasaje no trataba única y exclusivamente del interdicto de migrando.

El texto, que no ha planteado problemas de autenticidad a los romanistas que lo han analizado (90), indica que, según Gayo, no hay duda acerca de la utilización del interdicto por parte del inquilino incluso respecto a aquellas cosas que no eran de él, pero que casualmente tenía en calidad de comodato, arrendamiento o depósito. Creo que esta afirmación (posibilidad de utilizar el interdicto en estos supuestos) puede ser interpretada al igual que la afirmación recogida en un fragmento de Ulpiano comentando el interdicto de migrando Dig 43,32,1,5 (91). El inquilino podrá emplear este interdicto para pedir la liberación tanto de cosas propias como ajenas en las condiciones normales, es decir, abono de la cantidad debida o presentación de una satisfacción al arrendador.

Hay que tener en cuenta que lo determinante según el texto de Ulpiano (Dig 43,32,1,5) para que un objeto pueda ser retenido por el arrendador, es que dicho objeto haya sido introducido a título de prenda (*pignoris nomine introducta sint*). Y este hecho es evidente que se pueda dar incluso en el supuesto de que la cosa sea ajena o sea de las cosas que no se pueden pignorar.

Por lo tanto, con base en el texto de Ulpiano, se considera factible proponer la siguiente hipótesis interpretativa del texto: es posible diferenciar entre un derecho de prenda y un derecho de retención; el arrendador, según mi opinión, creo que podía retener todas las cosas que hubieran sido introducidas a título de prenda en la vivienda por el inquilino, incluso en el supuesto de

(88) Sobre la problemática planteada por esta obra ver SCHULZ, *GRR*, 236-237; W. W. BUCKLAND, *L'edictum provinciale*, RHDfE 13 (1934) 81-96; F. VON VELSEN, *Das edictum provinciale des Gaius*, ZSS 21 (1900) 73-148. A. GUARINO, *Gaio e L'edictum provinciale*, IURA 20 (1969) 154-171. R. MARTINI, *Ricerce in tema di editto provinciale* (Milano 1969) 103-128.

(89) LENEL, *Palingenesia* 1, 233; nrs 357-362 (nr 357-de precario; nr 358, de glande legenda; nr 359, Utrubi; nr 360, de migrando; nr 361, de formula hypothecaria y nr 362 quae in fraudem creditorum).

(90) ASCOLI, *Origini*, 124-125; KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte* 320; CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 209; FRIER, *Landlords and tenants*, 110 n 139 no cuestionan la autenticidad del mismo.

(91) El texto será analizado en este mismo capítulo (§ 34).

que esas cosas fueran ajenas o pignorables; en cambio, sobre estos objetos no tendría un derecho de prenda por ser precisamente cosas ajenas o no pignorables. Ello puede querer decir que: 1.—El arrendador no podía pedir la ejecución de las mismas para resacirse de su crédito; 2.—En el supuesto de que el propietario de las mismas se dirigiera contra el arrendador que las había retenido y probara que esas cosas le pertenecían y no había dado su consentimiento para que fueran pignoradas, el arrendador lógicamente tendría que liberar esos objetos; 3.—En el supuesto de que el tercero propietario no se dirigiera contra el arrendador que retenía los objetos, creo que éste podía retenerlos para presionar al inquilino al pago de la renta, y el arrendatario podría utilizar el interdicto para liberarlos sólo en el supuesto de que hubiera abonado la renta al arrendador o dado su satisfacción (92).

Con base en este análisis creo que del pasaje es posible deducir entre otras cosas las siguientes: 1.—Su contenido se puede considerar clásicos; 2.—Según Gayo, el inquilino puede emplear el interdicto de migrando tanto para las cosas suyas como para las ajenas; 3.—Si bien no se deduce directamente del texto, según mi hipótesis interpretativa debido a la relación existente entre Ulpiano, Dig 43,32,1,5 y este texto, creo posible distinguir entre un derecho de retención y un derecho de prenda a favor del acreedor pignoraticio. En virtud del primero, considero que el acreedor podría retener todas las cosas que el inquilino hubiera llevado a la vivienda a título de prenda aunque fueran ajenas o no pignorables. Con base en el segundo, según mi interpretación, sólo podría pedir la ejecución de los objetos debidamente pignorados por el inquilino.

§ 24.—DIG 20,4,21,1 (Scaev, Dig 27)

Negotiatori marmorum creditor sub pignore lapidum, quorum pretia venditores ex pecunia creditoris acceperant: idem debitor conductor horeorum Caesaris fuit, ob quorum pensiones aliquot annis non solutas procurator exactioni praepositus ad lapidum venditorem officium suum extendit: quaesitum est, an iure pignoris eos creditor retinere possit. Respondit secundum ea quae proponerentur posse.

El pasaje es de Escévola, en concreto de su obra *Digesta*, una colección de *responsa* de casos surgidos de la práctica (93), normalmente cortas y sin fundamentación (94). Al parecer procede, al igual que los *responsa* (95) de un

(92) En este sentido se pronuncia, también KASER, *Studien* 3, 13-14 = *Studien*, 139-140.

(93) SCHULZ, *GRR*, 294 y KRÜGER, *Geschichte*², 216.

(94) KRÜGER, *Geschichte*², 217.

(95) Sobre los problemas planteados por la transmisión de esta obra ver el análisis de Dig 20,1,32 (§ 8).

arquetipo común, nunca llegado a publicar por el propio jurista (96) y que se desdobló en la época postclásica (97).

En el Digesto el texto está situado en el libro 20, título cuarto dedicado a establecer los criterios por los que se regulan los supuestos de pluralidad de prendas sobre un mismo objeto. De este libro 27 únicamente se nos han transmitido tres fragmentos. Dos de ellos están dedicados a comentar diferentes problemas derivados de la relación de prenda, en concreto el *pignus tabernae* (Dig 20,1,34) y la prenda general (Dig 20,4,21,pr). El tercero, en cambio, trata de la excepción de dolo malo (Dig 44,4,17) (98).

Creo que el texto puede tratar de dar solución al supuesto que seguidamente indico. Un comerciante de mármoles pide dinero en préstamo para comprar piedras; garantiza la devolución de esa cantidad mediante la constitución de un derecho de prenda sobre las mismas piedras que va a comprar con el dinero obtenido en préstamo. El comerciante lleva las piedras a un almacén imperial, cuya renta no ha pagado durante algunos años. El representante del emperador, al ver las piedras y ante el impago de la renta, procede a la toma de posesión y venta de las mismas. Este hecho plantea la siguiente cuestión: ¿podría el acreedor pignoraticio-prestamista impedir la venta de las piedras realizada por el procurador imperial? El jurista responde ante esta cuestión que el acreedor efectivamente podía retener las piedras y se supone que impedir su venta.

Algunos romanistas que han estudiado el pasaje (99), han sugerido modificar la redacción actual de la siguiente forma: *Negotiatori marmorum [creditor] <creditor pecuniam mutuum dedit> sub...* que como se puede apreciar no varía en absoluto el significado del texto, cuyo contenido considero sustancialmente auténtico.

Desde el punto de vista terminológico, es curioso señalar que se encuentra en el texto la locución *subpignora* para referirse a la pignoración de las piedras. Esta locución no es ajena al vocabulario de los clásicos, e incluso aparece en algún otro pasaje de Escévola (100).

(96) SCHULZ, *Überlieferungsgeschichte der Responsa des Cervidius Scaevola*, SymbLenel, 209-211.

(97) SCHULZ, [n 96] 216-218 habla en concreto de finales del siglo III p.C., comienzos del IV. Le sigue WIEACKER, *Textstufen*, 16, 88, 175, 285 n 31.

(98) LENEL, *Palingenesia 2*, 264-265; nrs 117-119 (nrs 117-118 de *pignoribus et hypothecis*; nr 119 de *doli mali exceptione*).

(99) TONDO, *Convalida*, 25 n 5.

(100) En concreto: Scaev, Dig 5 (Dig 13,7,43,1). Las otras fuentes en las que aparece son: Ulp, Ed 30 (Dig 12, 3,3); Ulp, Ed 28 (Dig 14,3,11,5); Paul, Quaest 4 (Dig 17,1,59,5); Scaev, Dig 27 (Dig

El texto comienza haciendo referencia a un comerciante de mármoles que garantiza, con las piedras que va a comprar, la devolución de la cantidad de dinero que ha recibido en préstamo. Este supuesto, como se pondrá de manifiesto al analizar los pasajes referentes a la pignoración de mercancías en el préstamo marítimo (101), no es nuevo.

En ambos casos se está ante un préstamo que se destina a adquirir mercancías, mercancías sobre las que se constituye el derecho de prenda que garantiza la devolución del préstamo. Y en ambos supuestos, la constitución de esa garantía surge de un acuerdo de las partes.

A continuación se indica que el mismo deducido era arrendatario de los almacenes imperiales (102), fenómeno que en principio no debe parecer extraño, puesto que como demuestran las fuentes (103) debía ser bastante frecuente tomar en arriendo dependencias en los almacenes para llevar allí mercancías. Como este deudor debía varios años de renta, el procurador (104) ordena proceder a la venta de las piedras. Esta acción es claro que ocasiona al menos la siguiente cuestión: ¿con base en qué podía el procurador imperial exigir la venta de las piedras? Creo que para poder venderlas, el Fisco tenía que ser titular de un derecho de prenda que le permitiera proceder a la ejecución en el supuesto de que el deducido no cumpliera la obligación, que en este caso consistía en pagar la renta. Y este derecho de prenda, que al parecer tenía el Fisco, hipotéticamente se me ocurre pensar que podía haber surgido de alguna de las siguientes formas: 1.—El ser el Fisco titular de un derecho de prenda legal; 2.—El ser el Fisco titular de un *privilegium exigendi*; 3.—El actuar el Fisco como un particular que arrendaba *horrea* y que por lo tanto era titular de un derecho de prenda sobre las mercancías que el arrendatario hubiera llevado al almacén. De estas tres hipotéticas justificaciones creo que sólo la segunda o la tercera pueden ser las adecuadas al presente caso. Hay que tener en cuenta que en la época de Escévola (105), aún no se había admi-

20,4,21,1); Pap, Resp 2 (Dig 20,5,2); Mod, Resp 4 (Dig 20,6,9,1); Paul, Resp 4 (Dig 20,6,11); Ulp, Ed 35 (Dig 27,9,7,5); Paul, Quaest 10 (Dig 31,82,pr); Scaev, Resp 3 (Dig 34,3,31,pr) y Paul, Quaest 4 (Dig 36,1,61,pr).

(101) Ver el capítulo final de esta obra.

(102) Puntualizando que se trata de este tipo de almacenes y no de *horrea* particulares de Cesar, se pronuncia ALZON, *Locación des entrepôts*, 184 n 858, y WACKE, [n 59] 306.

(103) Ver Pap, Def 1 (Dig 18,1,74); Ulp, Ed 24 (Dig 10,4,5); II 2,1,45 y las *leges horreorum*, analizadas en este mismo capítulo.

(104) Esta figura del *procurator* no es nueva, ya que como se ha visto en el análisis de los diferentes textos de arrendamientos rústicos, era un personaje frecuente en la vida económica romana. Sobre la importancia de este personaje en el sistema de explotación de los *horrea* ver ALZON, *Locación des entrepôts*, 36-37.

(105) Como hemos indicado ya (Dig 20,1,32; § 8), este jurista desarrolló su actividad en la segunda mitad del siglo II p.C.

tido la hipoteca legal sobre los bienes del deudor a favor del Fisco (106), por lo que constituiría un anacronismo histórico el considerar que en el presente texto el Fisco era titular de semejante derecho. Ahora bien, antes de la admisión total de esta hipoteca legal se consideró al Fisco titular de un privilegio legal. Al parecer este supuesto estaba plenamente reconocido en las provincias orientales del imperio, donde se le denominaba *protopraxia* (107). Si se parte de que el caso que se analiza puede proceder de esta zona (108), creo que puede tener su lógica el que se plantee el problema ante el jurista romano. En estas circunstancias (enfrentamiento entre el Fisco y el acreedor pignoraticio, Escévola contesta que este último puede retener las cosas en derecho de prenda. ¿Por qué se pronunció el jurista de esta forma? Para Schirmer (109), seguido de Tondo (110), la pignoración a favor del acreedor no supone el fraude al Fisco, por lo que éste no podría impugnarla. Miquel (111) explica el supuesto indicando que solamente existió una hipoteca: la del prestamista y no dos (la del prestamista y la del Fisco), ya que en el texto no se dice para nada que las piedras estuvieran hipotecadas a favor del Fisco. Esta posición, defendible en cuanto que no existe una mención expresa de la pignoración, creo que puede ser discutible, ya que si el asunto hubiera sido tan claro: 1.—¿Por qué se planteó la consulta al jurista?; 2.—¿Por qué vendió el procurador las piedras? Creo que la explicación de la respuesta del jurista no se puede justificar así.

Para mí el texto en su solución recoge un supuesto de dos gravámenes pignoraticios sobre un mismo objeto: las piedras. Una primera hipoteca surgida en el momento de la *conventio pignoris* a favor del prestamista, y esta segunda surgida a favor del Fisco en el momento en que se había convenido el arrendamiento del *horreum* y las mercancías habían sido introducidas, fenómeno éste de la introducción que se produce después de la *conventio pignoris*. Y según este planteamiento, la solución dada por el jurista a la cuestión es plenamente lógica, ya que se ha limitado a aplicar la regla que en el derecho romano rige los supuestos de pluralidad de hipotecas sobre un mismo objeto:

(106) En este sentido se pronuncia H. ANKUM, *Pignus und Novatio im Klassischen römischen Recht*, Festschrift, 12 n. 56. Según MIQUEL, *Rango hipotecario*, 285, Antonino Caracalla fue el primer emperador que estableció la hipoteca legal a favor del Fisco. Según WAGNER, *Legalthypothesen*, 76-83, 197-198 que analiza el tema, la hipoteca legal sobre el patrimonio del deudor surgió sobre el 210 p.C.

(107) Sobre la *protopraxia* ver WIEACKER, *Protopraxie*, 218-219 y WAGNER, *Legalthypothesen*, 85-87.

(108) Hay que tener en cuenta que los textos que le preceden en el libro 27 presentan indicios claros de su procedencia oriental, como se verá al analizar Dig 20,1,34,pr.1 (§§ 50-51), por lo que no sería extraño que el texto procediera también de esa zona.

(109) SCHIRMER, *Beiträge zur Interpretation von Scävolas Digesten*, ZSS 11 (1890) 94-95.

(110) TONDO, *Comalida*, 25 n. 5.

(111) MIQUEL, *Rango hipotecario*, 293.

prior tempore potior iure (112). Por lo tanto, la hipótesis interpretativa propuesta por Miquel creo que es inadecuada, ya que si el Fisco en este caso era titular de un *privilegium exigendi*, lo lógico es que su crédito hubiera prevalecido frente al del acreedor, cosa que no ocurrió.

Con base en el análisis efectuado pienso que del texto es posible deducir lo siguiente: 1.—Trata de un supuesto de pluralidad de créditos pignoraticios sobre un mismo objeto: las piedras; 2.—Por lo que se refiere al nacimiento del derecho de prenda, de la respuesta de Escévola creo posible deducir que el derecho de prenda del Fisco, como titular del arrendamiento del *horreum*, nace en el momento del arrendamiento, sino en el de la introducción de las mercancías en el almacén.

§ 25.—DIG 2,14,4,pr (Paul, Ed 3)

Item quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbanis habitationibus locandis invecta illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convennerit.

Este texto procede del comentario al edicto de Paulo (113). En el Digesto está situado en el libro segundo, título catorceavo dedicado a los pactos. De este libro tercero del comentario de Paulo se nos han transmitido 21 fragmentos, de los cuales nueve (entre los que se encuentra éste que analizo) tratan de los pactos. Pero en este libro tercero, Paulo comentaba también otros temas referentes a la comunicación de la demanda, la alteración del edicto, etc. (114).

En el texto se comienza afirmando la validez de las convenciones tácitas en general. En aplicación de este principio, dice Paulo que los *invecta illata* están pignoradas en garantía del arrendamiento de un fundo urbano como si nada expresamente se hubiera convenido (*etiamsi nihil nominatim convenit*).

(112) Sobre esta regla ver lo indicado en la nota 158 del capítulo primero.

(113) Sobre la problemática planteada por la transmisión de esta obra ver lo indicado en el análisis de Dig 43,1,2,3 (§ 9).

(114) LENEL, *Paltingenesia* 1, 969-974; nrs 108-128. El libro tercero de Paulo trataba no sólo de los pactos (nrs 120-128), sino también; *De iuris dictione* (ningun fragmento); *De albo corruptio* (nrs 108-110); *Quod quisque iuris*, etc. (nrs 111-112); *De adendo* (nrs 113-119). Esta variedad de temas hace que el libro tercero sea uno de los que más ampliamente se nos ha transmitido de los primeros libros del comentario al edicto, ya que mientras del primero sólo nos han llegado 13 fragmentos (nrs 83-95) y del segundo doce (nrs 96-107), del tercero, como ya he dicho se nos han transmitido 21.

El texto, como todos los referentes a la pignoración tácita, ha sido fuertemente criticado. Por ejemplo Koschaker (115) considera la fundamentación de Paulo totalmente dispartada y el texto totalmente bizantino. De igual forma Wagner (116) piensa que el razonamiento está interpolado; además cree que las palabras decisivas *conventiones etiam tacite valent* están eliminadas en la Florentina. También para Schulz (117) el texto está claramente interpolado. Sin embargo otro grupo de autores encabezados por Schuller (118) mantienen su autenticidad, si bien reconocen una cierta manipulación en el mismo.

Considero que esta postura defendida por Schuller es correcta; de la redacción actual del texto, puede deducirse su posible abreviación; choca la rapidez con que se pasa de la afirmación inicial de tipo genérico, al caso concreto de los *invecta et illata*. Creo que una estructura lógica del texto hubiera exigido una clara diferenciación entre una primera parte en la que se establecía la premisa general: validez de cualquier convenio tácito, y una segunda de carácter accesorio en el que se comentaba, quizás a título de ejemplo, un supuesto concreto: el de la prenda sobre los *invecta et illata*. Sin embargo en el texto no se encuentra esta dinámica interna, sino que da la impresión que el tema central a comentar por Paulo era el de la pignoración, cuando sabemos que en el libro 3 de su comentario al edicto el tema central lo constituían los pactos. Ahora bien, pese a esta posible manipulación, pienso que el contenido actual del texto se puede considerar sustancialmente auténtico. Y esta afirmación se fundamenta en el paralelismo existente entre lo aquí manifestado y lo indicado por Neracio en Dig 20,2,4,pr (119) y lo que dice Ulpiano en Dig 20,2,6 (120). En todos estos textos se manifiesta claramente la validez de la construcción de un convenio de prenda mediante acuerdo tácito.

Por lo tanto, creo que del texto es posible deducir que: 1.—Si bien probablemente fue abreviado, su contenido se puede admitir como válido; 2.—Según Paulo los objetos introducidos en la vivienda quedan pignorados en garantía del pago de la renta incluso en el supuesto de que esto no se hubiera acordado expresamente.

(115) KOSCHAKER, *Bedingte Novation*, 152 n. 3.

(116) WAGNER, *Voraussetzungen*, 14-15.

(117) SCHULZ, *CRL*, 411.

(118) SCHULLER, *Pignus tacitum*, 269-272, donde se examina con minuciosidad el texto. Antes de él se habían manifestado por la autenticidad, FREZZA, *Garanzie* 2, 125 en cuanto no aludía a ninguna modificación y BESELER, *Beiträge* 3, 155 quien sólo modifica el término *tacit<a>e*, MUHL, *Tacere*, 17.

(119) Ver el análisis de este texto en el capítulo anterior (§ 3).

(120) Este texto se analizará en este mismo capítulo (§ 30).

§ 26.—DIG 20,2,9 (Paul, OffPraefVig)

Est differentia obligatorum propter pensionem et eorum, quae ex conventione manifestari pignoris nomine tenentur, quod manumittere mancipia obligata pignori non possumus, inhabitantes autem manumittimus, scilicet antequam pensionis nomine percludamur: tunc enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus: et derisus Nerva iuris consultus, qui per fenestram monstraverat servos detentos ob pensionem liberari posse.

El texto procede de Paulo (121), en concreto de su obra *Liber singularis de officio praefecti vigilum*. La misma está dedicada al *praefectus vigilum*: origen, razón de la institución y funciones. De la obra sólo se nos han transmitido cinco fragmentos en el Digesto (122).

El pasaje está situado en el Digesto dentro del capítulo dedicado a la prenda, en el título segundo donde se mencionan los diferentes supuestos de pignoración tácita. En cambio el contexto, al que suponemos pertenecía el fragmento, no trataba del derecho de prenda, sino de la figura del *praefectus vigilum* (123).

El texto trata de la diferente regulación a aplicar en los supuestos de pignoración expresa, en contraposición a los casos en que no existe dicho acuerdo (124). El ejemplo aducido habla de la posibilidad de manumitir, antes de la *perclusio*, a un esclavo que forma parte de los *invecta et illata* introducidos en una vivienda y la inviabilidad de dicha manumisión caso de que ese esclavo se haya pignorado expresamente. En la parte final se hace alusión a una afirmación de Nerva, sobre la posibilidad de manumitir a los esclavos retenidos en garantía del pago de la renta (*pensio*). Este dato (que hable de la *pensio*) y el hecho de que el texto pertenezca a una obra dedicada a la figura del *praefectus vigilum*, magistrado competente en materia de arrendamientos urbanos, como pone de manifiesto también un texto de Paulo, Dig 19,2,56 (125), me han llevado a analizar el pasaje dentro de la problemática planteada por la pignoración de *invecta et illata* en los *praedia urbana*.

(121) Sobre este autor ver lo indicado en el análisis de Dig 43,1,2,3 (§ 9).

(122) En este sentido A. DELL'ORO, *I libri de Officio nella giurisprudenza romana* (Milano 1960) 249. Sin embargo SCHULZ, *GRG*, 314 afirma que son 7 los fragmentos transmitidos.

(123) LENEL, *Palingenesia I*, 1144; nrs 1054-1058.

(124) FRIER, *Landlords and tenants*, 120, considera que en el texto se diferencian los esclavos especialmente pignorados en garantía de la renta (que no podemos manumitir) y los pignorados en base a un acuerdo contractual. Yo sin embargo opino que el texto diferencia entre esclavos pignorados de forma expresa (sin especificar en garantía de qué obligación y los pignorados en garantía de la renta.

(125) Ver el análisis de este texto en el § 27.

El texto presenta una serie de problemas que han hecho dudar de su autenticidad. Rabel mantiene la corrupción de las palabras iniciales (126). En la misma línea Schulz (127) considera que desde el comienzo hasta *tenetur, quod* está interpolado. La razón determinante que al parecer condujo a algunos romanistas a mantener dicha postura (aún cuando Rabel no la fundamentó) es el empleo del término *differentia*. Sin embargo se considera que el uso de esta palabra no debe ser definitivo, sobre todo si se admite la autenticidad de la misma en otros juristas (128). Por otro lado, no se excluye que Pauló utilizara el método expositivo de la *differentia* para delimitar conceptos (129).

Se ha indicado que el uso del término *manifestari*, puede ser indicativo de una posible manipulación del texto por parte de Justiniano (130). Al carecer de sentido dicho término en el contexto, se ha propugnado su sustitución por *manifestati* (131) o por *manifesta* (139).

Por otra parte, Schulz (133) alude a la falta de lógica de la contraposición de *inhabitantes* y *mancipia obligata*, y al empleo de *manumittimus* en lugar de *manumittere possumus* y *liberabimus* en vez de *liberare possumus*, como hechos determinantes que permiten justificar la eliminación de *inhabitantes autem* hasta *non liberabimus*. Se ha rebatido dicha postura aduciendo la imposibilidad de hablar de la falta de lógica (134) y considerando que si bien se deben admitir reelaboraciones formales, ello no es suficiente para negar la claridad de la doctrina contenida en el pasaje (135), afirmación con la que estoy de acuerdo.

El texto comienza afirmando que existe diferencia entre lo pignorado por causa de la renta y lo gravado por un acuerdo expreso. La primera pregunta que esta afirmación plantea es obvia: ¿de qué tipo es dicha diferencia? Hay al parecer dos relaciones de garantía surgidas de modo diferente. Una en

-
- (126) RABEL, *Verfügungsbeschränkungen*, 89.
 (127) SCHULZ, *Fraudatorische Freilassung*, 279.
 (128) WAGNER, *Freiheitserteilung*, 165.
 (129) CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 213.
 (130) APPLETON, *Interpolations*, 91, 111-112.
 (131) MOMMSEN en su edición del Digesto, seguido por HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 418.
 (132) P. BONFANTE, en su edición del Digesto, seguido por FREZZA, *Garanzie* 2, 168; WAGNER, *Freiheitserteilung*, 166; CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 213 y D'ORS, *Manumisión*, 75.
 (133) SCHULZ, *Fraudatorische Freilassung*, 277.
 (134) WAGNER, *Freiheitserteilung*, 167.
 (135) CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 213; D'ORS, *Manumisión*, 76 y FRIER, *Landlords and tenants*, 119.

base a un acuerdo expreso; la otra de forma tácita, si bien el texto no dice nada. Esta distinta constitución del acuerdo de prenda, es claro que puede ocasionar el uso del término *differentia*. Pero esta diferencia se manifiesta también en cuanto al contenido: se dice que a los esclavos pignorados (por acuerdo expreso) no los podemos manumitir, pero en cambio si manumitimos a los que viven en la casa.

Pero esta facultad de manumitir reconocida en el texto, ¿es perpetua o tiene algún límite? La respuesta viene recogida en el mismo pasaje de Paulo: *scilicet antequam pensionis nomine percludamur: tunc enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus*. Según esto, sólo se puede liberar a los esclavos antes de que se produzca la *perclusio*. Pero, ¿qué es la *perclusio*? El término, al parecer, es una falsa lectura de *praeccludere* (136), y no tuvo una acepción única e inequívoca. En las fuentes literarias (137), se puede encontrar con diferentes significados: cerrar, obstruir, impedir el acceso a alguien, etc. Según Heumann-Seckel (138), el término se encuentra en el Digesto mencionado únicamente dos veces: Dig 43,24,20,pr (139) y el texto que analizo. Del primero de los textos lo único que a mi entender se puede deducir sobre el término *praecclusio*, es que el mismo podía ser considerado como violencia, es decir, como un acto violento (140). En el texto que ahora se estudia tampoco se especifica en qué consiste la *perclusio* (141); ahora bien, pienso que con la misma se ha producido una retención, ya que se habla de *mancipia retenta* (142). Con base en estos datos creo que es posible considerar el *praeccludere* o la *perclusio* como un acto violento realizado por el arrendador en virtud del

(136) Así lo indica CH. LEWIS - CH. SHORT, *A Latin Dictionary* (Oxford 1879 = 1958) 1, 355. Confirma esta idea el hecho de que en L. CASTIGLIONI - L. MARIOTTI, *Vocabulario della lingua latina* (Torino 1968) 1126; F. GAFFIOT, *Dictionnaire illustré latin-français* (Paris 1934) 1214 sólo aparece el término *praeccludere*; FRIER, *Landlords and tenants*, 119 n 146 propone también esta corrección.

(137) Por ejemplo CAES, *BC*, 3, 12; *Portas consuli praecclusos (praeccludere portas consuli = cerrar las puertas al consuli*; LIV, *Hist.*, 33,13,5: *Quamquam vel inimicissimis omnibus praecclusisse vocem videbatur (praeccludere vocem alicui = cerrar la boca a uno)*; SUET, *Nero*, 32: *Praecclusit omnes negotiatores* (hizo cerrar las tiendas de todos los mercaderes); SUET, *Octo*, 8: *Lapidem ruina aedificiorum praecclusam viam (via lapidum ruina praecclusa = camino obstruido por las piedras caídas)*.

(138) HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 446.

(139) Paul, *Sab* 13: *Vi facit tam is qui prohibitus fecit quam is qui, quo minus prohibeatur, consecutus est periculo puta adversario denuntiatio aut ianua puta praecclusa*.

(140) Esta consideración de la *perclusio* como acto violento se encuentra igualmente en el texto del interdicto de migrando que se analizará en este mismo capítulo, ya que en el mismo se prohíbe impedir por la fuerza al inquilino sacar los objetos introducidos en la vivienda (§ 34).

(141) El uso del término ha determinado que por ejemplo RABEL, *Verfügungsbeschränkungen*, 288, considere que la frase está interpolada. Se manifiestan contrarios a esta interpretación WAGNER, *Freiheitserteilung*, 165 y D'ORS, *Manumisión*, 78.

(142) En Dig 39,2,34 (§ 79) se habla igualmente de la posibilidad de que el *dominus*-arrendador efectúe una *iusta retentio pignoris* cuando el arrendatario se demora en el pago de la renta.

cual, quizás mediante el cierre con llave de la puerta de la vivienda (143), se retienen objetos introducidos por el inquilino.

Lo expuesto en esta primera parte del texto es claro. El problema surge al intentar compaginarlo con lo manifestado en la última frase del texto: *et derisus Nerva iuris consultus, qui per fenestram monstraverat servos detentos ob pensionem liberasi posse*. La frase es complicada y plantea evidentes problemas de comprensión: 1.—El término *derisus*, ¿cómo ha de entenderse? ¿Quiere decirse que era Nerva el que se burlaba o por el contrario que alguien se burlaba de lo que el jurista decía? (144); 2.—El término *per fenestram*, ¿a qué se refiere: a *monstraverat* o a *liberavat*? (145); 3.—Este *liberasi posse* ¿a qué forma de manumisión alude: a una *manumissio inter amicos* (146) o a otra? (147).

Para intentar que la frase tenga una lógica con el párrafo precedente, creo que puede ser interpretada de la siguiente forma: pese a que en la misma no se menciona expresamente la posibilidad de manumitir, como habla únicamente de *liberasi posse*, se puede entender que con esta terminología se está pensando en la manumisión. Pero ¿qué tipo de manumisión es esta que se realiza *per fenestram*? Es claro que no es una manumisión realizada por una forma solemne (148); tampoco parece que está dentro del apartado de las no solemnes: *per epistolam, inter amicos, per mensam*, etc. Por lo tanto, esta dificultad de calificar esta *manumissio per fenestram* puede conducir a considerar que la misma simplemente no existía. De ahí que *derisus Nerva* se pueda interpretar como que era Nerva el que se burlaba ante la afirmación de que era posible manumitir al esclavo retenido. Y pienso que esta interpretación está plenamente de acuerdo con lo manifestado anteriormente por el texto: no es posible manumitir después de la *perclusio* al esclavo pignorado en garantía

(143) FRIER, *Landlords and tenants*, 120 parece entender el término en este sentido; él habla de «lock out».

(144) De ambas formas ha sido entendido por la doctrina, mientras A. D'ORS y otros. *El Digesto de Justiniano* 3 (Pamplona 1972) 20 indica que es Nerva el que sería. B. A. RODRIGUEZ DE FONSECA. *El Digesto del emperador Justiniano* 2 (Madrid 1873) 14, indica que alguien se reía de Nerva. Sobre esta última posibilidad WAGNER, *Freiheitserteilung*, 167 n 25, niega que fueran otros juristas de su tiempo (como afirma SCHULZ, *Fraudatorische Freilassung*, 277 n 6) los que se reían del planteamiento de Nerva.

(145) RODRIGUEZ DE FONSECA, [n 144] piensa que se refiere a *monstraverat*. Sin embargo, según traducción de A. D'ORS y otros se refiere a *liberari*. WAGNER parece aceptar también esta interpretación en *Freiheitserteilung*, 167.

(146) PH. LOTMAR, *Marc Aurels Erlass über die Freilassungsaufstage*, ZSS 33 (1912) 336 n 5 lo cree así.

(147) D'ORS, *Manumisión*, 77, piensa que es posible la manumisión (no específica mediante qué medio) hecha en la calle y señalando a través de una ventana abierta al esclavo retenido. Y esto lo admite X. D'ORS en base a que, la dificultad para la manumisión no se encontraba en el hecho de hallarse hipotecado el esclavo, sino en el impedimento material de no poder salir.

(148) Sobre la manumisión *vindicta, censu y testamento* ver KASER, *RPR* 1², 116-117 con la amplia relación bibliográfica allí citada.

del pago de la renta. Además quizás puede reforzar esta afirmación el siguiente razonamiento: si se acepta la hipótesis opuesta es decir, la posibilidad de manumitir aún después de la retención: ¿cuáles son las consecuencias de esta facultad? A mi entender el fraude al acreedor. Si el arrendador retiene al esclavo porque el arrendatario no ha pagado la renta, y se le permite al inquilino que lo manumita, desaparece la garantía que puede otorgar al arrendador la retención del esclavo; su efectividad sería nula. Luego, como esto no tiene sentido, puede ser lógico aceptar la hipótesis contraria. Ahora bien, ello supone a su vez, equiparar la solución que se da a este problema de la manumisión de un esclavo pignorado en garantía del pago de la renta en los arrendamientos urbanos en dos momentos diferentes: el de Nerva y el de Paulo.

Si se relaciona este texto con Dig 20,2,6 (150) se puede concluir que: 1.—El tema de la manumisión de un esclavo pignorado en garantía del pago de la renta urbana fue discutido ya en la época de Nerva; 2.—Paulo estableció la necesidad de distinguir entre una pignoración expresa y una tácita. Admitió la validez de la manumisión del esclavo pignorado de forma tácita en garantía del pago de la renta, siempre que se realizara antes de la *perchusio*. En cambio prohibió la manumisión del esclavo pignorado de forma expresa.

§ 27.—DIG 19,2,56 (Paul, OffPraefVig)

Cum domini horreorum insularumque desiderant diu non apparentibus nec eius temporis pensiones exsolventibus conductoribus aperire et ea quae ibi sunt describere, a publicis personis quorum interest audiendi sunt. [Tempus autem in huiusmodi re bienii debet observari].

El texto es de Paulo, en concreto del *liber sinlaris de officio praefecti vigilium* (151). En el Digesto el pasaje está situado en el libro 19, título segundo, dedicado como se sabe a las acciones derivadas de la *locatio conductio*. En cambio, el tema central tratado por Paulo en la obra de la que sólo se nos han transmitido cinco fragmentos no es éste, sino la figura del *praefectus vigilium* (152).

El pasaje establece la posibilidad de que el arrendador de un almacén o de una vivienda en caso de ausencia prolongada del arrendatario con impago de la renta, entre en la vivienda o en el departamento arrendado del almacén y haga inventario de lo que allí se encuentre, contando con la autorización de los funcionarios públicos.

(149) No sé a qué Nerva se puede referir, padre o hijo.

(150) El análisis de este texto de Ulpiano se realizará en este mismo capítulo (§ 30).

(151) Sobre los problemas planteados por la transmisión de esta obra ver el análisis de Dig 20,2,9 en este mismo capítulo (§ 26).

(152) LENEL, *Palingenesia* I, 1144; nrs 1054-1058.

Se ha denunciado la posible interpolación de algunas de las partes del texto: Para Eisele (153) seguido de Dell'Oro (154), Cannata (155), Mayer-Maly (156), Alzon (157), Musca (158), Churruca (159) y Frier (160) las palabras *a publicis personis quorum interest* no son auténticas y probablemente fueron introducidas por los compiladores para sustituir al funcionario público que en la época de Paulo se ocupaba de estas actividades; el *praefectus vigillum* (161). Igualmente Eisele (162), Mayer-Maly (163), Kaser (164), Churruca (165) y Frier (166) consideran que puede proceder de la compilación justiniana la referencia al bienio (*tempus-observari*) que hay al final del texto.

El pasaje ha sido objeto de ardua controversia en aspectos que respecto a mi tema no considero fundamentales, en concreto: a) el de si el *horrearius* tenía que ser o no *dominus horrerorum* (167); b) el de quién debía tener la llave del *horreum*: el arrendatario, el *horrearius*, o ambos a la vez (168). Pero a mí me interesa otro aspecto del pasaje: la afirmación que en el mismo se hace de que el arrendador de un *horreum* o de una *insula* en el supuesto de abandono prolongado del arrendatario e impago de la renta puede pedir la apertura del almacén y describir las cosas que en el mismo hubiera.

Para Musca (169) y Churruca (170) es necesaria la conjugación de ambos requisitos para poder pedir la apertura (171). Solamente en este supuesto el arrendador podrá dirigirse a la autoridad pública competente (*praefectus vigillum*) para que le faculte abrir el local y hacer un inventario de las cosas que allí hubiera. Desde una perspectiva dogmática, cabría pensar en otra po-

(153) F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesten Interpolationen*, ZSS 18 (1897) 22.

(154) DELL'ORO, [n 122] 253.

(155) CANNATA, [n 64] 251.

(156) TH. MAYER-MALY, *Das biennium non C. 3, X, 3, 18*, ZSS (KA) 22 (1955) 414.

(157) ALZON, *Location des entrepôts*, 104.

(158) D. A. MUSCA, *Lis fullonum de pensione non solvenda*, Labeo 16 (1970) 307 n 74.

(159) CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 216.

(160) FRIER, *Landlords and tenants*, 133.

(161) Sobre este funcionario ver W. ENSSLIN, *Praefectus*, PWRE 22/2, 1258-1347, en especial 1340-1347.

(162) EISELE, [n 153] 22.

(163) MAYER-MALY, [n 156] 412-415.

(164) KASER, *RPR* I², 568 n 48.

(165) CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 217.

(166) FRIER, *Landlords and tenants*, 133.

(167) Sobre este problema ver entre otros autores por ejemplo THOMAS, [n 66] 356-357.

(168) Sobre este punto ver CANNATA, [n 64] 251 (sólo el arrendatario); ALZON, *Location des entrepôts*, 103-106 (sólo el *horrearius*); THOMAS, [n 66] 357 (ambos).

(169) MUSCA, [n 158] 308.

(170) CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 217 que sigue a ALZON, *Location des entrepôts*, 118-120.

(171) FRIER, *Landlords and tenants*, 133, sin embargo indica que el texto explica las consecuencias de una desaparición prolongada de un arrendamiento urbano.

sible interpretación del texto. Como se verá al analizar Dig 43,32,1,2 (172), en la época de Ulpiano, parece que el interdicto de *migrando* prácticamente no se utilizaba. En su lugar, las partes acudían a la jurisdicción *extra-ordinem*. Pues bien, con toda probabilidad fue el *praefectus vigilum* el funcionario imperial investido de jurisdicción civil delegada para jugar *extra-ordinem* este tipo de controversias. Considero que no es excesivo suponer que en este procedimiento extraordinario se siguieran las pautas del interdicto de migrando, ya que como se verá el arrendador podía pedirlo cuando el arrendatario no hubiera abonado la renta. Para la concesión de este interdicto sólo se tenía en cuenta si el arrendatario había abandonado la vivienda prolongadamente. Si se admite que pudo existir un funcionamiento paralelo entre el interdicto de *migrando* y este procedimiento extraordinario, cabe pensar que sería posible pedir al *praefectus vigilum* la entrada en el almacén y el inventario de los objetos allí introducidos, siempre que hubiera tenido lugar el impago de la renta no siendo necesario que se hubiera producido el abandono prolongado (173). Ahora bien, esta interpretación que desde una perspectiva dogmática parece lógica, supone ir contra el tenor literal del texto, ya que fue el significado del término *nec* es claramente cumulativo y en absoluto disyuntivo.

El texto en su parte final dice que en el supuesto de apertura y descripción de los objetos existentes en el almacén, hay que observar un plazo de dos años. Como se ha indicado ya, esta frase final posiblemente se trata de una interpolación Justiniana, que en absoluto creo puede ser interpretada en la forma sugerida por Frier (174). Supone este autor que, en la redacción original, la frase podría completar el análisis, recogiendo el requerimiento hecho al arrendador por el *praefectus vigilum* de que retuviera durante dos años los objetos, período en el cual el arrendatario podría pagar la renta debida y recuperar los objetos. Me parece excesivo imponer al arrendador esta retención de dos años antes de poder proceder a la ejecución de los objetos. Pienso que el arrendatario no estaba en una posición social tan fuerte como para hacer prevalecer sus intereses frente a los del arrendador.

Con base en este análisis creo que del pasaje es posible deducir: 1.—Probablemente el texto está manipulado; la frase a *publicis personis quorum interest* casi seguro que hacía referencia al *praefectus vigilum*; la frase final *tempus-observari* da la impresión de ser un añadido posterior; 2.—Al igual que de Dig 43,32,1,2, creo que del texto se puede deducir el que en época de Paulo, las partes contratantes en una relación de arrendamiento urbano acudían al procedimiento extraordinario en lugar de al interdicto de migrando; 3.—Por lo tanto podrían pedir al *praefectus vigilum* la entrada en el almacén y

(172) Ver el análisis en este mismo capítulo (§ 34).

(173) En contra de esta explicación, CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 217.

(174) FRIER, *Landlords and tenants*, 133-134.

el inventariado de los objetos allí existentes sólo cuando el arrendatario hubiera abandonado prolongadamente el almacén sin abonar la renta, y el arrendatario hubiera dejado de pagar la renta.

§ 28.—DIG 20,4,13(Paul, Plaut 5)

Insulam tibi vendidi et dixi prioris anni pensionem mihi, sequentium tibi accessuram pignorumque ab inquilino datorum ius utrumque secutum.
Nerva Proculus, nisi ad utramque pensionem pignora sufficerent, ius omnium pignorum primum ad me pertinere, quia nihil aperte dictum esset, an communiter ex omnibus pignoribus summa pro rata servetur: si quid supperisset, ad te. Paulus: facit quaestio est, sed verisimile est id actum, ut primam quamque pensionem pignorum causa sequatur.

El pasaje procede de Paulo (175), en concreto de su comentario *Ad Plautium*. La obra aparece algunas veces con el título cambiado: *Paulus ex Plautio*, lo que demuestra que probablemente existieran al menos dos ediciones diferentes (176). La obra, de 18 libros de extensión, tiene por fundamento el texto de *Plautius* (Plaucio) con añadidos posteriores de Javoleno y Pomponio reelaborados por Paulo (177). Parece que en la época postclásica tardía fue parafresada probablemente en el ámbito de las escuelas orientales (178).

El texto en el Digesto está situado dentro del libro dedicado a la prenda, en el título que trata de los problemas planteados por la pluralidad de acreedores sobre un mismo objeto. De este libro quinto se nos han transmitido 16 fragmentos, de los cuales seis, entre los que se encuentra éste que analizo tratan de la compraventa, tres del mandato, tres de la fiducia y cuatro del depósito (179).

El problema planteado al jurista hace referencia a un contrato de compraventa en el que se acuerda entre las partes que, lo que se obtenga por el alquiler del primer año sea para el vendedor, y a partir de esa fecha sean para el comprador los ingresos obtenidos con el arrendamiento. Se garantiza el pago de dicho alquiler con las prendas dadas por el inquilino. Nerva y Proculo opinan que tendrá preferencia el vendedor en el supuesto de que dichas prendas no sirvan para cubrir el pago de ambos créditos. Paulo, por el contrario, considera que el problema debatido es una cuestión de hecho. El pasaje, por lo tanto, no plantea directamente un problema de prenda de *invecta et illata*; incluso la locución empleada (*pignorumque ab inquilino datorum*) hay que re-

(175) Sobre Paulo ver lo indicado en el análisis de Dig 43,1,2,3 (§ 9).

(176) Sobre esta discordancia en el título ver WIEACKER, *Textstudien*, 64.

(177) KRUGER, *Geschichte*, 229.

(178) WIEACKER, *Textstudien*, 85-86.

(179) LENEL, *Palingenesia* 1, 1153-1155; nrs 1106-1121 (nrs 1106-1109 *Depositii*; nrs 1110-1112 *Fiduciae*; nrs 1113-1115 *Mandati* nrs 1116-1121 *Empti venditi*).

conocer que no es habitual para designar este tipo de pignoración. Ahora bien, el hecho de que se hable de unas garantías dadas por el inquilino en favor del arrendador que pretenden asegurar el pago de la renta inducen a pensar que nos encontramos ante un supuesto de este tipo.

El texto es un ejemplo claro de comentario lematíco (180): Paulo cita en primer lugar un pasaje de Plaucio que habla en primera persona. A continuación, se recoge la opinión de Nerva y Próculo, y en última instancia la opinión de Paulo, su propio comentario.

Por lo que se refiere a las posibles interpolaciones de este texto, se ha aludido al término [*inquilino*] y su sustitución por el de <*inquilinus*> (181); a la corrección de <*pignorumque*> por <*pignorum quoque*> (182) y a la frase *quia-servetur* (183). En mi opinión el pasaje en su estado actual puede admitirse como auténtico.

Aunque en el escrito de Paulo no se especifica el supuesto de pignoración de *invecta et illata*, el hecho de que se hable en el mismo de prendas dadas en garantía del pago del precio del arrendamiento de una *insula*, permite pensar que el supuesto sea de este tipo (184).

El texto comienza haciendo referencia a una venta de una *insula*. Al parecer dicha casa había sido dada en arrendamiento por su propietario a un inquilino. Y en estas condiciones (existencia de un arrendamiento y posiblemente de un derecho de prenda tácito a favor del arrendador-propietario sobre los *invecta et illata* del inquilino) se transmite.

Esta compraventa por lo tanto, plantea el problema de determinar qué pasa con el arrendamiento y con el derecho de prenda accesorio: ¿se extinguen al efectuar la compraventa de la *insula* o por el contrario continúan? (185). El texto no dice nada respecto a este punto. Sin embargo el hecho de que el vendedor siga cobrando la renta tras la venta permite pensar en la no extinción del arrendamiento. Si esto era así: a) ¿con base en qué estaba obligado el inquilino, que no había intervenido en el contrato de compraventa, a abonar el precio de la renta al comprador una vez pasado el año?; b) ¿con base en qué podía exigir el comprador el pago del precio de la renta e incluso

(180) Sobre el concepto de comentario lematíco y su diferencia con comentarios marginales, epitomes, etc. ver SCHULZ, *GRR*, 225-229.

(181) CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 220.

(182) E. HUSCHKE, *Zur Pandektenkritik* (Leipzig 1875) 27.

(183) S. RICCIBONO; *Studi critici sui libri 18 di Paulo ad Plautium*, BIDR 6 (1893) 167-171 seguido de TONDO, *Convalida*, 139 n 1.

(184) MANIGK, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, 40; FREZZA, *Garanzie* 2, 186; M. KASER, *Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht*, St Grosso 1, 37 n 37 = *AusSchriften* 2, 179 n 37.

(185) Sobre el principio *emptio tollit locatur* ver KASER, *RPR* 1², 567 n 44 y sobre todo MAYER-MALY, *Locatio conductio*, 42-60.

ejercitar los medios jurídicos existentes a favor del arrendador, si el inquilino y él no habían realizado contrato alguno? Como muy bien ha indicado la romanística (186) se debe presuponer para que estos actos fueran posibles: a) un *iussum* del vendedor al comprador que le permitía a éste actuar como *procurator in rem suam* en los supuestos que fuera necesario dirigirse contra el inquilino; b) una asignación del pago (*delegatio solvendi*) hecha mediante *iussum*, en virtud del cual el vendedor ordena al inquilino que abone la renta, a partir del segundo año de arrendamiento al comprador (187).

A continuación el texto recoge las opiniones de Nerva y Próculo. Para estos juristas, en el supuesto de que las prendas del inquilino no fueran suficientes para pagar la renta a cada uno, era preferente el vendedor. Esta solución, a mi entender, es perfectamente lógica, ya que el vendedor sigue siendo arrendador del fundo y por ello titular del derecho de prenda sobre los *invecta et illata* del inquilino. No estoy de acuerdo con la interpretación que hace Frezza (188), según la cual la facultad de satisfacción que tienen el comprador y el vendedor deriva de una coexistencia de dos arrendamientos. Como he indicado ya, creo que sólo existió un derecho de arrendamiento. Lo que ocurre es que al contrato de compraventa probablemente se le añadió un pacto en el que se estableció la cesión de créditos del vendedor al comprador y la *delegatio solvendi* del vendedor al inquilino.

También se ha discutido entre la romanística actual, si el hecho de que el vendedor durante el primer año y el comprador durante los restantes pudieran cobrar la renta garantizada con las *invecta et illata* del inquilino significaba una pluralidad de derechos de prenda sobre los *invecta et illata* del inquilino. Manigk (189) creyó que se trataba de un supuesto de segunda hipoteca. Sin embargo, al igual que Herzen (190) Miquel (191) y Kaser (192), pienso que el pacto entre los acreedores impide hablar de un supuesto de esta clase.

Según Nerva y Próculo, el derecho sobre todas las prendas corresponde primero al vendedor y sólo si sobra algo tendrá derecho el comprador. Esta afirmación es lógica. Si en el caso que se analiza se ha establecido que durante un año el comprador siga recibiendo el precio de la renta, se entiende que durante dicho período y hasta que no se produzca la cesión, él es el titular de la garantía y sólo una vez transcurrido dicho plazo, pasará la misma al comprador. Imaginemos hipotéticamente el siguiente supuesto: han transcurrido

(186) En este sentido, TONDO, *Comvalida*, 138-139, seguido por KASER, [n 184] 39-40 = 181-182 y CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 222.

(187) En este sentido CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 222 con la bibliografía allí citada sobre la *delegatio solvendi*.

(188) FREZZA, *Garanzie* 2, 186-187. En contra KASER, [n 184] 39 n 41.

(189) MANIGK, *Hyperocha*, PWRE 9/1, 303; IDEM, *Pfandrechtlliche Untersuchungen*, 41.

(190) N. HERZEN, *Le concours de plusieurs hypothèques*, Mélanges Gérardin, 308.

(191) MIQUEL, *Rango hipotecario*, 237-239.

(192) KASER, [n 184] 38-39 = 180-181.

cuatro meses sin que el inquilino pague la renta; de los cuatro meses, dos coinciden con los meses últimos del año en que el vendedor tiene derecho a la renta, mientras que los otros deben ser cobrados por el comprador: lógicamente será preferente el vendedor y sólo en el caso de que sobre algo se dará el sobrante al comprador.

El texto en su parte final comienza con la opinión de Paulo ante el caso concreto. Llama la atención el que su parecer venga precedido de su nombre. Si Paulo es el autor de la obra, lo lógico es que no se mencione a sí mismo. Este hecho induce a pensar que el pasaje en esta parte final ha sido manipulado.

Para Paulo el problema debatido es una *facti quaestio*. Esta afirmación pienso que es muy lógica. En el caso concreto las partes han establecido la cesión de créditos y la delegación del pago a partir del año. Sin embargo ello no impide pensar que las partes podían haber establecido otro tipo de acuerdo.

Con base en este análisis creo que de este pasaje de Paulo es posible deducir lo siguiente: 1.—Tal como he interpretado el texto, en este caso concreto la compraventa de una casa arrendada no significa la extinción del contrato de arrendamiento. Igualmente el derecho de prenda tácito a favor del vendedor sobre los *invecta et illata* del inquilino continúa; 2.—Para que el comprador pudiera exigir la renta, aunque no dice expresamente en el texto, pienso que era necesario que se hubiera producido un *iussum* del vendedor al comprador nombrándole *procurator in rem suam*; 3.—Para que el inquilino abonara la renta al comprador en lugar de al vendedor, igualmente creo que era necesario, aunque no se diga expresamente en el pasaje que hubiera tenido lugar una *delegatio solvendi* del vendedor al inquilino, ordenándole abonar la renta al comprador; 4.—Según la interpretación que he hecho, no estamos ante un supuesto de constitución de segunda prenda o de segundo arrendamiento, sino ante un pacto entre las partes; 5.—Según el Paulo el facultar al comprador cobrar la renta a partir del primer año y el considerar preferente en el cobro al vendedor es una cuestión de hecho, ya que las partes podían haber establecido otra cosa.

§ 29.—DIG 39,2,33 (Ulp, Sab 42)

Inquilino non datur damni infecti actio, quia possit ex conducto agere, si dominus eum migrare prohiberet.

Dig 39,2,34 (Paul, Sab 10)

Utique si pro praeterita pensione satisfacere paratus fuit: alioquin iusta retentio pignoris domino fieri videretur. Sed et si quasi pignora retine-

rit et ea interierint ruina vicinarum aedium, potest dici etiam pigneraicia actione locatorum teneri, si poterat eas res in locum tutiorem transferre.

El pasaje que a mí me interesa es Dig 39,2,34, que procede del comentario de Paulo a Sabino, pero para su comprensión debe exponerse Dig 39,2,33, pasaje que proviene del comentario de Ulpiano a Sabino. El comentario de Paulo a Sabino fue una obra bastante corta, de carácter temático, que se nos ha transmitido al margen del Digesto a través de los *Fragmenta Vaticana*, los *Scholia Sinaitica* las Instituciones de Justiniano (193).

En el Digesto ambos libros están situados en el título segundo del libro 39, dedicado al daño temido. Del libro décimo del comentario de Paulo a Sabino, se han transmitido 23 fragmentos, cuatro de los cuales, entre los que se encuentra éste que analizo, se dedican al daño temido. El resto de los fragmentos del libro décimo tratan de la *Lex Aquilia*, de la *iniuria* y de la *condictio* (194).

El texto de Ulpiano, establece que el inquilino no está legitimado para emplear la *actio damni infecti*, cuando el *dominus* le prohíba abandonar la vivienda. Lo primero que llama la atención en el pasaje es la referencia que en el mismo se hace a la *actio damni infecti*. Cree Frier (195) que probablemente el término *actio* debe ser sustituido por el de *cautio*. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto Kaser (196), existió una *actio damni infecti*. Por ello pienso que se puede aceptar la autenticidad del texto en su estado actual. Y me parece que no está en contra de esta afirmación el que Ulpiano en Dig 39,2,13,6 (197), basándose en la autoridad de Sabino, solucione el problema planteado (debe el *dominus* prestar caución a favor de su inquilino) indicando que dicha caución no es necesaria, ya que el inquilino, en el supuesto de que los daños hayan sobrevenido durante el arrendamiento puede emplear la *actio conducti*. Y a mi entender no existe contradicción entre lo afirmado en el texto de Ulpiano, que analizo ahora, y lo que el mismo antes expuso en Dig 39,2,13,6, ya que los supuestos de hecho previstos en ambos casos son dife-

(193) Sobre esta obra ver por ejemplo: SCHULZ, *GRR*, 264; WIEACKER, *Textstufen*, 326, y C. A. MASCHI, *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi*. Iulus Paulus, ANRW 15/2, 682.

(194) LENEL, *Palingenesia* 1, 1279-1282; nrs 1805-1827 (nrs 1805-1809, de lege Aquilia; nrs 1810-1813, de damno infecto; nrs 1814-1816, de iniuriis y nrs 1817-1827, de condictione). El texto de Ulpiano se nos ha transmitido a través del libro 42 a Sabino, libro del que conocemos 21 fragmentos, seis de los cuales tratan del daño temido, mientras que el resto tratan del hurto, de *arboribus succisis*, de la *lex Aquilia* y de la *iniuria*. LENEL, *Palingenesia* 2, 1168-1172; nrs 2876-2896 (nrs 2876-2886 de furtis; nr 2887 de arboribus succisis; nr 2888, de lege Aquilia; nrs 2889-2894, de damno infecto; nrs 2895-2896, de iniuriis).

(195) FRIER, *Landlords and tenants*, 118 n 144.

(196) KASER, *RPR* 1², 126.

(197) *De illo quaeritur, an inquilinus suis dominus aedium cavere possit. Et Sabinus an inquilinus non esse cavendam: aut enim ab initio vitiosas aedes condaxerunt et habent quod sibi imputent, aut in vitium aedes inciderunt et possunt ex conducto expertri.*

rentes. Mientras que en Dig 39,2,13,6, Ulpiano indica que el *dominus* no debe prestar caución a sus propio inquilino, se entiende por la ruina de la casa arrendada, en el texto que aquí se estudia no se concede al inquilino la *cautio damni infecti*, porque se presupone que puede marcharse de la vivienda ya que la ruina procede de la casa vecina.

A continuación Paulo, en el fragmento 34, puntualiza la afirmación que Ulpiano hacía en el fragmento 33. Según Paulo se debe admitir la posibilidad de emplear la *actio conducti*, en el supuesto de que el inquilino arrendatario hubiera estado dispuesto a satisfacer la renta atrasada, ya que de no ser así se consideraría como justa la retención de la prenda hecha por el dueño.

Beseler (198) considera que este texto de Paulo no es auténtico, y basa esta afirmación, por una parte, en el lenguaje no clásico que a su juicio se utiliza en el pasaje, y por otra, en el propio contenido del texto.

Sin embargo, a mi entender, si bien es posible que el texto fuera manipulado en la época justiniana, su contenido se puede considerar sustancialmente como auténtico (199).

El que en el lenguaje se mencione la posibilidad de que el *dominus* arrendador efectuara una *iusta retentio pignoris*, es lo que me ha inducido a analizarlo. Propiamente en el texto no se habla de la pignoración de *invecta et illata*, pero indudablemente el que mencione una justa retención de las prendas cuando el inquilino se demora en el pago de la *persio*, hace pensar automáticamente en una pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta urbana. Esta retención calificada por Ulpiano como justa, se produce posiblemente porque el arrendador del fundo había efectuado la *perclusio* para evitar que el inquilino sacara los objetos pignorados (200).

Pero podía ocurrir que el arrendador hubiera retenido los objetos introducidos en el fundo *quasi-pignora*. ¿Qué significado tiene este *quasi*? Es claro que el arrendador no había retenido los objetos introducidos en el fundo haciendo la ficción de que se trataban de prendas (como si fueran prendas), sino que los había retenido precisamente por serlo. Ello quiere decir que en mi opinión el término *quasi* debe ser interpretado en este pasaje no en su forma habitual (201), sino que se le debe dar un matiz causal: el acreedor las había retenido precisamente en tanto que prendas (202). Pues bien, según el texto de Ulpiano, podía ocurrir que estando los objetos retenidos justamente por el

(198) G. BESELER, *Textkritische Studien*, ZSS 53 (1933) 38.

(199) En este sentido se pronuncia también FRIER, *Landlords and tenants*, 118 n. 144.

(200) Sobre la posible acepción del término *perclusio* ver el análisis de Dig 20,2,9 realizado en este mismo capítulo (§ 26).

(201) KERBER, [n. 40] 141 considera que en este caso el término *quasi* tiene el significado de aplicación analógica (*analoge Anwendung*).

(202) Sobre los significados del término *quasi* ver lo indicado en la nota 40.

arrendador, la ruina de la casa vecina hiciera parecer dichos objetos. El problema que este hecho podía ocasionar es claro: 1.—¿Quién respondería de la pérdida de los mismos y cuál era el límite de su responsabilidad?; 2.—¿Qué medio jurídico tendría a su disposición el inquilino deudor para exigir posibles responsabilidades por la destrucción de los objetos? Desde el momento que el acreedor ha efectuado la justa retención se entiende que tiene la posesión de los objetos pignorados y por lo tanto parece lógico que sea él el que responda por los mismos. Ahora bien, ¿cuál es su grado de responsabilidad? Como se sabe, éste es un tema muy controvertido entre los romanistas, debido a la variedad de supuestos que se encuentran en las fuentes. En unos casos el acreedor pignoraticio parecía responder por *culpa*, en otros por *dolus* y otros supuestos lo hacía por *custodia* (203). En este caso concreto, el texto no dice cuál es el límite de la responsabilidad del acreedor, pero indirectamente se puede pensar que responde por culpa. Y fundamento esta afirmación en que el acreedor no actuó con la diligencia de un buen padre de familia si previene la ruina no trasladó los objetos a otro lugar (204).

Por lo que se refiere al medio jurídico que el deudor tenía a su disposición para exigir responsabilidad al acreedor, indica Paulo que es la *actio pignoraticia*, se entiende que *in personam* (205). Como se sabe, esta acción derivaba de la relación obligacional establecida entre el acreedor pignoraticio y el deudor, y como *actio directa* principalmente (206) era utilizada por el deudor para pedir la restitución del objeto entregado al acreedor pignoraticio. En el presente supuesto, y dado que los objetos han sido retenidos por el acreedor en tanto que prendas, parece lógico que se conceda al deudor pignoraticio esta acción, para exigir responsabilidad al acreedor por la destrucción culposa de dichos objetos cuya posesión había pasado a su poder y por lo tanto estaba obligado a devolver.

Con base en el análisis realizado creo que de este pasaje de Paulo es posible las siguientes conclusiones: 1.—El texto es sustancialmente auténtico, aunque probablemente haya sido reducido en época justiniana; 2.—En un supuesto de destrucción de los *invecta et illata* por causa de ruina de la casa vecina donde están retenidos y debido a una conducta culposa del acreedor pignoraticio que los retiene de forma justa, responde el acreedor ante el deu-

(203) Sobre ello ver KASER, *Studien* 2, 336 = *Studien*, 116. En la nota 313 el autor expone la bibliografía existente sobre el tema; sobre la relación existente entre *custodia* y *actio furti* ver KASER, *Studien* 3, 66 ss; 71, = *Studien*, 189 ss, 197 y el apéndice B, *Studien* 234, 253. Además ver en este sentido H. ANKUM, *La responsabilidad del creditore pignoraticio nel diritto romano classico*. *StBiscardi* 4, 587-630 y L. ROTA, *Contrasti dottrinari e ipotesi di studio in tema di responsabilità del creditore pignoraticio*, *StBiscardi* 5, 329-368.

(204) Sobre la exigencia de este requisito al acreedor pignoraticio ver Paul, Ed 29 (*Dig*) 13,7,14).

(205) Sobre los problemas planteados por esta acción ver KASER, *Studien* 2, 195-234 = *Situdien*, 59-98 con la amplia bibliografía allí citada.

(206) KASER, *RPR* I², 536-537 con la bibliografía allí mencionada.

dor mediante la *actio pigneraticia in personam directa*. Si bien el texto no lo dice expresamente, creo que se concedía esta acción por considerar que apartir de la *perclusio* ha pasado al acreedor la posesión de los bienes.

§ 30.—DIG 20,2,6 (Ulp, Ed 73)

*Licet in praediis urbanis tacite solet conventum accipi, ut perinde te-
neantur invecata et inlata, ac si specialiter convenisset, certe libertati
huiusmodi pignus non officit idque et Pomponius probat: ait enim manu-
missioni non officere ob habitationem obligatum.*

El texto pertenece al comentario al Edicto de Ulpiano (207). En el Digesto de Justiniano está situado en el título dos del libro 20, dedicado a los supuestos de prenda o hipoteca tácita. La reconstrucción palingénésica del libro 73 del comentario de Ulpiano al Edicto parece indicar que el pasaje estaba situado en un contexto dedicado a comentar tanto el interdicto Salviano como a la acción Serviana y *quasi-Serviana*. De los 24 fragmentos que se han transmitido de este libro 73, trece se dedican a comentar los problemas planteados por la aplicación del interdicto Salvino y de la acción Serviana, uno se dedica al interdicto de *migrando* y 10 al interdicto fraudatorio (208).

En el texto se establece la validez del convenio tácito de prenda sobre los *invecata et inlata* introducidos en los fundos urbanos como si se hubieran convenido de forma especial. En su parte final el pasaje habla de la validez de la manumisión realizada en estas circunstancias. En el pasaje se han detectado numerosos indicios de reelaboración: por ejemplo, el uso del verbo en indicativo detrás del término *licet* (209), el empleo del adverbio *specialiter* (210), el hecho de que el convenio de prenda sea tácito (211), la frase final *manumissioni-obligatum* (212).

Junto a estas consideraciones de carácter filológico, se han aducido otras de carácter dogmático (213) para intentar demostrar la falsedad del tex-

(207) Sobre la problemática planteada por la transmisión de esta obra ver lo indicado en el análisis de Dig 20,1,21,pr (§ 11).

(208) LENEL, *Palingenesia* 2, 849-854; nrs 1626-1649 (nr 1626, *de migrando*; nrs 1627-1639, *de interdicto Salviano et actione Serviana et quasi Serviana*; nrs 1640-1649, *de interdicto fraudatorio*).

(209) KOSCHAKER, *Bedingte Novation*, 152 n 3, que considera interpolado *licet-convenisset*, ha señalado esta incorrección al igual que SCHULZ, *Fraudatorische Freilassung*, 277.

(210) En este sentido F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen*, ZSS 10 (1889) 296, 298, 302, 309, 314, 315, 316 y 321; O. GRADENWITZ, *Interpolationen in dem Pandekten* (Berlín 1887) 171-191; APPLETON, *Interpolations*, 122-124; S. SOLAZZI, *La definizione del Procuratore*, *Sergjuridici* 2, 564; EBRARD, *Digestenfragmente*, 83 n 9.

(211) En este sentido KOSCHAKER, *Bedingte Novation*, 152 n 3, seguido por WAGNER, *Freiheitserteilung*, 169.

(212) SCHULZ, *Fraudatorische Freilassung*, 277.

(213) SCHULZ, *Fraudatorische Freilassung*, 275-276 que considera que la regulación del esclave pignorado no debe ser diferente según la pignoración haya sido expresa o tácita.

to. Pero pese a todo esto ha prevalecido la opinión de los que propugnan la claridad de la doctrina jurídica expuesta en el mismo (214). Y esta afirmación es fruto de las siguientes matizaciones: el uso del indicativo *solet* puede ser un error del copista (215), o, como también se ha indicado, ha podido ocurrir que el reelaborador ha olvidado colocar el verbo en la forma adecuada después de la introducción de *licet*, introducción que se pudo deber a una reducción del texto originario (216). Tampoco es determinante el uso del adverbio *specialiter* (217). Por otra parte, la afirmación de Koschaker de considerar interpoladas la mayor parte de las fuentes referidas a la *tacitam conventionem* se ha rebatido en la actualidad (218). En último lugar, indicar que la supresión de la última frase ha sido criticada por algunos romanistas actuales: Wagner (219) siguiendo a Schwarz introduce *esse servum* como sujeto de *manumissioni non officere*, mientras que Churrucá (220) introduce también *servum esse* explicándolo como una abreviación secundaria de Ulpiano. Igualmente los argumentos de carácter dogmático han sido rebatidos (221), de tal forma que creo posible admitir como válida la doctrina expuesta en el texto.

Centrado el análisis en la primera parte, conviene indicar que en la misma se habla de la introducción realizada en unos *praedia urbana*. Se indica también que, si bien es costumbre que dichos convenios se contraigan *tacite*, los *invecta et illata* se tienen pignorados *perinde ac si specialiter convenisset*. Llama la atención el uso de esta expresión. La misma aparece también en Dig 20, 1, 15, 1 (222). Si se comparan ambos pasajes, se observa que el contexto de los mismos es totalmente diferente. Gayo la emplea para indicar que los otros bienes que el deudor tiene ahora o adquiriera después quedan en garantía

(214) SCHULLER, *Pignus tacitum*, 279 y FRIER, *Landlords and tenants*, 113.

(215) BERGER, *Krits. Vjscher*. 50 (1912) 406 que conocemos a través de SCHULLER, *Pignus tacitum*, 279 n. 64.

(216) SCHULLER, *Pignus tacitum*, 279.

(217) En este sentido WAGNER, *Voraussetzungen*, 9 n 3; KASER, *Partus ancillae*, 190 y SCHULLER, *Pignus tacitum*, 278.

(218) Entre los que se encuentran: MANICK, *Pfändrechtliche Untersuchungen*, 31, 64; MAYER-MALY, *Locatio conductio*, 106; KASER, *RPR* 1². 465; MUHL, *Tacere*, 32; SCHULLER, *Pignus tacitum*, 267-284; A. WACKE, *Pactum tacitum*, ZSS 90 (1973) 224-225; Idem, *Zur Lehre vom Pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli. Stillschweigender Verzicht und Verwirkung nach klassischen Recht, Zweiter Teil*, ZSS 91 (1974) 262-267 y 281-282; CHURRUCÁ, *Pignoración tácita*, 189-192.

(219) WAGNER, *Freiheiterteilung*, 169.

(220) CHURRUCÁ, *Pignoración tácita*, 212.

(221) SCHULLER, *Pignus tacitum*, 278.

(222) Gai (FormHypoth): *Quod dicitur creditorum probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, quae cotidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea adquisierit, perinde atque si specialiter haec res fuissent obligatae*. Sobre este texto ver el análisis que se hace en el capítulo dedicado a la prenda general (§ 68). Sobre el significado de la expresión *perinde ac si* ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*. 421.

como si se hubiese convenido especialmente. Hay que tener en cuenta que el texto de Gayo es el primero referido a la pignoración general. En él se dice que este tipo de prenda surge a imitación de la especial, de ahí el uso de la cláusula (223).

El contexto de la frase en Dig 20,2,6 es totalmente diferente: como se ha visto, el texto habla de la pignoración tácita de los *inventa et inlata* en los predios urbanos. ¿Qué sentido tiene el que esta pignoración se considere como si se hubiera convenido especialmente? Es claro que este supuesto de pignoración de *inventa et illata* en garantía del pago de la renta urbana se viene practicando a lo largo de toda la época clásica como lo ponen de manifiesto los comentarios realizados por Labeón (224), Nerva (223) o Próculo (226), a diferentes problemas planteados en el desarrollo de esta forma de garantía. Por lo tanto, en el texto que ahora estoy analizando, la frase *perinde ac si specialiter convenisset* parece que no tuvo el mismo sentido que en el pasaje de Gayo. Ahora bien, este diferente significado ¿es suficiente para aceptar como interpolada dicha frase? A mi entender no, ya que el sentido de *perinde ac si specialitet convenisset* tal como yo interpreto el pasaje, no es otro que el tratar de poner de manifiesto la peculiaridad del régimen de pignoración de *inventa et illata* en garantía del pago de la renta de una finca urbana, en lo referente a la manumisión de esclavos: si bien es cierto que la prenda sobre los *inventa et illata* en garantía del pago de la renta de una finca urbana se considera constituida como si se hubiera acordado de forma especial, es decir, se finge que ha existido tal acuerdo, en lo referente a la manumisión de esclavos no se rige por los criterios de la pignoración especial.

En la segunda parte del pasaje (*certe libertati obligatum*) se establece la posibilidad de manumitir al esclavo pignorado tácitamente en garantía del pago de la renta de un fundo urbano. Creo que esta afirmación de Ulpiano, que sigue en la solución a Pomponio, es plenamente lógica, ya que la doctrina contenida en la misma concuerda totalmente con la establecida en el pasaje de Paulo (Dig 20,2,9) analizado anteriormente (227). Ahora bien, a diferencia del texto de Paulo, Ulpiano no establece aquí ningún límite temporal a la manumisión; no se dice que la misma sólo es válida si se realiza antes de la *perclusio*. Sin embargo, pienso que dicho límite debía existir, ya que sería una forma válida para evitar el fraude del deudor a su acreedor pignoraticio.

Resumiendo el análisis realizado, en mi opinión del texto es posible deducir lo siguiente: 1.—Pese a los indicios existentes para dudar de su autentici-

(223) El texto y toda la problemática planteada por la pignoración general se analiza en un capítulo de este trabajo.

(224) Ver Ulp, Ed 73 (Dig 43,32,1,4) (§ 34).

(225) Ver Paul, *OffpraeFvig* (Dig 20,2,9) (§ 26) y Paul, *Plaut* 5 (20,4,13) (§ 28).

(226) Ver Paul, *Plaut* 5 (Dig 20,4,13) (§ 28).

(227) Ver § 26.

dad, creo que el contenido del mismo se puede aceptar sustancialmente como auténtico; 2.—En época de Pomponio y de Ulpiano, era posible manumitir al esclavo pignorado de forma tácita en garantía del pago de la renta en un supuesto de arrendamiento urbano.

§ 31.—DIG 13,7,11,5 (Ulp, Ed 28)

Solutam autem pecuniam accipiendum non solum, si ipsi, cui obligata res est, sed si alii sit soluta voluntate eius, [vel ei cui heres exstitit] vel procuratori eius, vel servo pecuniis exigendis praeposito. Unde si domum conduxeris et eius partem mihi locaveris egoque locatori tuo pensionem solvero, pignoratitia adversus te potero experiri (nam Iulianus scribit solvi ei posse): et si partem tibi, partem ei solvero, tantundem erit dicendum. [Plane in eam dumtaxat sumam invecta mea et illata tenebuntur, in quam cenaculum conduxi: non enim credible est hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenebuntur. Videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse, ut non pacto cenaculari proficiat domino, sed sua propria].

El texto procede del comentario de Ulpiano al Edicto (228). En el Digesto está situado en el título séptimo del libro trece, dedicado a la acción pignoratitia directa y contraria. De este libro 28 se han transmitido 37 fragmentos, cinco de ellos dedicados a comentar los problemas planteados por la acción pignoratitia directa y contraria, diez dedicados a la *actio commodati directa* y *contraria*, uno a la compensación, ocho a la *actio exercitoria* y doce a la *institoria* (229).

El comienzo del pasaje trata de aclarar el concepto de *solutio* en el contexto de la *actio pignoratitia*, indicando que tiene lugar la *solutio* tanto cuando se paga al acreedor como cuando se paga a un tercero con su consentimiento. Tras ejemplificar casos en los que se produciría el último supuesto (pago a un tercero con consentimiento del acreedor), el texto pasa a analizar qué ocurriría en un supuesto de subarriendo, indicando que es posible pagar o toda la renta al *dominus* arrendador, o parte de la renta al *dominus* arrendador y parte al subarrendador. Esto no quiere decir, sin embargo, que los objetos introducidos en la vivienda por el subarrendatario garanticen al *dominus* arrendador el pago de toda la renta de la casa.

(228) Sobre el comentario de Ulpiano al edicto ver lo indicado en el análisis de Ulpiano, Dig 20,1,21,pr (§ 11).

(229) LENEL, *Paltingenesia* 2, 579-591; nrs 789-834 (nrs 798-807, *commodati vel contra*; nrs 808-812, *de pignoratitia actione vel contra*; nr 813, *de compensationibus*; nrs 814-822, *de exercitoria actione* y nrs 823-834, *de institoria actione*).

En el texto se han detectado diferentes interpolaciones: Solazzi (230) propugna la desaparición del *vel ei cui heres exstitit*. Beseler (231) denuncia el término *plane*; la construcción *in quam* en lugar de *qua*; el término *frivola* y el segundo *hoc convenisse*. Reconstruye la frase final de la siguiente forma: *Videur autem et inter me et dominum aedium de rebus meis obligandis con-venisse, alioquin conventionem inter me et cenacularium factam domino non proficere palam est*. Mayer-Maly (232) considera interpolada la frase *non enim credibile... sed sua propria*. Wubbe (233) considera insostenible la frase *unde si... dicendum*. Churruca (234) cree que la frase *plane-infine* se trata con toda probabilidad de una glosa postclásica. Frier (235) admite la probable interpolación de *non enim-tenebuntur* y duda de la autenticidad de la frase final.

Todas estas observaciones realizadas por algunos de los romanistas, que previamente han analizado el pasaje, me inducen a considerarlo con prevención. Por ello me pronunciaré sobre la autenticidad de las diferentes partes del mismo a medida que lo vaya estudiando.

En la primera parte del texto se comenta la posibilidad de que el deudor pignoraticio extinga la obligación pagando la cantidad adecuada no sólo a su acreedor, sino también a un tercero. ¿Quién puede ser ese tercero? El fragmento recoge cuatro supuestos diferentes: 1.—Alguien que haya sido nombrado por voluntad del acreedor (*sed et si alii sit soluta voluntate eius*); 2.—Alguien de quien el arrendador ha devenido heredero (*vel ei cui heres exstitit...*); 3.—El procurador del acreedor (*vel procurator eius...*) y 4.—Un esclavo encargado del cobro por el acreedor (*...vel servo pecuniis exigendis praeposito...*).

Como se puede apreciar, el primero de los supuestos hace referencia a una cesión de créditos entre el arrendador y un tercero (236). El tercero de los

(230) Que sólo conocemos a través del *Index Interpolationum* 1, 221 y por la referencia que hace FRIER, *Landlords and tenants*, 125 n 156. A Solazzi le siguen G. BESELER, *Unklassische Wörter*, ZSS 57 (1937) 72 y MAYER-MALY, *Locatio conductio*, 31. En contra de esta opinión FRIER, *Landlords and tenants*, 125 n 156.

(231) BESELER, [n 230] 22.

(232) MAYER-MALY, *Locatio conductio*, 31.

(233) F. WUBBE, *Ein Lehre von Subpignus*, Tijds 26 (1958) 189.

(234) CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 227, 231.

(235) FRIER, *Landlords and tenants*, 125.

(236) Sobre las diversas formas de cesión de créditos y obligaciones ver: KASER, *RPR* 1², 652-655; Sobre la novación en particular ver: C. SALKOWSKI, *Zur Lehre von der Novation nach römischem Recht* (Leipzig 1866); P. GUIDE, *Études sur la Novation et le transport des créances en Droit romain* (Paris 1879) 1-272; G. BESELER, *Erörterungen zur Geschichte der Novation und zur Geschichte des Litteralkontraktes* (Kiel 1904); F. BONIFACIO, *La Novazione nel diritto romano* (Napoli 1959) y K. LUIG, *Zur Geschichte der Zessionslehre* (Köln-Graz 1966). Sobre el mandato ver GIDE, op. cit., 273-318; G. H. MAIER, *Zur Geschichte der Zession*, *FsRabel* 2, 205-233; W. D. GEHRICH, *Kognitur und Procurator in rem suam als Zessionsformen des Klassischen römischen Rechts* (Göttingen 1963). Sobre la *actio utilis* como forma de cesión ver GIDE, op. cit. 334-376; F. EISELE, *Die Actio utilis suo nomine des Zessionars*, ZSS 27 (1906) 46-70; W. DRECHSLER, *Die*

supuestos parece que se trata de un supuesto de representación, al igual que el último de los casos. Queda por clasificar el segundo de los supuestos mencionados: el que indica que el pago se ha realizado a aquel de quien el arrendador ha devenido heredero. ¿A qué se refiere el jurista con esta afirmación? Hay que partir de que en este caso, a diferencia de los otros tres, no hay voluntad de ningún tipo, ni general ni especial. Se está ante un pago a un tercero que no se sabe qué vinculación tiene con el subarrendatario, y por lo tanto no sé cuál es su legitimación para recibir el pago de éste. Esta dificultad de interpretar y comprender el supuesto, ha ocasionado, como he indicado ya (237), que la mayor parte de la doctrina lo considere como una clara interposición, lo cual a mi entender tiene razón de ser.

A continuación el texto pasa a analizar un supuesto concreto en el que es posible el pago a un tercero. Se plantea un caso de subarriendo, en el que el subarrendatario abona la cantidad debida al propietario-arrendador y no al acreedor pignoraticio-subarrendador. Este pago del inquilino subarrendatario al propietario-arrendador con el que no tiene ningún tipo de vinculación jurídica, ¿cómo se ha podido hacer? Al igual que ocurría en Paulo Dig 20,4,13 (238) creo que se tenía que producir un doble fenómeno: a) por un lado, el arrendatario-subarrendador mediante una *delegatio solvendi* ordenaba al inquilino subarrendatario que abonara la renta al *dominus solvendi* (239); b) por otro, el arrendatario-subarrendador cedía su crédito al *dominus-arrendador* nombrándole *cognitor* o *procurator in rem suam*. De esta forma el *dominus* quedaba facultado para exigir el pago del crédito y retenerlo en su patrimonio (240).

Por lo tanto parto de una cesión del crédito entre el subarrendador y el *dominus-arrendador* y de una *delegatio solvendi* entre el subarrendador y el subarrendatario para entender el supuesto recogido en el texto, según el cual se podía pagar al *dominus* arrendador o al subarrendador. Como consecuencia de esta posibilidad se establece en el texto que el subarrendatario de parte de la casa (*domus*) podía ejercitar la *actio pigneraticia* (241) contra el subarrendador. ¿Por qué se hace esta afirmación? Como se sabe la *actio pigneraticia* se da a favor del deudor contra el acreedor para conseguir la devolución

Actio utilis des Zessionars (Berna-Leipzig 1914); WLASSAK, *Actio*, PWRE 1, 322 y M. KASER, *Zum pignus nominis*, IURA 20 (1969) 177.

(237) Ver lo indicado en las notas 230 a 235. FRIER, *Landlords and tenants*, 125 n 156 no está de acuerdo con esta interpretación.

(238) Ver el análisis de este texto en el § 28.

(239) Esta *delegatio* tenía dos inconvenientes: por un lado, exigía la cooperación del inquilino subarrendatario y por otro, el derecho de prenda se extinguía a no ser que se constituyera de nuevo. Sobre esto ver KASER, *RPR* 1², 653.

(240) Esta cesión tenía el inconveniente de que el cedente (subarrendador) continuaba siendo acreedor a pesar de la cesión. Sobre esto ver KASER, *RPR* 1², 653.

(241) Sobre la *actio pigneraticia* ver lo indicado en la nota 205.

de la cosa pignorada, en este caso los *invecta et illata* del inquilino. ¿Se había dado en el supuesto de arrendamientos urbanos un *pignus datum* de los objetos que garantizan el pago de la renta? En mi opinión no había existido el traslado de la posesión de semejantes objetos; sin embargo es posible que el arrendatario-subarrendador llegado el momento del vencimiento hubiera efectuado la *perclusio* y retuviera los objetos introducidos en el piso del inquilino. Para poder liberar estos objetos se concede al deudor pignoraticio la posibilidad de emplear la *actio pigneraticia*. Llama la atención el que no se mencione el medio jurídico propio del deudor para este caso: el interdicto de *migrando*. ¿Cómo se puede interpretar esta omisión? Quizás como una muestra de que el interdicto no estaba en vigor en el momento de redactar el texto que analizo.

El texto no dice qué es lo que hubiera ocurrido en el supuesto de que hubiera sido el propietario-arrendador el que hubiera efectuado la retención de los objetos introducidos en la vivienda. ¿Como se debe interpretar este silencio? ¿se debe considerar que el propietario sólo estaba facultado para cobrar la renta, pero no para efectuar la retención en cuanto que no era titular del derecho de prenda? Creo que ésta es una interpretación que se puede desprender del texto. Quizás en el caso concreto que comenta aquí Ulpiano, las partes al hacer la cesión de créditos no habían constituido de nuevo el derecho de prenda a favor tanto del propietario como del subarrendador. Pero en el supuesto de que las partes hubieran constituido la prenda a favor del propietario y del subarrendatario, y el propietario hubiera llevado a cabo la *perclusio*, pienso que si el subarrendatario había abonado la renta al subarrendador lógicamente el propietario no podía retener dichos bienes, y por ello el inquilino-subarrendatario podría emplear tanto el interdicto de *migrando* como la *actio pigneraticia*.

A continuación el texto establece el fundamento de la respuesta de Ulpiano: es posible que el deudor empleara la *actio pigneraticia* contra el acreedor, ya que en opinión de Juliano ello era factible. Seguidamente se alude a la posibilidad de efectuar un pago fraccionado, es decir, parte de la renta al propietario arrendador y parte al arrendatario-subarrendador. Según Ulpiano en este caso habrá que decir otro tanto (*tantumdem erit dicendum*) Con base en esta afirmación, en el supuesto hipotético de que el inquilino-subarrendatario hubiera abonado parte de la renta al propietario-arrendador y parte al arrendatario-subarrendador, podría dicho inquilino-subarrendatario emplear la *actio pigneraticia*.

No dice el texto qué es lo que pasa con los *invecta et illata* del inquilino en este caso, si garantizan tanto al propietario arrendador como al arrendatario subarrendador en cuanto que ambos están facultados para cobrar una parte de la renta, o si sólo garantizan al subarrendatario en cuanto que éste es el que ha constituido la garantía. Tampoco dice nada el pasaje sobre si para

realizar el pago fraccionado, el inquilino-subarrendatario tenía el consentimiento del arrendatario-subarrendador, es decir, si éste había facultado al propietario para cobrar la parte de la renta o no. Pienso que la solución a estas cuestiones dependerían, como ya he indicado, de la forma en que se hubiera realizado la cesión del crédito: si había ido o no acompañada de la cesión de la garantía. En el supuesto de que hubiera hecho así, parece lógico aceptar que el inquilino-subarrendatario se pudiera dirigir mediante la *actio pigneraticia* indistintamente contra el propietario o contra el inquilino-subarrendador.

A continuación el texto sigue aparentemente con la problemática anterior; trata de establecer cuál es la renta que garantizan los *invecta et illata* introducidos por el inquilino-subarrendatario en la vivienda (*plane-tenebuntur*). En un supuesto de pago fraccionado o de pago a un tercero: ¿garantizan sólo el pago del subarriendo, o el pago de la totalidad de la renta? Ante esta cuestión Ulpiano afirma categóricamente que los objetos introducidos en la vivienda por el inquilino garantizan sólo el pago del subarriendo. Se justifica esta respuesta en la poca credibilidad de un acuerdo en el que se hubiera convenido esto. Este comentario ha llamado la atención a los romanistas: se ha indicado que esta observación si fuera de Ulpiano reflejaría una notable caída de nivel de dicho jurista (242). Este hecho, los diferentes aspectos gramaticales indicados anteriormente (243), así como la modificación del supuesto de hecho (subarriendo de parte de una *domus* en el caso anterior, subarriendo de un *cenaculum* de una *insula* ahora) me inducen a pensar que el pasaje no es auténtico en este punto.

Igualmente llama la atención el que en esta parte del texto no se indique quién es el titular del derecho de prenda; se dice la cantidad por la que se responde, pero no ante quién. Sin embargo la parte final del pasaje (*videatur propra*) habla por primera vez de un derecho de garantía a favor del propietario de la casa. El texto fundamenta este derecho de prenda del propietario en un acuerdo tácito entre el propietario y el subarrendatario. La cuestión que esta afirmación plantea es clara: ¿esta *tacita conventio* es un hecho objetivamente aceptable o por el contrario se debe considerar una interpolación? La respuesta de los romanistas ha sido clara: es totalmente increíble una *tacita conventio* entre dos personas que no se encuentran relacionadas jurídicamente entre sí (244). Parece lógico pensar por lo tanto que esta parte final está probablemente, al igual que la anterior, también manipulada.

Con base en el análisis realizado creo que del texto es posible deducir lo siguiente: 1.—En su estado actual el pasaje está probablemente muy manipu-

(242) CHURRUCÁ, *Pignoración tácita*, 229.

(243) Ver lo indicado por BESELER, [n 230] 22.

(244) En este sentido CHURRUCÁ, *Pignoración tácita*, 230-231 n 133, donde establece la diferencia existente entre la *tacita conventio pignoris* de los arrendamientos urbanos y este supuesto.

lado y creo que es fruto, sobre todo desde *plane-infine* de un reelaborador postclásico; 2.—Faculta a un tercero al contrato de arrendamiento a cobrar la renta; 2.—Para que este tercero pueda efectuar dicho cobro, si bien no se dice nada expresamente en el texto, a mi entender era preciso que se hubiera celebrado una cesión del crédito del subarrendador al *dominus*-arrendador y una delegación facultando el subarrendador al inquilino a pagar al *dominus*-arrendador; 4.—A esta cesión del crédito al tercero no era inherente la cesión del derecho de prenda tácita sobre los *invecta et illata* introducidos en la vivienda por el inquilino. Para que dicha titularidad se traspasara, creo necesario que se constituyera, entre propietario e inquilino-subarrendador por un lado y subarrendador por otro, un acuerdo expreso en virtud del cual los objetos introducidos en la vivienda por el inquilino subarrendatario garantizarán a ambos acreedores el cobro de la renta; 5.—Que la cantidad garantizada no era evidentemente la totalidad de la renta del primer arrendamiento existente entre el propietario y el arrendatario-subarrendador, sino sólo la renta que el inquilino subarrendatario debía abonar al inquilino-subarrendador; 6.—Que el inquilino subarrendatario podía emplear la *actio pigneraticia in personam* contra el arrendador para pedir la liberación de sus bienes.

§ 32.—DIG 20,2,3 (Ulp, Ed 73)

Si horreum fuit conductum vel devorsorium vel area, tacitam conventio-nem de invectis illatis etiam in his locum habere putat Neratius: quod verius est.

El texto procede del comentario de Ulpiano al Edicto (245) y en el Digesto está situado en el título segundo del libro 20 dedicado a los casos en que es posible constituir una prenda de forma tácita. Según la reconstrucción palenquénica de Lenel el pasaje originariamente estaba encuadrado en un apartado en el que Ulpiano se dedicaba a comentar los problemas derivados de la aplicación del interdicto Salviano, la acción Serviana y la *quasi-Serviana* (246), si bien en el libro 73, del que se han transmitido 24 fragmentos, se trataba también de los interdictos de *migrando* y fraudatorio.

El texto no presenta graves problemas de autenticidad. Probablemente se produjo una abreviación en el mismo, ya que a la referencia de Neracio debería seguir otra opinión contrapuesta (247) que no existe. Pero este hecho de la abreviación pienso que no es motivo suficiente para rechazar la autenticidad de su contenido.

(245) Sobre el problema planteado por este autor y la transmisión de esta obra ver lo indicado en el análisis de Ulpiano, Dig 20,1,21,pr (§ 11).

(246) LENEL, *Palingenesia* 2, 850-851; nrs 1627-1639. En este libro 73 se trataba también del interdicto de *migrando* (nr 1626) y del fraudatorio (nrs 1640-1649).

(247) SCHULLER, *Pignus tacitum*, 275-276 seguido por CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 201.

El pasaje llama la atención porque en el mismo se hace referencia a unos supuestos diferentes a los encontrados habitualmente en las fuentes (pignoración de los objetos introducidos en una vivienda). En este texto Ulpiano extiende, creo que analógicamente, la regulación aplicable en los supuestos de arrendamientos de viviendas a los de arrendamiento de un almacén (*horreum*), de un albergue (*devorsorium*) o de un solar (*area*).

Por lo que se refiere al arrendamiento de *horrea*, hay que comenzar recordando que el término *horreum* es confuso (248). A mí me interesa en la acepción de almacén público o privado en el cual se arriendan dependencias diversas a cambio de un precio (249). El arrendamiento de estos *horrea*, al igual que los arrendamientos de viviendas, parece que duraba un año (250) y se comenzaba a computar a partir de las calendas de julio o de enero (251). El arrendatario para asegurarse el arriendo durante el próximo año, debía abonar la renta por adelantado antes del comienzo del nuevo arrendamiento (252). En el supuesto de que no lo hiciera, tenía posibilidades de seguir en el almacén, siempre que no apareciera otro cliente dispuesto a pagar por adelantado (253). En el caso de que no se pagara la renta, el horrearario podía ejercitar su derecho sobre los *invecta et inlata* introducidos en el almacén. Esta posibilidad, que se recoge expresamente en dos fuentes epigráficas de los siglos I-II p.C.: CIL 6, 33747 y 6, 37795 (254), llama la atención en un contexto (arrendamiento de un almacén) en que la situación social de las partes, probablemente profesionales del comercio, parece que fue diferente a la de los sujetos contratantes en un supuesto de arrendamiento de viviendas. Este hecho permite afirmar, como ha hecho Churruca (255), que en su origen ambos casos de pignoración (arrendamientos urbanos-almacenaje) posiblemente fueron independientes. La cuestión que esta afirmación plantea es a mi entender clara: ¿por qué Neracio, según nos dice Ulpiano, aplicó la misma regulación? Una posible respuesta quizás pueda ser la siguiente: parece aceptarse que el

(248) Sobre las posibles acepciones del término ver nota 56.

(249) En CIL 6, 33860 = FIRA 3² nr 145 b = DESSAU, 5913 se habla de *horrea* privados en los que se arriendan diferentes instalaciones.

(250) Ver CIL 6, 33747 = FIRA 3², nr 145 a = DESSAU, 5914 (§ 21). Este período de un año se encuentra también en los arrendamientos de viviendas y en los arrendamientos de baños. Alf, Dig-PaulEpit 3 (Dig 19,2,30,1) y Lab, lavEpit 4 (Dig 19,2,58,2).

(251) Hablan de calendas de julio CIL 6, 33860 = FIRA 3², nr 145 b = DESSAU, 5913 y CIL 6, 37795 = FIRA 3², nr 145 c (§ 22), mientras que CIL 6, 33747 = FIRA 3², 145 a = DESSAU, 5914 (§ 21) habla de calendas de enero. Sin embargo MOMMSEN, [n 51] 372 reconstruyó esta fuente como *cal. iulias*.

(252) Por lo menos parece que ésta es la interpretación que se deduce de CIL 6, 33747 = FIRA 3², 145 a = DESSAU, 5914 (§ 21).

(253) *Qui non renuntiauerit, si volet retinere et cum horrearario aliter pro insequente anno non transegerit, quanti eius generis armarium eo anno ibi locari solebit, si modo alic locatum non erit. CIL 6, 33747 = FIRA 3², 145 a = DESSAU, 5914 (§ 21).*

(254) Son las que he analizado en los párrafos 21 y 22.

(255) CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 199.

horrearius (acreedor-pignoraticio) respondía por *custodia* ante el depositario (deudor pignoraticio) (256). Pues bien, para compensar al *horrearius* de esto, se le otorga una pignoración tácita de todos los objetos que el depositario lleve al almacén.

El segundo de los supuestos recogidos en Dig 20,2,3 es el arrendamiento de *diversoria*. El término *diversorium* o *deversorium* (257) es utilizado en la actividad hotelera romana para indicar un hotel o albergue en el que existe servicio de comida y bebida (258). Existentes tanto en el campo como en la ciudad (259), no gozaban de buena reputación (260). Las personas que los rentaban normalmente provenían de un estrato social bajo (261). Un fenómeno semejante se producía con la clientela, si bien en los establecimientos situados en ruta se recibía a comerciantes, socios, etc., personas todas ellas que no necesariamente gozaban de tan mala fama (262). Partiendo de estos presupuestos, no debe extrañar demasiado que en este pasaje de Ulpiano se diga que el arrendamiento de un albergue está sometido a la pignoración tácita. Las condiciones económico-sociales de las partes intervinientes en el contrato, parecen tan similares a las existentes en el arrendamiento de vivienda que se entiende la aplicación analógica del régimen de la pignoración tácita.

El último supuesto mencionado en Dig 20,2,3 es el arrendamiento de *areae*. El término, que puede tener diferentes acepciones (263), me interesa como lugar urbano, vacío y sin edificar, que se arrienda a cambio de una *merces* (264). Para garantizar el pago de la misma, tiene el arrendador un derecho de prenda de carácter tácito sobre los objetos que se hayan introducido en el solar. Confirma esta afirmación lo indicado por Ulpiano en Dig 20,4,6,2 (265). Pero ¿cuál pudo ser la causa de la aplicación del régimen de la pignoración tácita al arrendamiento de *areae*? Probablemente una interpretación extensiva de la jurisprudencia basada en la analogía de las situaciones (266).

(256) En este sentido se manifiesta al menos THOMAS, [n 66] 377 y ss y [n 64] 366-368 y WACKE, [n 59] 320.

(257) En las fuentes aparece mencionado de ambas formas: APUL, *Meta*, 5, 1, 3, habla de *diversorium*, mientras que en Dig 20,2,3; Dig 7,1,13,8; APUL, *Meta*, 8,29,6, se habla de *deversorium*. (258) T. KLEBERG, *Hôtels, restaurants et cabarets dans l'antiquité romaine* (Uppsala 1957) 27 lo clasifica junto con las *cauponiae*, los *hospitia* y los *stabula* como clases diferentes de establecimientos hoteleros.

(259) KLEBERG, [n 258] 6.

(260) En (Ulp, Sab 8) Dig 7,1,13,8 se recoge un supuesto en el cual se le impide al usufructuario convertir la casa en *diversorium* por considerarlo como un local de mala fama.

(261) KLEBERG, [n 258] 74-97 indica como son libertos, personas de procedencia griega, esclavos, etc., los que se ocupan normalmente de esta actividad.

(262) Por ejemplo Ulp, Ed 31 (Dig 17,2,52,15) recoge un supuesto en el que un socio sale de viaje para comprar mercancías pernoctando en un local de este tipo.

(263) Sobre los posibles significados del término ver TLL 2, 496-499; HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 40 y *VIR* 1, 493-494.

(264) Jav, PostLab 9 (Dig 19,2,57) y Ulp, Ed 73 (Dig 20, 4,6,2) recogen supuestos de este tipo.

(265) Este texto se analizará a continuación (§ 33).

(266) CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 200.

Con base en este análisis pienso que del texto es posible deducir entre otras conclusiones las siguientes: 1.—Si bien desde el punto de vista formal se puede aceptar que el texto ha podido ser abreviado, desde el punto de vista del contenido se debe aceptar como auténtico; 2.—Si bien no se manifiesta expresamente en el texto, el contenido del mismo según mi interpretación supone la extensión analógica del régimen de la pignoración tácita a tres supuestos no previstos inicialmente: el de almacenes (*horrea*), el de albergues (*devorso-ria*) y el de los solares (*areae*).

§ 33.—DIG 20,4,6,2 (Ulp, Ed 73)

Tantundem dicetur, et si merces horreorum vel areae vel vecturae iumentorum debetur: nam et hic [potentior] <potior> erit.

El texto procede del comentario al edicto de Ulpiano (267). En el Digesto está situado en el título cuarto del libro 20, dedicado a establecer quiénes son los acreedores preferentes en los supuestos de pluralidad de gravámenes sobre un mismo objeto. Según la reconstrucción pelingénica de Lenel (268), el pasaje originariamente estaba situado en un contexto en el que el tema central no era el de la pluralidad de prendas sobre un mismo objeto, sino que se trataba de comentar en general todos los problemas derivados de la aplicación del interdicto Salviano, la *actio Serviana* y la *quasi-Serviana*.

Pienso que no se puede entender el pasaje sin tener en cuenta los párrafos que le preceden. En Dig 20, 4,6,pr-1 (268) se establece el crédito privilegiado del acreedor que presta dinero para salvar las mercancías pignoradas o pagar su transporte. En este párrafo segundo Ulpiano establece igualmente la preferencia del acreedor al que se le debe la renta del almacén, del solar o del transporte. Desde un punto de vista formal, creo que el pasaje puede estar abreviado, ya que en su redacción actual parece un tanto oscuro.

A mi entender el supuesto de hecho al que hace referencia es el siguiente: las mercancías que se introducen en un almacén, en un solar o se transportan mediante animales, están pignoradas a favor del acreedor. A continuación una persona presta al deudor para que pague la renta del almacén, del solar o el precio del transporte. Según Ulpiano este segundo acreedor, que ha prestado al deudor para que pague las rentas o el precio del transporte, es preferente al primer acreedor en el tiempo a favor de quien estaban pignoradas las mercancías llevadas al almacén, al solar o transportadas mediante animales.

(267) Sobre la problemática planteada por el comentario de Ulpiano al edicto, ver lo indicado en el análisis de Dig 20,1,21,pr (§ 11).

(268) LENEL, *Palingenesia* 2, 850-851; nrs 1627-1639. Sobre el número de fragmentos transcritos de este libro 73, así como su contenido ver el análisis de Dig 20,2,6 (§ 30).

(269) Ver el análisis de este texto en el capítulo dedicado a la pignoración de mercancías en el préstamo marítimo (§ 64).

¿Por qué esta preferencia? La respuesta se puede deducir de un texto de Ulpiano Dig 20,4,5 (270) que aplica la misma regla: el segundo siempre será preferente al anterior cuando se invierte lo que el segundo dio para conservar la cosa misma. Hay que tener en cuenta que al pagar al arrendador del almacén, del solar, o del transporte, el segundo acreedor está impidiendo que se proceda a ejecutar esas mercancías que tácitamente garantizan el pago de la renta, y con ello está permitiendo la conservación de la cosa pignorada. Este texto por lo tanto, pone de manifiesto cómo no siempre se va a seguir el criterio tradicional que regula la pluralidad de hipotecas sobre un mismo objeto (*prior tempore potior iure*), sino que en algunos casos se va a otorgar una preferencia o privilegio al acreedor posterior frente al primer acreedor en el tiempo.

Con base a este análisis, pienso que de este texto de Ulpiano es posible establecer las siguientes conclusiones: 1.—En un supuesto de préstamo de dinero para pagar la renta de un almacén, de un solar, o el precio del transporte, el acreedor posterior será preferente a los acreedores pignoraticios anteriores a él; 2.—Esta preferencia se fundamenta según mi interpretación en la consideración de la necesidad de dicho préstamo para conservar las mercancías, ya que si no se hubiera pagado el precio del arrendamiento o del transporte, las mismas probablemente hubieran sido vendidas en virtud del derecho de prenda tácito que el arrendador del almacén o del solar tenía a su favor.

§ 34.—DIG 43,32,1 (Ulp, Ed 73)

Praetor ait: Si is homo, quo de agitur, non est ex his rebus, de quibus inter te et [actorem] <illum> convenit, ut, quae in eam habitationem qua de agitur introducta importata ibi nata factave essent, ea pignori tibi pro mercede eius habitationis essent, sive ex his rebus est et ea merces tibi soluta eove nomine satisfactum est aut per te stat, quo minus solvatur; ita, quo minus ei, qui eum pignoris nomine induxit, inde abducere liceat, vim fieri veto. (1) Hoc interdictum proponitur inquilino, qui soluta pensione vult migrare: nam colono non competit. (2) Cui rei etiam extra ordinem subveniri potest: ergo infrequens est hoc interdictum. (3) Si tamen gratuitam quis habitationem habeat, hoc interdictum utile ei competit. (4) Si pensio nondum debeatur, ait Labeo interdictum hoc cessare, nisi paratus sit eam pensionem solvere. Proinde si semestrem solvit, sexmensis debeatur, inutiliter interdicet, nisi solverit et sequentis sexmensis, ita tamen, si conventio specialis facta est in conductione domus, ut non liceat ante finitum annum vel certum tempus migrare. Idem est et si

(270) Ver el análisis de este texto en el capítulo dedicado a la pignoración de mercancías en el préstamo marítimo (§ 65).

quis in plures annos conduxerit et nondum praeterierit tempus. Nam cum in universam conductionem pignora sunt obligata, consequens erit dicere interdictio locum non fore, nisi liberata fuerint. (5) Illud notandum est praetorem hic non exegisse, ut ni bonis fuerit conductoris, nec ut esset pignori res illata, sed si pignoris nomine inducta sit. Proinde et si aliena sint et si talia, quae pignoris nomine teneri non potuerint, pignoris tamen nomine introducta sint, interdictio [hoc] <huic> locus erit: quod si nec pignoris nomine inducta sint, nec retineri poterunt a locatore. (6) Hoc interdictum perpetuum est et in successores et successoribus dabitur.

El texto procede del comentario al Edicto realizado por Ulpiano (271). En el Digesto está situado en el libro 43, en concreto en el título 32 dedicado al interdicto de *migrando*. Según se desprende de la reconstrucción palinográfica de Lenel, de los 24 fragmentos transmitidos del libro 73, éste era el único dedicado a comentar los problemas planteados por la aplicación del interdicto; el resto se dedicaban al interdicto fraudatorio, a la *actio Serviana*, *quasi Serviana* y al interdicto Salviano (272).

El pasaje a analizar tiene seis párrafos diferentes. Tras exponer al principio el texto literal del interdicto que contiene las condiciones bajo las que el pretor lo concedía, se dedica el jurista en los párrafos siguientes a comentar dicho interdicto. Por ser el pasaje especialmente amplio, voy a realizar el comentario párrafo por párrafo manifestándome en cada caso sobre los posibles problemas de autenticidad.

El principio del pasaje, siguiendo la práctica habitual en este libro 43 del Digesto dedicado a los interdictos, comienza exponiendo el texto literal que contiene las condiciones del interdicto tal como habían sido recogidas por el jurista clásico. Se indica en primer lugar la posibilidad por parte del inquilino de sacar de la vivienda las cosas que el arrendador retiene, siempre que se trate de cosas introducidas, llevadas, nacidas o hechas allí que se convino que darán en prenda entre el inquilino y el arrendador, cuando se haya abonado el alquiler, o se haya dado garantía del mismo o cuando el acreedor no acepte el pago. También siempre que el arrendador retenga cosas que no han sido introducidas bajo el convenio de prenda, puede utilizarse el interdicto para libe-
rarlas.

(271) Sobre la problemática planteada por la transmisión de esta obra ver lo indicado en el análisis de Dig. 20,1,21,pr (§ 11).

(272) LENEL, *Palinographia* 2, 849-859; nrs 1626-1649. En concreto se habla del interdicto de *migrando* (nr 1626); del Salviano, acción Serviana y *quasi Serviana* (nrs 1627-1639) y del fraudatorio (nrs 1640-1649).

En esta primera parte del texto se ha indicado la posible interpolación del término *actorem* (y su posible sustitución por *illum* (273) o por *conductorem* (274), así como la omisión de *qui eum pignoris nomine induxit* (275). Kreller (276) introduce *eum* entre *inde* y *abducere*. Como se ve todas estas posibles modificaciones son pequeñas matizaciones que no hacen variar sustancialmente el contenido del texto, el cual, a mi entender, se debe considerar sustancialmente auténtico. No obstante, el estado actual del pasaje ha permitido que algún romanista mantenga la existencia de dos interdictos diferentes: uno que se daba para las cosas no comprendidas dentro de la garantía y el otro para las cosas pignoradas (277). Sin embargo esta postura ha sido rebatida en la actualidad. Hoy en día los romanistas no ponen en duda que el interdicto se podía solicitar en dos supuestos diferentes: 1.—Cuando se hubieran retenido objetos no pignorados en garantía de la renta (278); 2.—Cuando el arrendador hubiera retenido cosas pignoradas. Por lo que se refiere a las primeras, según el texto parece que lo habitual es el acuerdo entre las partes para que las cosas *introducata, importata, ibi nata, factave* quedaran pignoradas. Hay que poner de manifiesto el hecho de que la formulación del objeto del *pignus* es muy similar a la establecida para la pignoración de arrendamientos rústicos (279), teniendo en cuenta que la misma abarca tanto a las cosas introducidas como a las allí nacidas o hechas, siempre que las partes así lo convengan. Esta formulación en cuanto que habla de un acuerdo, parece chocar con lo establecido en otras fuentes referentes a arrendamientos urbanos en las que se habla de una pignoración tácita (280). Sin embargo pienso que ello tiene su lógica: en el momento del nacimiento de la institución y para la aplicación del interdicto se debió exigir una pignoración expresa

(273) LENEL, *EP*³, 490 y *Palingenesia* 2, 849 seguido por FREZZA, *Garanzie* 2, 166 y U. BRASIELLO, *Satisfacito, Preliminari e diritto classico*, *StSenesi* 52 = 27 (1938) 79.

(274) Lo considera así BERGER, *Interdictum*, 1644. Para este autor posiblemente estamos ante un error del copista que en lugar de emplear el término *conductorem* habló de *actorem*. Le sigue KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 314.

(275) BERGER, *Interdictum*, 1645 y LENEL, *EP*³, 490 n 11 mantienen que esta frase se introduce con posterioridad.

(276) KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 314 n 32.

(277) En este sentido ASCOLI, *Origini*, 129.

(278) BERGER, *Interdictum*, 1645; KASER, *Studien* 3, 13 = *Studien*, 139. FRIER, *Lords and tenants*, 106.

(279) Dig 20,1,32: *Debitor pactus est ut quaecumque in praedia pignori data inducta invecta importata ibi nata paratave pignori essent*; Dig 20,4,1,1,2: *Si colonus convenit, ut inducta in fundum illata ibi nata pignori essent...*; Dig 20,6,14: *Cum colono tibi convenit, ut invecta importata pignori essent*. Como es posible apreciar, se trata en todos los casos de un acuerdo expreso entre el arrendador y el colono el que da lugar a la pignoración de las cosas introducidas, importadas, nacidas en el fundo. Respecto a todos estos textos ver el análisis de los mismos en el capítulo referente a los arrendamientos rústicos.

(280) Así en Nerat, *Membr* 1 (Dig 20,2,4); Paul, *OffPraefVig* (Dig 20,2,9) y Paul, *Ed* 3 (Dig 2,14,4.pr).

(281). Cuando este tipo de arrendamiento se generalizó, los inquilinos se vieron en la necesidad de aceptar sin mayor resistencia una pignoración tácita (282).

Pero podía ocurrir que la retención realizada por el arrendador fuera o hubiera devenido ilegítima cuando se dieran algunas de las siguientes circunstancias: 1.—Que el inquilino hubiera abonado la renta; 2.—Que aunque no la hubiera abonado hubiera dado una satisfacción (283) y 3.—Que el pago no se hubiera producido por mora del acreedor. En todos estos casos (pago, satisfacción, mora del acreedor y en aquellos en que el acreedor retuviera un objeto que no se había introducido en el fondo a título de prenda) el inquilino arrendatario podía dirigirse al pretor y pedir mediante el interdicto de migrando la liberación de los objetos retenidos por el arrendador.

Esta primera parte del pasaje finaliza con las palabras *vim fieri veto*, expresión propia de los interdictos prohibitorios (284) y que permite calificar al interdicto de *migrando* como tal (285).

El párrafo primero: *Hoc interdictum-competit* parece claro en su dicción. En el mismo Ulpiano indica quién es el sujeto legitimado para pedir la concesión del interdicto: sólo el *inquilinus*, no el *colonus*. En un principio esta matización puede parecer supérflua, no propia de Ulpiano, y por lo tanto plantear problemas sobre su autenticidad (286). Es claro que el colono es el arrendatario de un fundo rústico, y en ningún momento confundible con el inquilino del fundo urbano. Ahora bien, el hecho de que la formulación recogida en el edicto sea muy similar a la establecida en los supuestos de arrendamientos rústicos (287) quizás pudo hacer aconsejable introducir esta afirmación. También se puede pensar que la misma tal vez fue debida a que en el

(281) En este sentido se pronuncia también FRIER, *Landlords and tenants*, 107.

(282) En este sentido ver CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 196-197 y B. W. FRIER, *Law, technology and social change: the equipping of Italian Farm tenancies*, ZSS 96 (1979) 220. Hay que tener en cuenta que este interdicto al pertenecer a la categoría de los prohibitorios, pudo haber surgido ya a finales del siglo III a.C. y permanecer en vigor hasta la época de Ulpiano, por lo que no sería extraño que en un período de tiempo tan amplio, las condiciones de concesión del interdicto variaran. Sobre el origen y la evolución de los interdictos en general ver CAPOGROSSI-COLOGNESI, *Interdetti*, ED 21, 918-922.

(283) Sobre la posible acepción del término *satisfactio* ver lo indicado en el análisis de Dig 20,6,14 texto expuesto en el capítulo dedicado a la pignoración *de invecita et illata* en arrendamientos rústicos (§ 2).

(284) En este sentido CAPOGROSSI-COLOGNESI, [n. 282] 905.

(285) En este sentido se manifiestan BERGER, *Interdictum*, 1644; A. OSTERGREN, *Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters und Verpächter nach römischem Recht* (Leipzig 1905) 98; KASER, *In bonis esse*, 216; KASER, *Studien* 3, 12 = *Studien*, 138; FREZZA, *Garanzie* 2, 310.

(286) En este sentido ver FREZZA, *Garanzie* 2, 301 y KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 315.

(287) Ver lo indicado en la nota 279 de este mismo capítulo.

texto del interdicto figuró un término ambiguo (*conductor*) que podía abarcar tanto a supuestos rústicos como urbanos.

El párrafo segundo: *cui rei-interdictum* hace referencia a la aplicación o no del interdicto en época de Ulpiano. El párrafo, que a mi entender es auténtico (288), se limita a poner de manifiesto cómo en época de Ulpiano el interdicto había llegado a ser bastante infrecuente. Al parecer en esa época, las partes implicadas en una controversia de este tipo preferían acudir al procedimiento extraordinario, siendo el *praefectus vigilum* el funcionario encargado de solucionar dichas controversias (289).

El párrafo tercero: *si tamen-ei competet* viene a completar lo establecido en el párrafo primero sobre el sujeto activo del interdicto. Salvo el término *competet* no se ha discutido la autenticidad del pasaje (290), y en el mismo se indica que en el supuesto de uso gratuito de una *habitatio*, donde por lo tanto no existe relación de arrendamiento urbano que vincule al propietario y al ocupante de la vivienda, el propietario no tiene ningún tipo de derecho de garantía sobre los *invecta et illata* que se introduzcan en la vivienda (291), y por lo tanto no se puede efectuar ninguna retención sobre los mismos. Si esto ocurriera, el pretor concede a la persona que ocupa gratuitamente la vivienda el interdicto en calidad de útil. Esto es lógico, ya que al no ser esta persona un arrendatario no está legitimada según el texto del interdicto, y por lo tanto es necesario adaptar el interdicto a la nueva situación concediéndolo en calidad de *utilis* (292).

El cuarto párrafo (*si pensio-liberata fuerint*) es un párrafo más amplio que los analizados hasta ahora. Aquí Ulpiano matiza la acepción de lo que para él se debe considerar como pago de la renta. Indica por boca de Labeón (293) cómo cesa la aplicación del interdicto cuando no se paga la renta, exponiendo casuísticamente los posibles supuestos: 1.—Pago de un semestre ya transcurrido pero no del siguiente que empieza; 2.—Cuando se haya acordado entre las partes que el contrato abarque un período de tiempo determinado: uno, varios, etc., y aún no haya transcurrido dicho plazo. En última instancia se puntualiza que es necesario abonar toda la renta y que los pagos parciales no permiten ejercer esta medida procesal.

(288) Se muestra contrario a esta opinión H. NIEDERMEYER, *Ausgewählte Introduktionen zu Ulpian und zur Rechtslehre von der vis*, SiRiccobono 1, 216-217.

(289) En este sentido se pronuncian, FRIER, *Landlords and tenants*, 132; KASER, *Studien* 3, 12 n 39 = *Studien* 138 n 39; MUSCA, [158] 309.

(290) KRÜGER considera que esta palabra es de carácter Justiniano (Dig) 753 n 20, mientras que KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 315, sustituye *competet* por *reddetur*.

(291) Esta misma idea se manifiesta en Dig 20,2,5 (§ 36) texto que difiere en el supuesto de hecho como hemos indicado ya de este párrafo de Ulpiano.

(292) Igualmente se habla de un interdicto útil en Ulp, Ed 68 (Dig 43,12,1,12) y Ulp, Ed 68 (Dig 43,14,1,8,9); CJ 8,1,1 (Alex).

(293) Sobre Labeón ver el análisis de Dig 20,6,14 en el capítulo anterior (§ 2).

En esta parte del texto se han indicado como posibles interpolaciones: *Sexmenstris debeatur* (294), *ita-migrare* (295) y *nam cum-infine* (296).

La afirmación de Labeón es interesante en cuanto que pone de manifiesto la vigencia de este interdicto en su época (comienzos del siglo I p.C.), al margen de comentar el requisito del pago establecido en el mismo. En el pasaje se dice que, si aún se debe la renta, el interdicto cesa. A mi entender esta frase quiere decir que el interdicto no puede interponerse con éxito si previamente el inquilino no paga la renta. En el momento que lo intente, lógicamente el pretor desestimará la *postulatio interdicti*, a no ser que esté dispuesto a pagar.

Y confirma esta interpretación el ejemplo que relata Labeón: en un supuesto de arrendamiento urbano de un año de duración en el cual la *pensio* se debe pagar por semestres, se promueve inútilmente el interdicto, a no ser que se abone el segundo semestre. En este sentido el texto es muy claro, pues habla de una *inutiliter interdicet*, lo cual evidentemente da a entender la denegación del mismo caso de que se solicite. Pero al margen de esta cuestión, esta parte del texto es interesante ya que en la misma se habla de la necesidad de pagar el segundo semestre aún en el supuesto de que el mismo no haya transcurrido. Esta postura perjudicial para el arrendatario se ha justificado en base a la práctica existente en la época de realizar contratos de arrendamiento por un tiempo determinado sin posible derecho de rescisión para el inquilino (297). En el supuesto de que el arrendamiento no haya sido de un año, sino de varios, el inquilino, en aplicación de lo establecido, debe también abonar la renta del tiempo que queda por transcurrir. Por último, de este texto se deduce que lo que se garantiza con los *invecta et illata* es la *pensio* o renta. Esta afirmación no es en absoluto controvertida y viene recogida en numerosos textos (298).

(294) KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 315 n 37 seguido por A. WACKE, *Ungeteilte Pfandhaftung*, Index 3 (1972) 459, 494 n 44 considera estas palabras como una glosa aclaratoria por el hecho de que existe una contradicción entre el comienzo de la primera frase *nondum debeatur* y el nuevo *debeatur* de la renta. En todo caso se está ante un problema de forma que en ningún modo afecta a lo sustancial del texto.

(295) L. MITTEIS, *Textkritische Miscellen*, ZSS 22 (1901) 138-139; PERNICE, *Parerga*, ZSS 19 (1898) 92 n 3; KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 135 y WACKE, [n 294] 460 justifican esta interpolación con base en CJ 4,65,34 constitución de la época de Zenón, en la cual se establece la posibilidad de que el arrendatario o el arrendador rescindan el contrato dentro del primer año. Si ello no había sido posible antes de la época de este emperador, quiere decir que la regla general era la no rescisión, luego no se entiende que se hable de un convenio especial como vehículo posible a utilizar por las partes para que no se rescinda el contrato. También es de esta opinión FRIER, *Landlords and tenants*, 116 n 142.

(296) BESELER, *Beiträge* 3, 63.

(297) En este sentido se pronuncia WACKE, [n 294] 460.

(298) Por ejemplo Marc. AdFormHypoth (Dig 20,2,2); Paul, OffPraefVig (Dig 20,2,9); Plaut 5 (Dig 20,4,13); Paul, Sab 42 (Dig 39,2,34); Ulp, Ed 73 (Dig 43,32,1.pr); Ulp, Ed 28 (Dig 13,7,11.5). Igualmente en las *leges horreorum*, CIL 6, 33747 = FIRA 3², 145 a = DESSAU, 5914 (§ 21); CIL 6, 37795 = FIRA 3², 145 c (§ 22), se establecía esta afirmación.

Sin lugar a dudas, uno de los párrafos más debatidos en este texto es el siguiente: *illud notandum-a locatore*. El texto muestra indicios claros de reelaboración (299), lo que plantea algunos problemas de comprensión. En el mismo Ulpiano indica los requisitos que en su opinión se exigían por el pretor para otorgar el interdicto. Y los matiza el jurista clásico de una doble manera: a) negativa, en cuanto que no es necesario: 1.—que las cosas estén *in bonis* del arrendatario; 2.—que se hubiera constituido en auténtico derecho de prenda sobre la cosa; b) positiva en cuanto que es requisito imprescindible que las cosas se hayan introducido en concepto de prenda. Según esta afirmación de Ulpiano, el pretor exige únicamente el que la cosa haya sido introducida *pignoris nomine*. El problema surge al intentar diferenciarlo del otro requisito no exigido a juicio de Ulpiano por el pretor: *nec ut esset pignori res illata*. Esta dificultad ha ocasionado el que algún sector doctrinal haya abogado por la supresión de *ut in bonis fuerit conductoris nec* y de *sed si pignoris nomine inducta sint* (300). Otro sector sin embargo considera interpolado sólo *sed si pignoris nomine inducta sit* (301). Para mí sin embargo el texto no es tan confuso si el mismo es interpretado de la siguiente manera: Ulpiano está comparando los requisitos necesarios para la concesión de la acción Serviana (302) con los exigidos para la concesión del interdicto. Por ello indita que aquí, es decir, en el interdicto no se exigía: a) que las cosas hubieran estado *in bonis* (303) del deudor en el momento de constituirse la prenda, requisito que como

(299) BERGER, *Interdictum*, 1645 y KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 316-317 ponen de manifiesto la incoherencia de las formas verbales de la primera parte.

(300) KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 316 n 43 siguiendo a BERGER, *Interdictum*, 1645 aunque no se muestra de acuerdo con él en que se pueda diferenciar entre *res pignori illata* y *pignoris nomine inducta*.

(301) CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 208 n 67 considera que la frase es obra de un reelaborador.

(302) KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 317 no admite la posible comparación con la acción Serviana en cuanto que no es el pretor el que determina las condiciones de la condena. Esta afirmación de Kreller puede ser cierta en la acción, ya que es el *iudex* el que se encarga de ello, pero en el interdicto es el pretor el que va a poner fin a la situación de hecho, por lo tanto será él el que juzgue si se dan o no los requisitos necesarios para conceder el interdicto.

(303) El significado de esta locución ha sido debatido, pero la opinión que parece haber prevalecido es la de KASER, *In bonis esse*, 208-209 para quien esta locución significa propiedad pretoria. Posteriormente tanto este autor, en un artículo aparecido en el homenaje al Prof. Van Warmelo, *Nochmals zu bonis habere, Huldigungsbandel Paul van Warmelo* (Pretoria 1984) 144-163, como Ankum, en su comunicación del *XXV Rechtshistorikertag*, tenida lugar en Graz en setiembre de 1984, han puesto de manifiesto cómo la locución puede tener también el significado de propiedad civil, opción que comparto ya que como se va a ver en el análisis de Dig 20, 1,34,2 (Seav, Dig 27) (§ 70) dicha interpretación aparece como factible. Ver también los recientes artículos de: J. A. ANKUM, *Le droit romain classique a-t-il connu un droit de propriété bonitaire relatif*, Saturo Roberto Feenstra (Freiburg (Schweiz) 1985) 125-139; IDEM, *Le droit romain classique a-t-il connu un droit de pignus relatif?*, Tijds 53 (1985) 275-290 y E. POOL, *Latijnische Syntax und juristische Begriffsbildung: in bonis alicuius esse und bonitarisches Eigentum in klassischen römischen Recht*, ZSS 102 (1985) 470-481. Este último romanista anuncia para el año 1988 una monografía sobre el tema: *Die Entwicklung der Begriffe «in bonis alicuius esse / in bonis habere» und «duplex dominium» in den römischen Rechtsquellen*.

se sabe era exigido en la *actio Serviana* (304); b) que se hubiera constituido un auténtico derecho de prenda sobre la cosa. Para otorgar el interdicto se exigía únicamente la introducción a título de prenda (*pignoris nomine inducta sit*), sin ser relevante, por ejemplo si esa cosa era propia o ajena. El mero hecho de haber sido introducida a título de prenda por el inquilino era suficiente para otorgar el interdicto (305).

Pero al margen de este problema, el párrafo 5 en su parte final plantea otra cuestión: ¿Qué ocurre cuando son cosas ajenas o que no pueden ser pignoras las que han sido introducidas a título de prenda? El texto dice *interdicto [hoc] <huic> locus erit*. Y a continuación indica que si no han sido introducidas en concepto de prenda, no podrán ser retenidas por el arrendador. ¿Cómo se deben entender ambas frases? Según la primera parte siempre que se hayan introducido cosas en concepto de prenda, aún cuando no sea pignoras, el interdicto tenía lugar. ¿Qué quiere decir esto? ¿Qué, por considerar a las cosas como no pignoras quedan excluidas de la posible retención del arrendador y que por lo tanto el arrendatario tiene derecho a que el pretor otorgue el interdicto sin más? (306). En contra de esta interpretación está el que a continuación en el texto se dice que: si no han sido introducidas tampoco pueden ser retenidas por el arrendador (*quod si-a locatore*). De donde se puede deducir en sentido contrario que aquellas cosas que han sido introducidas bajo tal concepto aún tratándose de cosas ajenas o no pignoras pueden ser retenidas. Y si esto es cierto, la frase de que este interdicto *locus erit* se puede interpretar de la siguiente manera: Ulpiano parte de la diferencia de requisitos entre la *actio Serviana* y el interdicto *de migrando*. Comenta que lo determinante es que una cosa haya sido introducida en concepto de prenda (*pignoris nomine inducta sit*). Siempre que se haya producido este hecho, el arrendador tiene derecho a retener la cosa. Y cuando dice Ulpiano que el interdicto se aplicaba, se puede entender que el inquilino debe abonar la renta al arrendador o dar satisfacción, o indicar que el pago no se ha podido realizar por mora del arrendador y luego intentar el interdicto, pero no lo contrario: intentar el interdicto sin satisfacer al arrendador (307).

(304) Sobre este requisito en la *actio Serviana* ver WUBBE, *Res aliena*, 266; KASER, *In bonis esse*, 197; KASER, *Studien* 1, 241-244 = *Studien*, 9-12; *Studien* 3, 13 = *Studien*, 139; *Studien*, 226, 256.

(305) Para KASER, *Studien* 3, 14 n 47 = *Studien*, 140 n 47, *pignoris nomine* significa sólo «Bewusstsein einer Pfandbestellung» (conocimiento de la constitución de la prenda) sin distinguir si el derecho de prenda se ha constituido verdaderamente o no.

(306) KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 319 ha considerado que las cosas ajenas y no pignoras no pueden ser objeto de retención, y por lo tanto de interdicto, ya que sólo están bajo la cláusula del interdicto de forma aparente. Le siguen: CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 208 y FRIER, *Landlords and tenants*, 112.

(307) KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 317 niega semejante posibilidad; para él no es necesaria la satisfacción del arrendador, ya que no existe ningún derecho de prenda sobre las cosas ajenas. Sin embargo, creo que con mucha certeza KASER, *In bonis esse*, 217 pone de manifiesto la dificultad de mantener semejante afirmación.

Esta interpretación, por lo tanto, me lleva a diferenciar dos tipos de objetos: a) los no pignorables y ajenos que no han sido introducidos a título de prenda y que por lo tanto no pueden ser retenidos como muy bien se indica en el *principium*; y b) los objetos no pignorables y los objetos ajenos, que pese a no poderse constituir sobre ellos un auténtico derecho de prenda, han sido introducidos por el inquilino a título de prenda. Pues bien, estos objetos sí pueden ser retenidos por el arrendador (308) hasta que el inquilino abone la renta o pague satisfacción. Sin embargo lógicamente los terceros ajenos propietarios de los objetos y que no han prestado su consentimiento a la introducción a título de prenda de los mismos en la vivienda deben tener a su disposición algún medio jurídico para obtener sus objetos. Los terceros ajenos deberían acudir en mi opinión al interdicto *utrubi* o a la *reivindicatio* (309), pero esta reivindicación ¿podía ser rechazada por el arrendador mediante la *exceptio doli* (310) o por el contrario debía ser el arrendador el que sufriera las consecuencias de que hubieran sido ajenas las cosas introducidas en la vivienda y por lo tanto debería ceder ante la *reivindicatio* del propietario? Para defender la primera postura, Wubbe ha alegado algo que si bien es cierto, se entiende que no es suficiente para justificar dicha solución: la naturaleza jurídica diferente del concepto de prenda de la acción *Serviana* al del interdicto. Esto, que pienso es totalmente aceptable, puede justificar a mi entender, el que el arrendador pueda retener los objetos ajenos para presionar al inquilino, pero parece excesivo que pueda rechazar la *reivindicatio* de éste con una *exceptio doli*. Se entiende con Kaser (311) que ello no es posible y que el derecho de propiedad del tercero debe prevalecer frente al derecho de retención del arrendador.

El último de los párrafos: *hoc interdictum dabitur* establece que el interdicto es perpetuo y que por lo tanto puede ser ejercitado tanto por el arrendatario como por sus sucesores contra el arrendador o sus sucesores. Es decir, que tanto la legitimación activa como pasiva se transmite a los herederos (312).

Con base en este análisis y debido a la interpretación que he mantenido, creo que del pasaje es posible deducir lo siguiente: 1.—Pese a algunos indicios de reelaboración que se aprecian, sobre todo, en el principio y en el párrafo quinto, el contenido del texto se puede aceptar como válido; 2.—Pone de manifiesto que el interdicto se utilizaba en época de Labeón (comienzos del si-

(308) En este sentido también se pronuncia KASER, *Studien* 3, 14 = *Studien*, 140.

(309) En este sentido se manifiesta FREZZA, *Garanzie* 2, 310 y KASER, *Studien* 3, 14 = *Studien*, 140, quien también habla de la *reivindicatio*.

(310) Esta es la postura de WUBBE, *Res aliena*, 285-286. Sin embargo, KASER, *In bonis esse*, 217-218 la rechaza.

(311) KASER, *In bonis esse*, 217-218.

(312) FRIER, *Landlords and tenants*, 106 n 117 indica que Dig 43.32.1.6 presupone la existencia de un arrendamiento válido.

glo I p.C.) y prácticamente era inaplicable en época de Ulpiano. Por otra parte, el hecho de que se contuviera en el Edicto del pretor, confirma la idea anteriormente expuesta, según la cual ya se empleaba en el siglo I p.C.; 3.—Establece la posibilidad de utilizar el interdicto: a) para pedir la liberación de cosas que las partes no habían acordado fueran introducidas en la vivienda a título de prenda; b) para pedir la liberación de las cosas que habían sido introducidas a título de prenda siempre que el inquilino pagara el alquiler, diera satisfacción o hubiera intentado pagar y el acreedor no hubiera querido aceptar el pago; 4.—Es el único texto que haciendo referencia a la pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de una vivienda menciona a los *ibi nata factave essent*; 5.—En el supuesto de que el acreedor ejercite la *perclusio* sobre objetos ajenos o no pignorables, según mi interpretación, hay que distinguir si esos objetos habían sido introducidos a título de prenda o no. Si habían sido introducidos, aunque no fueran pignorables o fueran ajenos, el acreedor podrá retenerlos hasta que el inquilino efectuara el pago o diera satisfacción. Sin embargo, el tercero propietario podía emplear la *revindicatio* o el interdicto *utrubi* frente al acreedor; 6.—En el supuesto de que se utilice la vivienda gratuitamente, la concesión del interdicto al que utiliza la vivienda frente al acreedor, se realiza con carácter de útil; 7.—Caso de que el arrendamiento se haya pactado por un período de tiempo determinado (uno o varios años) es preciso abonar el alquiler tanto vencido como futuro; 8.—Es posible transmitir la legitimación tanto activa como pasiva a los herederos.

§ 35.—DIG 20,2,2 (Marc, FormHypoth)

Pomponius libro quadragesimo variarum lectionum scribit: non solum pro pensionibus, sed et si deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus, quo nomine ex locato cum eo erit actio, invecta et illata pignori erunt obligata.

El texto procede de Marciano, jurista que desarrolló su actividad literaria a finales del siglo II, comienzos del siglo III p.C. (313).

El fragmento procede de su obra *Libri singulari ad formulam hypothecariam*, que es uno de los tres *libri singulares* dedicado a la *formula hypothecaria* (314). Escrito sin lugar a dudas por Marciano (315), plantea el problema esencial de su autenticidad. Según Schulz (316) probablemente fue reelaborado en la época posclásica, siendo en este momento cuando se introdujo la palabra *hypotheca*, tanto en el título como en el texto. Ermann sin embar-

(313) Escribió durante el reinado de los emperadores Caracalla (198-217), Heliogábalo (218-222) y Alejandro Severo (222-235) Probablemente ocupó un puesto en la Cancillería imperial. Sobre este jurista ver: KUNKEL, *Herkunff*², 258; KRÜGER, *Geschichte*², 251; SCHULZ, *GRR*, 127 n 3; GUARINO, *Storia*², 487; FREZZA, *Storia*², 502; WENGER, *Quellen*, 521.

(314) Los otros dos son de Gayo y de Paulo.

(315) SCHULZ, *GRR*, 251.

(316) SCHULZ, *GRR*, 251. Es de la misma opinión WIEACKER, *Textstufen*, 168.

go, creo que acertadamente, ha puesto de manifiesto que el empleo del término *hypotheca* en este caso no debió resultar extraño al jurista romano (317).

En el Digesto el pasaje está situado en el título segundo del libro 20, dedicado a los supuestos en que la prenda o hipoteca se puede contraer de forma tácita. La reconstrucción palingénésica realizada por Lenel pone de manifiesto cómo este texto, junto con Dig 20,2,5 trataba de la pignoración tácita (318). Sin embargo, los veinticinco fragmentos que se nos han transmitido de esta obra permiten suponer que a lo largo de la misma se comentaban diferentes temas relacionados tanto con la *formula hypothecaria* como con la prenda en general (venta, rango preferencial) (319).

En el texto Marciano se limita a exponer la opinión de Pomponio, expresada a través del libro 40 de su obra *Variae Lectiones* (320), reflejando de esta manera el estado de la jurisprudencia hacia la mitad del siglo II p.C. Según dicha opinión, los objetos introducidos en la vivienda no garantizan sólo el pago del precio del arrendamiento, sino también la obligación de indemnizar los deterioros que ocasione el inquilino cuando actúe con culpa. Para exigir dicha indemnización, según el texto, hay que emplear la *actio locati*.

Frier (321) cree que del estado actual del pasaje no se deducen sospechas serias de manipulación. Comienza el mismo indicando que según Pomponio en un supuesto de arrendamiento, el inquilino debía responder además del pago de la renta, del pago de los deterioros causados en la vivienda siempre que los mismos se hubieran producido por culpa del inquilino. A juicio de Frier (322), esta responsabilidad del inquilino surge sin ningún tipo de cláusula específica en el contrato de arrendamiento, y se da siempre que los daños en la vivienda procedan de actuaciones directas y culposas del inquilino. Estas conclusiones las deduce el estudioso norteamericano del análisis tanto del presente texto como de Dig 19,2,11,2 (323), pasaje en el que Ulpiano establece la necesidad de que el arrendatario cuide la casa impidiendo el deterioro de la misma, deterioro que pudiera surgir o bien de su propia actuación, o bien de la de un tercero.

(317) ERMANN, *Pignus-hypothecae*, 412.

(318) LENEL, *Palingenesia* 1, 649; nrs 30-32.

(319) LENEL, *Palingenesia* 1, 644-652; nrs 17-41 («S.p. convenisse ut ea res pignori hypothecaeve esset propter pecuniam debitam, nrs 17-22; «eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse», nrs 23-26; «eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse», nr 27; *Ad clausulam arbitratiam et condemnationem*, nr 28. *Additamenta*, nr 29; «In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur», nrs 30-32; *Quae res obligari non possunt*, nrs 33-36; *qui potiores in pignore et*, nr 36 y *de districtione pignorum et hypothecarum*, nrs 37-41).

(320) Sobre la problemática planteada por esta obra ver el análisis de Dig 20,2,7.pr-1 en el capítulo anterior (§ 5).

(321) B. W. FRIER, *Tenant's liability for damage to landlord's property in Classical Roman Law*, ZSS 95 (1978) 233.

(322) FRIER, [n 321] 233-241.

(323) Ulp. Ed 32; *Item prospicere debet conductor, ne aliquo vel ius vel corpus deterius faciat vel fieri patiatur*.

En el supuesto de que dichos deterioros se produzcan, según la opinión de Pomponio, que parece aceptar Marciano sin ningún problema, el arrendador tendrá a su disposición la *actio locati* para dirigirse contra el inquilino y exigir mediante ella el pago de la indemnización por daños causados. Y esta afirmación no resulta extraña si se tiene en cuenta que entre las partes se había realizado un contrato de arrendamiento. La cuestión que ello plantea es clara: ¿Por qué no hace referencia Pomponio a la *actio Serviana* existente a favor del acreedor pignoraticio (en este caso el arrendador) si los *invecta et illata* garantizan tanto el pago de la renta como el de los deterioros causados de forma culposa por el inquilino? Quizás porque para Pomponio lo determinante era establecer si los objetos introducidos en la vivienda por el inquilino respondían o no de los deterioros. Probablemente no se hizo referencia alguna a la *actio hypothecaria* por resultar obvio que la misma podía ser utilizada por el arrendador, ya que si los objetos introducidos en la vivienda por el inquilino respondían por los deterioros, era lógico que se le proporcionara al acreedor pignoraticio los medios jurídicos adecuados para hacer efectivo ese derecho.

Con base en este análisis del pasaje de Marciano creo que del texto es posible deducir lo siguiente: 1.—En el mismo se hace referencia a una prenda tácita que recae sobre los *invecta et illata* del inquilino; 2.—El *locator* tiene la posibilidad de exigir dicha indemnización (al igual que la exigencia del pago del precio del arrendamiento) a través de la *actio locati*; 3.—Estos *invecta et illata* garantizan tanto el pago del arrendamiento como la indemnización por deterioros ocasionados por conducta culposa del inquilino; 4.—Aunque no se diga expresamente en el texto, según mi interpretación el acreedor pignoraticio (*locator*) debía tener posibilidad de utilizar la acción Serviana o retener los objetos del inquilino para exigir la indemnización de los deterioros.

§ 36.—DIG 20,2,5 (Marc, FormHypoth)

Pomponius libro tertio decimo variarum lectionum scribit, si gratuitam habitationem conductor mihi praestiterit, invecta a me domino insulae pignori non esse (1). Item: illud, inquit, videndum est voluntate domini induci pignus ita posse, ut in partem debiti sit obligatum.

El texto en el Digesto está situado en el libro 20, título segundo dedicado a los supuestos de prenda o hipoteca contraídos de forma tácita. Lenel en su reconstrucción palingenésica considera que, al igual que el texto anteriormente analizado, constituía dentro del libro dedicado a la fórmula hypothecaria, un apartado especial en el que mencionaban diferentes supuestos en los que era posible una pignoración tácita (324).

(324) LENEL, *Paltingenesia* 1, 649; nrs 30-32. Sobre los otros fragmentos transmitidos en esta obra ver los indicados en la nota 321.

El texto procede de Marciano, en concreto de su obra *ad formulam hypothecariam* (325). Comienza, al igual que Dig 20,2,2 con una cita de Pomponio, en este caso el libro treceavo de sus *Variae Lectiones* según el cual, el arrendador-propietario no tiene ningún tipo de derecho pignoraticio sobre los *invecta* que un tercero haya introducido en la habitación con motivo del uso gratuito que de la misma realiza. En el párrafo siguiente se matiza la afirmación anterior, indicando que con el consentimiento del propietario se puede constituir un derecho de *pignus* para que sea garantizada una parte de la deuda.

Si bien se ha puesto de manifiesto el carácter bizantino del texto (326), para nosotros su contenido se puede considerar sustancialmente auténtico.

En el *principium* se habla de un *conductor* (puede ser tanto un inquilino arrendatario como inquilino subarrendatario) que *gratuitam habitationem mihi praestiterit*. Estamos por lo tanto ante una cesión gratuita del uso de una *habitato* en una *insula*. ¿Cómo se puede configurar jurídicamente esta cesión? El texto no indica nada sobre un plazo en el que se pueda exigir la devolución de la cosa dada en uso, elemento éste que calificaría a esta cesión de comodato (327), por lo tanto queda abierta la posibilidad de considerar que la relación existente entre las partes es la de precario, en cuyo caso la posesión es libremente revocable (326).

Al ser esta relación de carácter gratuito, indica Pomponio que el propietario de la casa no tiene un derecho de *pignus* sobre los *invecta* que haya introducido el tercero usuario en la vivienda. Esta afirmación es lógica si se tiene en cuenta que el contrato de arrendamiento, del que deriva el derecho de garantía sobre los *invecta et illata*, se ha realizado entre el propietario y el arrendatario, o entre el subarrendador y el subarrendatario. Esta afirmación, sin embargo, parece dejar abierta una cuestión: ¿puede el arrendador o el subarrendador retener esos bienes para presionar al inquilino al pago de la renta? Pienso que no, ya que esos bienes no han sido introducidos por el arrendatario a título de prenda, sino por un tercero que como se ha indicado ya no tenía ninguna relación contractual con el arrendador. Y esta misma idea, de que los objetos introducidos por una persona que de forma gratuita no quedan en garantía, es la que parece subyacer en Ulpiano cuando en Dig 43,32,1,3 (329) establece que, si una persona tiene de forma gratuita la habi-

(325) Sobre la problemática planteada por esta obra ver Dig 20,2,2 (§ 35).

(326) En este sentido ver EBRARD, *Digestenfragmente*, 115-116 especialmente. También 98 n 37, 112 n 62, 134 y 136 n 31 ya que a juicio de este autor el uso de locuciones introductorias demostrativas, tales como *illud videndum est*, lo indican.

(327) Sobre el comodato ver KASER, *RPR* 1², 533-534 con la relación bibliográfica allí citada.

(328) Sobre el precario ver KASER, *RPR* 2², 470-408 con la bibliografía allí citada.

(329) Ver el análisis de este fragmento en este mismo capítulo.

tación, puede utilizar el interdicto de *migrando* en calidad de útil. Sin embargo, este texto se diferencia del texto del interdicto, ya que mientras aquí existe una relación de arrendamiento y es el arrendatario el que cede el uso gratuito de la vivienda, en el texto de Ulpiano la relación se establece directamente entre el *dominus* y la persona que disfruta gratuitamente de la vivienda.

Pero el supuesto recogido en este texto de Marciano, es distinto del caso en que el arrendatario lleva a título de prenda bienes de un tercero sin su consentimiento. Estos bienes claramente no están pignorados; ahora bien, pienso que arrendador podría efectuar la *perclusio*. Sin embargo, esta retención cesaría en el momento en que el tercero propietario ejercitara la *revindicatio* o el inquilino utilizara el interdicto en las condiciones normales (330).

En el párrafo primero se menciona la posibilidad de constituir un derecho de *pignus* sobre cosas ajenas con el consentimiento del tercero propietario (331). Esta posibilidad parece que no fue desconocida por los clásicos (332), y plantea la problemática de relacionarla con el requisito existente en la *formula Serviana* de que la cosa en el momento de la *conventio* debía estar *in bonis* en el patrimonio del deudor (333). Tal como está redactado se me ocurren dos posibilidades interpretativas: a) considerar que el *principium* y el párrafo primero tratan de supuestos diferentes y b) considerar que ambos párrafos están relacionados entre sí y tratan del mismo supuesto de hecho. Ante ambas, yo particularmente voy a partir de la segunda.

Se afirma en esta segunda parte que los objetos del tercero, propietario ajeno al arrendamiento, en mi hipótesis la persona que está utilizando gratuitamente la vivienda, van a garantizar una parte de la deuda: *ut in partem debiti sit obligatum*. Esta afirmación creo que debe ser aclarada. En principio, de la misma se puede desprender, que la otra parte de la deuda la garantiza el arrendatario y que en el supuesto de que el mismo no abonase la renta en el momento acordado, el arrendador se podría dirigir frente a este tercero e incautar los bienes introducidos por él en el fundo. Pero, ¿qué ocurriría en el supuesto de que el arrendatario no llevara al fundo ni un solo que bien garantizara el pago de la renta acordada, siendo propiedad de este tercero, que dis-

(330) Ver el análisis de Gai, Edprov 26 (Dig 43,32,2) (§ 23) y de Ulp, Ed 73 (Dig 43,32,1,5) (§ 34), en este mismo capítulo.

(331) KASER, *Studien* 3, 15 n 52 = *Studien*, 141 n 52, considera que este párrafo primero se puede referir tanto a los supuestos de arrendamientos rústicos como urbanos.

(332) Ver por ejemplo Paul, Ed 29 (Dig 13,7,20,pr); Mod, Resp 4 (Dig 20,1,26,1); Marc, FormHypoth (Dig 20,2,5,2); Marc, FormHypoth (Dig 22,3,23); Diocele et Max (CJ 8,15 (16), 6; 294 p.C.); Sever et Anton (CJ 8,15 (16), 1; 194 p.C.); *Idem* (CJ 8,15 (16), 2; 205 p.C.).

(333) Sobre esta problemática ver: FREZZA, *Garanzie* 2, 128-130 y 332; WUBBE, *Res aliena*, 108-114; 278; KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 340-344 especialmente 343; KASER, *In bonis esse*, 205-206 (en contra de Wubbe); WIEACKER, *Zur Verpfändung fremder Sachen*, Tijds 30 (1962) 58-76; KASER, *Studien* 3, 14 n 47 = *Studien*, 140 n 47.

fruta gratuitamente de la vivienda, los bienes introducidos y poseyendo los mismos un valor suficiente para garantizar toda la deuda?

En este hipotético supuesto pienso que el acreedor pignoraticio, con la finalidad de garantizar la totalidad de la deuda y con base en el consentimiento del tercero propietario ajeno al contrato de arrendamiento, podría pedir únicamente la ejecución de bienes por valor de la cuantía garantizada.

Con base en el análisis realizado creo que del texto es posible deducir lo siguiente: 1.—Caso de producirse una cesión gratuita de la vivienda por parte de un arrendatario a un tercero, éste no responde con los objetos que introduzca en la vivienda del pago del precio del arrendamiento; 2.—Si bien no se dice expresamente en el texto, caso de que el tercero consienta en que sus objetos queden gravados, según mi hipótesis interpretativa los mismos responderán del pago de la renta en la cuantía establecida.

§ 37.—CJ 8, 14 (15) 5 (Diocletianus et Maximianus AA et CC Corinthiae) 294 p.C.

Si non in inductis et illatis in fundum, quae pignoris teneri causa placuerat, mancipia fuissent nec haec specialiter obligata monstrantur, rector provinciae ea restitui iubebit. Nec enim praetextu debiti pensionum restitutionem horum morari potest, cum, si quid sibi deberi domina fundi expeditionibus vel quacumque ratione probare possit, huius solutionem sollemniter fieri conveniat.

Se está ante un rescripto de los emperadores C. Aurelius Valerius Diocletianus (Diocleciano) y M. Aurelius Valerius Maximianus (Maximiano), corregentes desde el año 285 hasta el 305 p.C. (334). En esta época parece que Hermogeniano era un alto funcionario de la cancillería imperial (335). Este puesto le sirvió para tener acceso a los archivos imperiales y probablemente para redactar el *Codex Hermogenianus*, del cual parece que proceden las constituciones imperiales de los años 293-294 contenidas en el *Codex Justinianus* (336).

El rescripto está situado en el libro 8 título 14 dedicado a analizar los supuestos en que se constituye la hipoteca de forma tácita, lo que hace presuponer que se está ante un supuesto de pignoración de *invecta et illata* en garan-

(334) Sobre ellos ver R. HANSLIK, *Diocletianus*, KP 2, 36-39 y R. HANSLIK, *Maximianus*, KP 3, 1106-1108, con la bibliografía mencionada en cada caso.

(335) En este sentido ver A. CENDERELLI, *Ricerche sul Codex Hermogenianus* (Milano 1965) 16-17 y D. Liebs, *Hermogenians iuris epitome* (Göttingen 1964) 24.

(336) Esta es al menos la opinión de CENDERELLI, [n 335] 19-30; LIEBS, [n 335] 92-97, 108, pone de manifiesto igualmente como a través del epitome de Hermogeniano se nos ha transmitido un gran número de rescriptos de Diocleciano que a su vez demuestran la gran actividad judicial de este emperador.

tía del pago de la renta de una vivienda y no de un fundo rústico, como la primera frase podría hacer pensar.

A mi entender en el mismo se quiere solucionar el siguiente problema: para garantizar el pago de la renta en un caso de arrendamiento de un fundo urbano, el arrendamiento ha acordado que determinados bienes que se introduzcan en la finca queden pignorados. Llega el momento del abono de la cantidad debida y el arrendatario no paga, por lo que el arrendador retiene indiscriminadamente las diferentes pertenencias que el arrendatario ha llevado a la vivienda. Ocurre que algunos de estos objetos retenidos, por ejemplo los esclavos, no han sido introducidos a título de prenda ni se ha acordado que queden pignorados de forma específica (337). Pues bien, según esta constitución, estos esclavos retenidos deben ser restituidos aún en el supuesto de que el arrendatario deba la renta, ya que en este supuesto habrá que proceder de la forma acostumbrada.

En el texto se habla de un arrendamiento de un fundo; sin especificar si es rústico o urbano. Ahora bien, el hecho de que se emplee el término *pensio* para designar la renta (338), la retención efectuada por el arrendador y la situación del pasaje en el código, me induce a pensar que se está, como he indicado ya, ante un supuesto de arrendamiento urbano. Y como era habitual en estos casos, se garantizaba el pago de la renta con los bienes que el inquilino llevara a la vivienda a título de prenda, bienes que podían ser retenidos por el arrendador si llegado el momento del vencimiento el inquilino no abonaba la renta. Ahora bien, podía ocurrir que el arrendador en su afán de asegurarse el cobro de la renta, retuviera objetos que el inquilino no hubiera introducido en el fundo a título de prenda, planteándose entonces el problema de la legitimidad de esta retención. Como se sabe este supuesto fue previsto por los juristas romanos, ya que, como se ha indicado en Dig 13,32,1,pr (339), cuando el objeto retenido no era de las cosas que habían sido introducidas en el fundo a título de prenda, el inquilino podía utilizar el interdicto *de migrando* para poner fin a esa retención. En el caso concreto que se analiza, parece que el arrendador ha retenido esclavos del inquilino, que éste no había llevado al fundo a título de prenda ni había pignorado de forma especial a favor del arrendador. Ante esta situación, la constitución establece que el gobernador de la provincia dará orden de restituir esos objetos. Esta solución creo que es perfectamente lógica y similar a la que se otorga mediante el interdicto *de migrando*, interdicto al que lógicamente no se hace referencia en este supuesto, por estar

(337) El texto al hablar de la pignoración de *invecta et illata*, por un lado, y de *specialiter obligata*, por otro, parece contraponer la prenda constituida sobre un bien concreto y determinado de la constitución sobre un conjunto de bienes (*invecta et illata*) de forma tácita.

(338) El término según HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 416 se encuentra en Ulp. Sab 31 (Dig 24,3,7,11); Ulp. Sab 21 (Dig 30,39,1) referida a supuestos de arrendamientos urbanos.

(339) Ver el análisis de este pasaje en este mismo capítulo § 34.

ante un caso regulado según el procedimiento extraordinario. Y según la constitución esta liberación de la retención se va a producir aun en el supuesto de que el inquilino deba las rentas u otra cosa al arrendador. Y la constitución fundamenta la solución que da, indicando que el pago se debe hacer *sollemniter*, es decir, utilizando los procedimientos previstos por el derecho (340).

Resumiendo el análisis de esta constitución, creo que de la misma es posible deducir que los objetos que no han sido introducidos por el inquilino *pignoris nomine* en la vivienda, no pueden ser retenidos por el arrendador en garantía del pago de la renta, y el gobernador de la provincia ordenará su liberación.

§ 38.—CONCLUSIONES

Con base en la exposición realizada a lo largo del presente capítulo, creo que del mismo es posible extraer las siguientes conclusiones:

1.—Aparición

Es difícil determinar con exactitud el momento en que surgió la pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta en los supuestos de arrendamientos urbanos. El primer texto que se ha transmitido en las fuentes jurídicas que hable expresamente del tema es el de Neracio (Dig 20,2,4,pr). Ahora bien, las referencias a Labeón (Dig 43,32,1,4), a Próculo (Dig 20,4,13) y a Nerva (Dig 20,2,9 y Dig 20,4,13) que se encuentran en el Digesto, permiten pensar que ya a finales del siglo primero antes de Cristo, la garantía sobre los objetos introducidos en la vivienda era habitual.

2.—Constitución

Según se desprende del análisis de la mayor parte de los textos analizados en este capítulo (por primera vez Neracio, Dig 20,2,4,pr; Paulo, Dig 2,1,4,pr; Ulpiano, Dig 20,2,6) parece que el derecho de prenda a favor del arrendador surgía de forma tácita. Sin embargo, en sus orígenes este acuerdo probablemente fue expreso, según se deduce de Ulpiano, Dig 43,32,1,pr. En mi opinión, la generalización de la práctica de la pignoración, y sobre todo la desigualdad económico-social de las partes, ocasionó el que los inquilinos se vieran en la necesidad de aceptar la pignoración, incluso en el supuesto en que no hubieran pactado nada.

(340) Sobre las posibles acepciones del término ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 545.

3.—Sujetos

Las personas que normalmente intervenían en la relación de garantía eran por un lado, el *locator* (acreedor pignoraticio) y por otro el *inquilinus* (deudor pignoraticio). En el supuesto de que hubiera existido subarriendo, la relación pignoraticia se establecía entre el *conductor*-subarrendador y el inquilino subarrendatario. El *dominus* arrendador, tercero ajeno al contrato de subarrendamiento, creo que tendría derecho de prenda sobre los *invecta et illata* del subarrendatario si realizaba un acuerdo expreso entre el *dominus*-arrendador y el subarrendador por un lado, y el inquilino subarrendatario por otro, en el que estableciera que los objetos llevados a la vivienda garantizaran el pago de la renta (Ulpiano, Dig 13,7,11,5).

4.—Objeto

Los diferentes objetos que el inquilino introducía en la vivienda a título de prenda (*pignoris nomine*) teóricamente eran los que podían ser retenidos por el arrendador según se desprende de un texto de Ulpiano, Dig 43,32,1,5. Para que cosas pertenecientes a un tercero se consideraran realmente pignoradas era necesario que el propietario de las mismas diera su consentimiento, según se deduce de CJ 4,65,5 (223 p.C.), constitución analizada en el capítulo anterior (§ 15). El texto de Ulpiano, Dig 43,32,1,pr, es el único en el que aparecen las locuciones *ibi nata e ibi factave*, lo que demuestra que el objeto gravado no estaba solamente constituido por las cosas llevadas o introducidas en la vivienda, sino también por las nacidas o hechas allí.

5.—Relación jurídica garantizada

Los objetos introducidos en la vivienda garantizaban el pago de la renta de todo el período pactado. Ello quiere decir que el arrendatario debía abonar tanto el alquiler vencido como el futuro en el supuesto de que deseara abandonar la vivienda antes de haber transcurrido el período de arrendamiento acordado (Ulpiano, Dig 43,32,1,4).

Los *invecta et illata* garantizaban también la indemnización por deterioros ocasionados según mi interpretación, por una conducta culposa del inquilino (Marciano, Dig 20,2,2).

6.—Derechos del deudor

El inquilino, deudor pignoraticio, tenía derecho a realizar las siguientes actividades: a) manumitir a los esclavos pertenecientes a los *invecta et illata*, pignorados de forma tácita en garantía del pago de la renta, siempre que dicha manumisión se efectuara antes de la *perclusio* (Ulpiano, Dig 20,2,6; Paulo, Dig 20,2,9); b) ceder gratuitamente a un tercero la vivienda tomada en

arrendamiento (Marciano, Dig 20,2,5,pr). En este supuesto, los objetos introducidos en la misma no garantizaban el pago de la renta (Marciano, Dig 20,2,5,pr y Ulpiano, Dig 43,32,1,3); c) volver a arrendar la vivienda tomada en arrendamiento. En este supuesto el *dominus*, tercero ajeno al contrato de arrendamiento establecido entre el subarrendador y el subarrendatario, podía cobrar la renta del inquilino subarrendatario, siempre que previamente hubiera existido una cesión de créditos a favor del propietario (Ulpiano, Dig 13,7,11,5).

7.—Derechos del acreedor

El acreedor pignoraticio tenía: a) derecho a efectuar la *perclusio*. Según mi interpretación se debe entender como tal el acto violento realizado por el arrendador en virtud del cual, quizás mediante el cierre con llave de la puerta de la vivienda, se retienen los objetos introducidos en la finca urbana (Paulo, Dig 20,2,9; Paulo, Dig 19,2,56); b) derecho a enajenar los objetos introducidos en la vivienda, cuando llegado el momento del vencimiento el inquilino no abandonara la renta (Paulo, Dig 20,4,13). Pero el acreedor no podía enajenar todos los objetos retenidos mediante la *perclusio*, ya que entre los objetos retenidos podía haber algunos ajenos al inquilino o que no podían ser pignorados por éste, y que sin embargo habían sido introducidos *pignoris nomine*. Solamente aquellos objetos que habían quedado efectivamente pignorados (los que el inquilino tenía *in bonis*, y los ajenos pignorados con el consentimiento de su propietario) podían ser enajenados por el acreedor para cobrar la cantidad debida.

8.—Protección jurídica de las partes

a) El deudor pignoraticio tenía a su disposición el interdicto de *migrando* para pedir la liberación de los objetos introducidos en la vivienda que habían sido retenidos por el acreedor. Este interdicto podía ser empleado por el inquilino: 1.—para pedir la liberación de objetos que no habían sido introducidos en garantía de la renta, ya que las partes no habían constituido sobre ellos un convenio de prenda (Ulpiano, Dig 43,32,1,pr y Gayo, Dig 43,32,2); 2.—para pedir la liberación de objetos sobre los cuales las partes habían acordado que quedarán pignoradas siempre que: a) se hubiera abonado la renta al arrendador; b) se hubiera dado satisfacción y c) cuando el impago fuera debido a mora del acreedor (Ulpiano, Dig 43,32,1,pr). Pienso sin embargo que el inquilino no podía utilizar el interdicto para pedir la liberación de objetos ajenos (propiedad de un tercero) si habían sido introducidos en la vivienda a título de prenda. Para que el inquilino pudiera pedir la liberación de estos objetos, en mi opinión era necesario que previamente hubieran abonado la renta o hubieran dado garantía. Cuando el inquilino no hubiese efectuado el pago o la dación de garantía, los terceros propietarios de los objetos retenidos por el

acreedor podían obtener la liberación de los mismos mediante el interdicto *utrubi o la reivindicatio* (Ulpiano, Dig 43,32,1,5) contra el acreedor; b) En el siglo III p.C., parece que las partes prefirieron emplear el procedimiento extraordinario (Paulo, Dig 19,2,56; Ulpiano, Dig 43,32,1,2) en vez del *per formulam*; c) Según mi hipótesis interpretativa de dos textos de Ulpiano, Dig 13,7,11,5 y Dig 39,2,33, el inquilino podía emplear la *actio pigneraticia in personam* contra el arrendador para pedir la restitución de los objetos retenidos por el arrendador; d) No he encontrado en las fuentes analizadas referencia alguna en la que se mencione al arrendador como sujeto activamente legitimado para el empleo de la *actio Serviana*. ¿Por qué? A mi entender, una posible respuesta puede venir dada por el siguiente hecho: la naturaleza jurídica del derecho de prenda del arrendador urbano es diferente del auténtico derecho de prenda, ya que, como se indica en Ulpiano, Dig 43,32,1,5, al inquilino sólo se le exige la introducción a título de prenda, pero no la constitución de un auténtico derecho de prenda, o que las cosas estén *in bonis debitoris* en el momento de la *conventio*.

9.—Responsabilidad del acreedor

El acreedor pignoraticio respondía de la destrucción de los *invecta et illata* ocasionados por la ruina de la casa donde estaban retenidos, cuando dicha destrucción era debida a su conducta culposa (Paulo, Dig 39,2,34).

10.—Créditos privilegiados

Eran considerados acreedores preferentes a cualquier otro acreedor pignoraticio anterior en el tiempo: a) el que prestaba para abonar la renta de un almacén (Ulpiano, Dig 20,4,6,2) y b) el que prestaba para abonar los gastos de entierro y funeral (Ulpiano, Dig 11,7,14,1 texto analizado en el capítulo anterior (§ 12)).

11.—Extinción

El derecho de prenda del acreedor se extinguía: a) cuando se pagaba la renta; b) cuando se daba la garantía de cumplir la obligación (Ulpiano, Dig 43,32,1,pr; Gayo, Dig 43,32,2 y *leges horreorum*).

12.—Extensión analógica a otros supuestos

La pignoración tácita sobre los *invecta et illata*, existentes a favor del arrendador urbano, según mi interpretación se extendió analógicamente a otros supuestos: a) arrendamiento de *horrea, diversoria* y *areae* (Ulpiano, Dig 20,2,3 y *leges horreorum*; b) arrendamiento de *stabula* (Neracio, Dig 20,2,4,1).

CAPITULO 3

PIGNORACION DE FRUTOS

§ 39.—INTRODUCCION: DELIMITACION DE NUESTRO ESTUDIO

El presente capítulo está dedicado a analizar algunas de las fuentes que hacen referencia a la pignoración de frutos. En concreto, los textos que se consideran tema de análisis son: 1.—Los que mencionan únicamente a los frutos como objeto de prenda; 2.—Los que hablan de la pignoración de frutos como consecuencia de la pignoración de la cosa madre. En cambio no se van a analizar: 1.—Los numerosos pasajes que hablan de la pignoración del *partus ancillae*, salvo que mencionen también a los frutos como objeto de prenda, por considerar: a) que el *partus* no es un fruto (1); b) que no entra dentro del objeto de mi estudio, que, como he indicado ya, es la pignoración de colectividades y no la pignoración de bienes concretos y determinados, como sería el *partus* (2); 2.—Aquellos supuestos en los que se establece a favor del acreedor, la posibilidad de recibir o retener frutos de la cosa pignorada (3), entiendo que en virtud de un *pactum antichreticum* (4). La exclusión en este caso se ha debido a que la pignoración se ha constituido sobre una cosa fructífera (por ejemplo un fundo), pero no sobre los frutos; 3.—Tampoco se van a estudiar aquellos textos en los que se trata de la restitución de frutos (5) como consecuencia de la restitución del bien pignorado, a semejanza de lo que ocurre en la *reivindicatio*.

§ 40.—DIG 47,2,62,8 (Afr, Quaest 8)

Locavi tibi fundum, et (ut adsolet) venit, uti fructus ob mercedem pignori mihi essent. Si eos clam deportaveris, furti tecum agere posse aie-

(1) En este sentido KASER, *RPR* 1², 384.

(2) Sobre los numerosos problemas que plantea la pignoración del *partus ancillae* ver KASER, *Partus ancillae*, 156-200, especialmente del 177 en adelante. En este artículo el autor menciona la amplia bibliografía existente sobre el tema. Ver también KASER, *Studien* 2, 333 n 295 = *Studien*, 113 n 295.

(3) Por ejemplo Paul, *Sent* 2 (Dig 20,2,8); Pap, *Resp* 11 (Dig 20,1,1,3); Marc, *FormHypo* (Dig 20,1,1,1); Marc, *FormHypo* (Dig 13,7,33); CJ 4,24,12 (Dioel y Max; 294); CJ 4,32,12 (Alexan); CJ 4,24,3 (Alexan; 222); CJ 8,27,1 (Alexan; 223) y CJ 8,13,9 (Gord; 239).

(4) Sobre la anticresis (*ἀντιχρησις*) en relación con la prenda ver KASER, *Studien* 3, 80-92 = *Studien*, 206-218.

(5) Ver por ejemplo Marc, *FormHypo* (Dig 20,1,16,4) y Pomp, *SenConsul* 1 (Dig 16,1,32,1).

bat. Sed et si tu alii fructus pendentes vendideris et emptor eos deportaverit, consequens erit, ut in furtivam causam eos incidere dicamus. [Etenim fructus, quamdiu solo cohaereant, fundi esse et ideo colonum, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere. Quod certe in proposito non aequè dicitur: qua enim ratione coloni fieri possint, cum emptor eos suo nomine cogat?].

El texto es de *Sextus Caecilius Africanus* (Africano) (6). La obra de la que procede el texto se denomina *Quaestiones*. Constaba de nueve libros, y según Dulckeit-Schwarz-Waldstein (7) era una colección de casos jurídicos solucionados por Juliano que Africano se había limitado a editar y comentar de forma crítica. Wacke (8) cree que la obra trataba de controversias que Juliano discutía en la escuela con los alumnos, y que fueron realizadas por Africano con base en las exposiciones orales de su maestro. Para Schulz (9) la obra es una colección de *responsa* de varias clases, que guarda íntima relación con los *Digesta* de Juliano, jurista que a veces es mencionado de forma expresa y a veces de forma impersonal. Con base en el estado actual de la obra no se puede diferenciar la parte de Juliano de la de Africano. Parece que los compiladores la recibieron en un deplorable estado, con gran número de interpolaciones y corrupciones prejustinianas.

En el Digesto el texto está situado en el título segundo del libro 47, que como se sabe está dedicado al *furtum*. La reconstrucción palinogenésica de Lenel permite deducir que el texto formaba parte de una sección del libro octavo dedicado al *furtum* de la que se han transmitido cuatro fragmentos (10). El párrafo octavo que ahora analizo viene precedido de un párrafo séptimo dedicado al juicio noxal.

El pasaje comienza haciendo referencia a la existencia de un derecho de prenda sobre los frutos en garantía del pago de la renta en un supuesto de arrendamiento rústico. A continuación, establece que, en el supuesto de que

(6) Fue discípulo de Juliano, realizó su actividad hacia mediados del siglo II p.C., muriendo al parecer antes de la publicación de las *Noctes Atticae*. No se conoce muy bien su origen, pero parece que procedía de una familia asentada en el África proconsular. Sobre este jurista ver KASER, *RRG*², 190; CHURRUCA, *Introducción*², 170; DULCKEIT-SCHWARZ-WALDSTEIN, *RRG*², 234; KUNKEL, *Herkunft*², 172-173; FREZZA, *Storia*², 498-499; GUARINO, *Storia*², 477; A. WÄCKE, *Dig 19,3,33: Afrikans Verhältnisse zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt*, ANRW 2/15, 456-457; F. CASAVOLA, *Giuristi Adrianei* (Napoli 1980) 324-327.

(7) DULCKEIT-SCHWARZ-WALDSTEIN, *RRG*², 225; KASER, *RRG*², 190 cree igualmente que esta obra de Africano se limitó a ser una edición de *quaestiones* solucionadas por Juliano.

(8) WACKE, [n 6] 460-462.

(9) SCHULZ, *GRR*, 291-292.

(10) LENEL, *Palinogenesia I*, 30-32; nrs 107-110 (Dig 13,6,21; 13,7,31; 30,110 y 47,2,62). Pero este libro octavo trataba también de otros temas al margen del hurto como: *de rebus creditis*, nrs 85-86; *de pignoriibus*, nr 87; *de exercitoria actione*, nr 88; *de peculio et de in rem verso*, nrs 89-90; *Ad SC Velleianum*, nr 91; *de mandato*, nrs 92-94; *de emptione et venditione*, nrs 95-99; *de locazione et condictione*, nr 100; *de re uxoria*, nrs 101-105 y *de tutelis*, nr 106.

el colono hubiera sacado de forma clandestina los frutos del fundo, cometía hurto, y lo mismo ocurría cuando los hubiera vendido a un tercero. Esto se debe a que el colono no había legado a hacer suyos los frutos, ya que no los había recogido él, sino el propio comprador.

Sobre la autenticidad del texto se han pronunciado ya algunos romanistas: Schulz (11) considera *etenim-in fine* como interpolado; Frezza (12) divide el texto en dos partes: *locavi-atebat* y *Sed-cogat* y considera que la primera es de Juliano y la segunda es una glosa de Africano. Para Ratti y Romano el texto se puede aceptar sustancialmente como auténtico (13). Kaser (14) introduce *me* entre *furti-tecum* y considera que *etenim-in fine* no es auténtico. Por mi parte voy a ir pronunciándome sobre este problema de la autenticidad a medida que lo analizo. Ahora bien, desde el punto de vista gramatical, la frase *etenim-facere* carece de verbo principal y presenta dos infinitivos *esse* y *facere* que originariamente debieron depender de algo y que actualmente están sueltos. Todo ello a mi entender constituye un indicio bastante evidente de manipulación; sin embargo, gramaticalmente la frase podría salvarse supliendo un *atebat* después de *etenim*, lo cual parece bastante forzado.

El pasaje comienza narrando en primera persona del singular un hecho: el arrendamiento de un fundo, en el que se garantiza el pago de la renta con los frutos. Y en esta exposición de hechos se intercala la frase *et (ut adsolet) conuenit*. Tal como está redactada, la locución *ut adsolet* (15) se refiere a *conuenit* y no hace sino confirmar lo establecido en otros textos dedicados al arrendamiento rústico (16). Según se deduce de los mismos, el derecho de prenda a favor del arrendador se constituía por acuerdo expreso entre las partes. En unos casos el acuerdo establecía que eran los *invecta et illata* los que garantizaban el pago de la renta. En este caso eran los frutos el objeto de dicho acuerdo. Y esta afirmación tampoco contradice lo indicado en el capítulo primero, ya que como se ha visto, el objeto de la prenda lo constituían además de los *invecta et illata* los *ibi nata paratave*, término este último que, como he indicado, se refería con toda probabilidad a los frutos.

Y estos frutos que habían sido pignorados de forma expresa al arrendador, en el supuesto de que hubieran sido sacados clandestinamente del fundo por el colono, se entendía que habían sido objeto de hurto, ya que según Juliano se podía accionar contra el colono. Pero ¿por qué había cometido *furtum*? Hay que tener en cuenta que el colono, en su condición de arrendatario,

(11) SCHULZ, *Zwischenverfügungen*, 129.

(12) FREZZA, *Garanzie* 2, 350.

(13) No conozco el artículo de RATTI, *Sul diritto di godimento del locatario*, *StVivante* 2, 504 ss, sino a través de la mención hecha por ROMANO, *Appunti*, 90 n. 1.

(14) KASER, *Partus ancillae*, 186 n. 136.

(15) Sobre el significado de la misma HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 19.

(16) Ver el capítulo primero, en concreto el § 18 dedicado a las conclusiones.

adquiría la propiedad de los frutos por percepción, es decir, tomando posesión de los mismos (17), y que por lo tanto era propietario de los frutos que había sacado de la finca. Estos frutos habían sido pignorados de forma expresa al acreedor, quien lógicamente tenía interés en que los mismos permanecieran en el patrimonio del deudor, para poder tomar posesión de ellos en el supuesto de que no le abonara la renta.

De la dicción actual del texto se deduce que la pignoración había tenido por objeto únicamente los frutos, no el conjunto de *invecta, illata, importata ibi nata paratave* (18). En el supuesto de que hubiera sido este último el objeto de la prenda acordada por las partes, según mi hipótesis interpretativa podría ser discutible el hurto del deudor. Hay que tener en cuenta que si se prohibía al colono la enajenación de los frutos que hubiera obtenido en la explotación del fundo arrendado, iba a resultarle muy difícil pagar la renta, ya que se le estaba privando de obtener los ingresos necesarios para ello. Por lo tanto, desde el punto de vista económico, parece lógico aceptar la enajenación, cuando lo que se ha pignorado es el conjunto de cosas llevadas al fundo más las que allí nazcan, aun en el supuesto de que el acuerdo de prenda haya sido expreso, ya que el objeto pignorado no ha sido un bien concreto y determinado, sino una colectividad. Puede igualmente confirmar esta hipótesis, el hecho de que en los supuestos de pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de un fundo urbano, al arrendatario se le permitían realizar actos de disposición, en concreto manumitir esclavos, antes que tuviera lugar la toma de posesión de los bienes por parte del acreedor.

Sin embargo, como he indicado ya, con base en la redacción actual del texto, se puede considerar que el objeto del acuerdo expreso de prenda habían sido única y exclusivamente los frutos que el colono obtuviera en esa finca mientras durara el arrendamiento, es decir, que se había constituido una prenda especial, especificada, sobre los frutos, en cuyo caso la enajenación de los mismos le estaba totalmente prohibida al deudor y en el supuesto de que la efectuara, se entendía que cometa hurto (19). Ahora bien, el texto en su primera hipótesis en ningún momento habla de una enajenación, sino simplemente de una *clam deportatio*, es decir, de una retirada de los frutos del fundo de forma secreta (20). ¿Hasta qué punto esta *deportatio* puede ser calificada como hurto? Como sabe el *furtum* exige una *contrectatio* (21) o aprehensión ilícita; por ello, ¿el mero hecho de sacar de forma clandestina los frutos de la finca debe ser calificado como tal? A mi entender, pese a que el texto no lo

(17) KASER, *RPR* 1^o, 427.

(18) Ver por ejemplo el análisis de Escévola, Dig 20,1,32 en el capítulo primero (§ 8).

(19) En este sentido se manifiestan al menos KASER, *Studien* 1, 272-273 = *Studien*, 40-41; *Studien* 3, 78-79 = *Studien*, 204-205; H. ANKUM, *Furtum pignoris und furtum futucae im Klassischen römischen Recht* 1, RIDA 26 (1979) 148-149.

(20) Sobre el significado del término *clam* ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 71.

(21) KASER, *RPR* 1^o, 615.

mencione, se debe presumir que esta retirada de los frutos fue seguida de una enajenación, siendo este fenómeno, y no la retirada en sí, el que permite hablar de hurto.

A continuación el texto cambia de supuesto. Sin abandonar el tema de la pignoración de frutos, pasa a exponer otra hipótesis: la enajenación que hace el colono a un tercero de los frutos pendientes. Este dato, el que los frutos estén *pendentes* en el momento de la venta, introduce un nuevo elemento que evidentemente es el fundamento de la explicación que el texto recoge a continuación (*etenim-in fine*). Hay que tener en cuenta, como he indicado ya (22), que el colono adquiere la propiedad de los frutos a partir de la percepción, es decir, a partir de la toma de posesión de los mismos. En este caso ocurre que el colono nunca llegó a adquirir la propiedad de los frutos, ya que la toma de posesión no la llegó a realizar él, sino el comprador (23).

Pero esta explicación, ¿hasta qué punto era necesaria si se admite que cualquier enajenación que el deudor haga de bienes que están específicamente gravados es considerada hurto como parece desprenderse de la hipótesis inicial? Era indiferente que el colono hubiera enajenado los frutos pendientes o no; por el mero hecho de enajenarlos ya constituía hurto.

Esta innecesariedad de la explicación es la que ha motivado, como he indicado ya (24), que la mayor parte de los romanistas la consideren una interpolación. Igualmente creo que nos encontramos ante una glosa aclaratoria introducida por algún reelaborador. Aclaración que tiene lógica, pero que en este contexto sobra, ya que la consideración de hurto del supuesto por parte de Juliano y Africano, parte de la enajenación que el deudor hace de bienes que están especialmente pignorados. Por lo tanto, es indiferente si el colono ha enajenado frutos pendientes o no.

Con base en este análisis creo que es posible establecer las siguientes conclusiones: 1.—Probablemente el pasaje está reelaborado, y en el mismo se pueden distinguir tres partes: a) *locavi-atebat* de Juliano; b) *Sed et-dicamus* de Africano y c) *etenim-in fine* del reelaborador postclásico; 2.—Se refiere la pignoración de frutos en garantía del pago de la renta de un fundo rústico, pignoración que surge en virtud de un acuerdo expreso de las partes, acuerdo que al parecer era muy frecuente; 3.—La venta de los frutos es considerada según mi hipótesis interpretación hurto, porque el colono ha enajenado un objeto (frutos) pignorado de forma expresa. Por ello, la explicación existente

(22) Ver nota 17.

(23) Igualmente, A. D'ORS, *Sobre las pretendidas acciones reales in factum*, SDHI 20 (1969) 110 n 175 cree que el texto en este punto no se refiere al hurto de cosa propia pignorada, sino de cosa que no llegó a hacerse nunca del pignorante.

(24) Por ejemplo SCHULZ, [n 11] y KASER, [n 14]. Ver también D'ORS, *Manumisión*, 79 n 52.

al final del texto a mi entender se puede considerar como una glosa de carácter aclaratorio.

§ 41.—DIG 20,2,7,pr (Pomp, VarLect 13)

In praediis rusticis fructus qui ibi nascuntur tacite intelleguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non conuenierit.

El texto pertenece a las *Variae Lectiones* de Pomponio (25). En el Digesto está situado en el título segundo del libro veinte dedicado a las diversas formas de constitución del derecho de prenda. Según la reconstrucción palinogénica de Lenel, de este libro trece, únicamente se han transmitido tres fragmentos, los cuales no permiten hacerse una idea clara del contexto del libro, ya que mientras que dos tratan de problemas relacionados con el derecho de prenda, el otro trata del hurto (26).

Koschacker considera que el texto, como todos aquellos que hacen referencia a la pignoración tácita, está interpolado y en concreto no acepta la autenticidad del término *tacite* y de la frase *etiamsi nominatim id non conuenierit* (27). Sin embargo, a mi entender, durante la época clásica, fue posible la pignoración tácita (28).

En el texto se establece que los frutos, se entiende que producidos por el fundo tomado en arriendo por el colono, quedan pignorados tácitamente a favor del propietario del fundo arrendado, aunque no se haya convenido expresamente. Y esta afirmación llama la atención, ya que supone una variación respecto a lo manifestado en Dig 47,2,62,8. Como se ha visto, en ese texto de Africano se afirmaba que se había convenido (*ut adsolet*) que los frutos quedarán pignorados en garantía del pago de la renta. De este texto he deducido que en época de Africano, primer tercio del siglo II p.C. (29), era costumbre realizar un acuerdo expreso para que los frutos quedarán pignorados. Se ha visto a través de diferentes textos analizados en el capítulo primero (30) que, durante todo el siglo II p.C., fue frecuente el acuerdo expreso entre el colono y el arrendador, en virtud del cual tanto las cosas introducidas en el fundo como las nacidas en el fundo o producidas por él, quedaban pignoradas en garantía del pago de la renta. En cambio, en época de Pomponio, segundo

(25) Sobre los problemas planteados por la transmisión de esta obra ver el análisis de Pomponio, Dig 20,2,7,1 en el capítulo primero (§ 5).

(26) LENEL, *Palinogenesia* 2, 153; nrs 837-839 (Dig 20,2,5,pr-1; Dig 20,2,7 y Dig 47,2,78).

(27) KOSCHACKER, *Bedingte Novation*, 152 n 3.

(28) Ver el análisis de las fuentes que hablan de la pignoración tácita en garantía del pago de la renta de un fundo urbano en el capítulo segundo.

(29) Sobre la cronología de Africano ver lo indicado en el análisis de Dig 47,2,62,8 en este mismo capítulo (§ 40).

(30) Ver por ejemplo el análisis de Scaev, Resp 5 (Dig 20,1,32; § 8) o de Gai, *FormHypo* (Dig 20,4,1,2; § 7).

tercio del siglo II p.C. (31), con base en el texto que analizo parece que los frutos quedaban tácitamente pignorados a favor del arrendador en garantía del pago de la renta.

Existe, pues, una contradicción entre el contenido de los diferentes textos. ¿Cómo se puede salvar la misma? Si aceptara la crítica de Koschacker a la pignoración tácita, la solución sería fácil: este texto de Pomponio que analizo está interpolado. Sin embargo, como he indicado ya, no creo en esta interpolación. Esta afirmación me obliga a plantear otra posible interpretación, que pienso puede ser la siguiente: la pignoración de frutos sufrió una evolución en su regulación. En un primer momento dicha pignoración, tanto se hubieran pignorado únicamente los frutos como se hubieran pignorado los frutos junto con los *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de un fundo rústico, se constituyó mediante un acuerdo expreso entre las partes. Pero a medida que la pignoración de frutos se hizo más frecuente, la misma pasó a ser tácita. Y el primer paso de esta evolución se encuentra a mi entender en este pasaje de Pomponio: solamente en el supuesto de que las partes no hubieran acordado expresamente la pignoración, la misma se consideraba tácitamente contraída. Ello quiere decir que, en época de Pomponio era posible realizar una pignoración de frutos tanto mediante un acuerdo expreso como mediante uno tácito, ya que éste se sobreentendía en el supuesto de que no existiera el expreso.

Con base en este análisis creo que se pueden establecer las siguientes conclusiones: 1.—Considero el texto clásico en cuanto a su contenido; 2.—En época de Pomponio (mediados del siglo II, p.C.) fue posible pignorar en garantía del pago de la renta del fundo rústico únicamente los frutos. Según la interpretación que he efectuado, si bien no lo dice expresamente el texto de Pomponio, creo que dicha pignoración podía surgir de un acuerdo expreso o tácito. En el supuesto de que las partes no hubieran pactado nada, se entendía que los frutos quedaban tácitamente pignorados.

§ 42.—DIG 20,1,15,pr (Gai, FormHypoth)

Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, [partus ancillae, fetus pecorum et ea quae nascuntur sint hypothecae obligata]: idque servandum est, sive dominus fundi contulerit [aut de usu fructu aut de his quae nascuntur] (32) sive is, qui usum fructum habet, sicut Iulianus scribit.

(31) Sobre la cronología de Pomponio ver el análisis de Dig 20,2,7,1 en el capítulo primero (§ 5).

(32) A. D'ORS y OTROS, *El Digesto de Justiniano 2* (Pamplona 1972) 14 traduce: sobre el usufructo o sobre lo que se produzca. También se podría traducir «o de estas cosas que van a nacer».

El texto es de Gayo (33) en concreto de su obra *Ad o De formula (m) hypothecaria(m)* (34). En el Digesto el pasaje está situado en el título primero del libro veinte dedicado a las formas de contracción de las prendas e hipotecas. Los cinco pasajes que se nos han transmitido de esta obra según la reconstrucción palingénica de Lenel (35) hacen pensar que en la misma trataban diferentes temas relacionados con el derecho de prenda.

El texto indica que las cosas futuras pueden darse en hipoteca, y menciona como posibles objetos futuros los frutos pendientes, el hijo de la esclava y las crías de los animales. Y según Juliano, podían tanto el propietario del fundo como el titular de un usufructo constituir el derecho de prenda sobre estos objetos.

El texto en su redacción actual está evidentemente interpolado. Este hecho, deducible de su lectura, ha sido puesto de manifiesto por los romanistas que lo han analizado, dando lugar a una numerosa literatura. Así por ejemplo, Fehr (36) considera: 1.—Lógica la frase *et ea quae nascuntur*; 2.—Supérflua la locución *sint hypothecae obligata* y 3.—una interpolación *aut de usu fructu-nascuntur*. Por todos estos motivos, Fehr reconstruyó el pasaje de la siguiente forma:

Et quae futura sunt pignori dari possunt, ut fructus pendentes partus ancillae; idque servandum est, sive dominus fundi convenerit, sive is qui usum fructum habet, sicut Iulianus scribit.

Manigk (37) fue bastante menos crítico con el texto así: 1.No aceptó la interpolación del término *hypotheca* ni de la frase *futura tamen sunt*; 2.—Consideró insegura la frase *et ea quae nascuntur*, aunque creyó que podía ser lógica; 3.—Consideró gramaticalmente correcto el que *sint hypothecae obligata* pudiera ser una frase consecutiva de *ut*.

En 1917 Ebrard (38) puntualizó algunas de las consideraciones de Fehr, indicando que a su juicio en el texto debían entenderse como glosemas: 1.—Las palabras *futura tamen sunt*; 2.—El giro *et ea quae nascuntur* y 3.—La frase *aut de usufructu aut de his quae nascuntur*.

Schulz (39) analizó también el texto estableciendo las siguientes consideraciones sobre el mismo: 1.—Las palabras *et ea-nascuntur* son ilógicas;

(33) Sobre este jurista ver lo indicado en el análisis de Gai, Inst 4,147 en el capítulo primero (§ 6).

(34) Sobre los problemas planteados por la transmisión de esta obra ver el análisis de Gai, FormHypoth (Dig 20,4,11,2) en el capítulo primero (§ 7).

(35) LENEL, *Paltingenesia* 1, 240-242; nrs 399-403.

(36) FEHR, *Beiträge*, 75-76.

(37) MANIGK, *Hypotheca*, 368.

(38) EBRARD, *Digestenfragmente*, 97.

(39) SCHULZ, *Zwischenverfügungen*, 119.

2.—Las palabras *sint-obligata* son superfluas; 3.—La frase *sive dominus fundi-habet* es errónea; 4.—Las palabras *aut de usu-fructu-nascuntur* está interpolada. Todo ello hizo que Schulz reconstruyera el texto de la siguiente forma:

Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, pignori dari possunt, ut fructus pendentes, partum ancillae, fetus pecorum sicut Iulianus scribit.

Volterra en 1930 (40) volvió a enfrentarse con el pasaje haciendo las siguientes observaciones: 1.—Considerar la frase *et ea-obligata* una interpolación justimiana; 2.—Los bizantinos probablemente añadieran *partus ancillae* y *fetus pecorum* en la primera parte del texto; 3.—El inciso *aut de usu fructu-nascuntur* era evidentemente un glosema. Por todo ello reconstruyó el texto de la siguiente forma:

Et quae futura sunt pignori dari possunt ut fructus pendentes idque servandum est, sive dominus fundi convenerit, sive is qui usum fructum habet, sicut Iulianus scribit.

Romano (41) analizó también el fragmento y consideró que: 1.—Los justinianos probablemente añadieron *fetus pecorum* y *partus ancillae* (sigue a Volterra); 2.—Las frases *et ea-obligata* y *aut de usu fructu-nascuntur* eran con casi toda seguridad una glosa. Con base a estas consideraciones reconstruyó el pasaje de la siguiente forma:

Et quae nondum sunt, futura tamen sunt [hypothecae] <pignori> dari possunt, ut fructus pendentes [partus ancillae, fetus pecorum] et ea quae nascuntur sint hypothecae obligata: idque servandum est, sive dominus fundi convenerit, aut de usu fructu aut de his quae nascuntur, sive is qui usum fructum habet, sicut Iulianus scribit.

Carcatera expuso en 1940 (42) su opinión respecto al pasaje aceptando sustancialmente su autenticidad salvo: 1.—El término *hypothecae*, que a su entender debía ser sustituido por *pignori*; y 2.—La frase *aut de usu fructu-nascuntur* que era una glosa. Por ello su reconstrucción del texto es como sigue:

Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, [hypothecae] <pignori> dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum et ea quae nascuntur sint [hypothecae] pignori obligata; idque servandum est sive dominus fundi convenerit [aut de usufructu aut de his quae nascuntur] sive is qui usum fructum habet, sicut Iulianus scribit.

(40) VOLTERRA, *Osservazioni*, 21-25.

(41) ROMANO, *Appunti*, 79-84.

(42) CARCATERA, *Cose future*, 124-129.

Para Frezza, el texto, salvo la glosa *aut de usu fructu-nascuntur*, es clásico (43); Kaser (44) considera que *partus ancillae-obligata* es una glosa y sigue la reconstrucción de Volterra.

Como es evidente, todas estas consideraciones de los romanistas, que han analizado previamente el fragmento, ponen de manifiesto claramente un hecho: el pasaje probablemente está manipulado. Ahora bien, al margen de esta afirmación creo que pocas cosas más se pueden establecer como seguras, y una muestra de ello es las diferentes reconstrucciones que se han propuesto. Por lo tanto, sin pretender establecer la reconstrucción perfecta, que creo im- posible, se me ocurren las siguientes consideraciones acerca del texto:

1.—Llama la atención que comience de la forma en que lo hace, es decir, afirmando que lo que aún no existe puede darse en hipoteca. A mi entender, el que esta aseveración empiece con la partícula *et* (45), permite pensar que existe una relación entre esta frase y una afirmación precedente que descono- cemos, y que según mi hipótesis interpretativa quizás hacía referencia a las posibles interpretaciones del requisito exigido por la *actio Serviana*, de que las cosas dadas en prenda debían estar *in bonis debitoris* en el momento de la *conventio pignoris* (46).

2.—El término *hypothecae* que salvo Manigk, han criticado prácticamen- te todos los romanistas, como he indicado ya en el capítulo primero (47), en si no tiene porqué ser una interpolación. Ahora bien, el que en este caso vaya acompañando a *obligata* dando lugar a una rebundancia innecesaria, creo que permite dudar de su autenticidad.

3.—Las referencias al *partus ancillae* y a las crías de los animales son, probablemente, una glosa, ya que el *dominus fundi* no puede crear un dere- cho de prenda sobre el parto de la esclava o sobre los animales; el que puede pignorarlos es el propietario de la esclava o el propietario o usufructuario de los animales. El usufructuario de la esclava no puede pignorar el *partus*, ya que él no será el propietario del *partus* y por lo tanto no tendrá derecho a gra- varlo (48). Por lo tanto, al igual que Volterra y Kaser, creo que *partus anci- llae obligata* es una glosa, lo mismo que la frase *aut de usu fructu aut de his*

(43) FREZZA, *Garanzie* 2, 153-154.

(44) KASER, *Partus ancillae*, 160 n. 24.

(45) Sobre los posibles significados de esta conjunción ver R. KÜGNER-C. STEGMANN, *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache* 2/2² (Hannover 1914) 3-10. En este caso concreto creemos que la partícula debe ser interpretada en un sentido adverbial (asimismo), y no el habitual de conjunción copulativa.

(46) Sobre esto ver lo indicado en la nota 304 del capítulo anterior.

(47) Ver el análisis de Gai, *FormHypoth* (Dig 20,4,1,2; § 7).

(48) Ver Gai, *Inst* 2, 50.

quae nascuntur, como ha puesto de manifiesto prácticamente toda la románica (49).

4.—La referencia de Gayo hace a la opinión de Juliano sobre este tema, sirve para deducir que, ya este jurista había admitido la posibilidad de constituir un derecho de prenda sobre cosas que en el momento de la conventio pignoris no estaban *in bonis debitoris*. Ahora bien, el deudor no podía pignorar todas las cosas futuras, sino únicamente los frutos y las cosas que nacieran, o de la cosa sobre la que el deudor había constituido el gravamen y tenía *in bonis* en el momento de la *conventio*, o de la cosa sobre la que tenía el usufructo. Y esas cosas futuras, si era propietario a partir de la separación, o si era usufructuario o arrendatario a partir de la percepción, entraban en su patrimonio y por lo tanto quedaban gravadas.

5.—El hecho de que el texto pertenezca a una monografía en la *actio hypothecaria*, permite pensar que, al menos para este jurista, en aquellos supuestos en que al acreedor le surgieran problemas con el derecho de prenda constituido sobre los frutos, podía utilizar dicha acción.

Con base en todas consideraciones creo que como conclusiones del texto es posible extraer las siguientes: 1.—Está claramente manipulado y de la redacción actual considero que las frases *partus-obligata* y *aut de usu fructu-nascuntur* pueden ser tenidas por glosas aclaratorias; 2.—No obstante, del mismo puede deducirse que, ya desde la época de Juliano parecía aceptarse la pignoración de objetos que no estaban *in bonis debitoris* en el momento de la *conventio pignoris*, como por ejemplo los frutos pendientes; 3.—Según Juliano, este convenio de prenda podía ser constituido tanto por el propietario del fundo como por el usufructuario.

§ 43.—DIG 20,4,1,1,3 (Gai, FormHypoth)

Si de futura re convenerit, ut hypothecae sit, sicuti est de partu, hoc quaeritur, an ancilla conventiois tempore in bonis fuit debitoris: et in fructibus, si convenit ut sint pignori, aequa quaeritur, an fundus vel ius utendi fruendi conventiois tempore fuerit debitoris.

Este texto, al igual que el anterior procede de Gayo, en concreto de su comentario a la *formula hypothecaria* (50). En el Digesto el pasaje está situado en el título cuarto del libro 20, donde se tratan los problemas planteados en los supuestos de pluralidad de prendas sobre un mismo objeto. Sin embargo, creo, con base en los cinco fragmentos que se han transmitido de esta

(49) Salvo MANIGK, *Hypotheca*, 368 que no se pronuncia sobre el tema, el resto de los autores mencionados (Fehr, Ebrard, Schulz, Romano, Carcattera y Frezza) lo ponen de manifiesto.

(50) Sobre la problemática planteada por este autor y por esta obra ver el análisis de Gai, FormHypoth (Dig 20,4,1,1,2) en el capítulo primero (§ 7).

obra (51), que Gayo en la misma no trataba únicamente de este tema (pluralidad de prendas), sino de diferentes problemas relacionados con el derecho de prenda.

Según Gayo, cuando se constituye un derecho de prenda sobre una cosa futura, por ejemplo una esclava, hay que tener en cuenta si la esclava estaba *in bonis debitoris* en el momento de la *conventio pignoris*. En cambio, cuando se constituye el derecho de prenda sobre los frutos, se debe comprobar si el derecho de usufructo ha pertenecido al deudor en el momento de la *conventio pignoris*.

La autenticidad del pasaje ha sido sumamente debatida. Schulz habla de la imposibilidad de determinar la parte del texto que fue escrita por Gayo, ya que según él, hay síntomas claros de manipulación (52): 1.—La dualidad terminológica (*pignus-hypotheca*); 2.—La concordancia temporal en las frases: a) *si de futura re convenerit-et in fructibus si convenit*; b) *quaeritur an ... fuit ... aequa quaeritur an ... fuerit*; 3.—La abstracción del comienzo; 4.—La incorrección de *sicuti est de partu*; 5.—El que se mencione un *ius utendi fruendi* sin haber hablado previamente de un derecho de usufructo. Romano (53) considera que las modificaciones operadas en el pasaje no han alterado sustancialmente el pensamiento original de Gayo. Carcaterra (54) no acepta las consideraciones de Schulz y salvo el término *hypothecae* (55), que según él debe ser sustituido por *pignori*, considera el texto como clásico, opinión que parece compartir Frezza (56), quien sin embargo no modifica el término *hypothecae*. Pienso que la postura propugnada por Schulz, según la cual el texto está totalmente manipulado, debe ser rechazada. Creo que el contenido del pasaje se puede aceptar como auténtico, ya que como se ha visto en los textos anteriormente analizados (Dig 20,1,15.pr; Dig 47,2,62,8), parece que a partir de Juliano fue posible constituir un derecho de prenda sobre los frutos, los cuales evidentemente eran cosas futuras.

Pero el pasaje no se limita a poner este hecho de manifiesto, sino que matiza las condiciones en que esta pignoración sobre cosas futuras es considerada válida. Para ello menciona dos supuestos: 1.—El de la pignoración del *partus ancillae* y 2.—El de la pignoración de frutos. Por lo que se refiere al primero de los supuestos indica Gayo que *hoc quaeritur, an ancilla conventio tempore in bonis fuit debitoris*, es decir, que se tramitaba el asunto (57)

(51) LENEL, *Paltingenesia* 1, 240-242; nrs 399-403.

(52) SCHULZ, *Zwischenverfügungen*, 120-121.

(53) ROMANO, *Appunti*, 81.

(54) CARCATERRA, *Cose future*, 130-131.

(55) Tampoco acepta la autenticidad del término EBRARD, *Digestenfragmente*, 76.

(56) FREZZA, *Garanzie* 2, 154.

(57) Sobre los diversos significados del término *quaere* ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 481.

si es que la esclava había estado en el momento del acuerdo *in bonis debito- ris*. Como se sabe, la fórmula Serviana exigía, entre otros requisitos, que la cosa hubiera estado *in bonis* del pignorante en el momento del acuerdo (58). Se exigía por lo tanto que el deudor tuviera la propiedad (59) sobre la esclava en el momento del convenio de prenda. En lo referente al segundo supuesto, ló- caso de que se hubieran pignorado los frutos, los requisitos son diferentes; ló- gicamente no se exige al deudor que tuviera los frutos *in bonis* en el momento de la *conventio*, ya que los frutos no existían en el momento del acuerdo de prenda. En cambio, lo que sí existía era la cosa madre, el fundo. Por ello lo que se exigía era que el *fundus* perteneciera al deudor en el momento de la *conventio pignoris*. Sin embargo, el pasaje recoge otro supuesto en el cual el deudor va a poder pignorar los frutos: cuando el *ius utendi fruendi conventio- nis tempore fuerit debitoris*. ¿Cómo se debe interpretar esta exposición? A mi entender con la misma se quiere poner de manifiesto que o bien el fundo per- tenece al deudor en el momento de la *conventio pignoris*, o bien el deudor era titular de un derecho de usufructo.

Creo también que es interesante poner de manifiesto cómo el texto no menciona para nada la posibilidad de que el usufructuario de una esclava pueda pignorar el *partus*. Y este hecho es totalmente lógico si se tiene en cuenta que el *partus* no pertenece al usufructuario, ya que el *partus* no es un fruto (60).

Otro problema que plantea la expresión *ius utendi fruendi* es la de deter- minar si con la misma se hacía referencia únicamente al derecho real de usu- fruuto, o por el contrario se debe considerar que este *ius utendi fruendi* abar- caba a relaciones de carácter no real en las que se otorgaba al titular el *uti frui licere*, por ejemplo el arrendamiento. Más lógica con el contenido de las fuentes parece la segunda interpretación, ya que si no se explicaría así, no se podría entender la pignoración que el colono hacía de sus frutos, frutos que evidentemente tenía derecho a obtener con base en el contrato de arrenda- miento, y que entrarían en su patrimonio mediante la percepción (61). Ahora bien, el colono que tenía derecho a disfrutar de la cosa arrendada, es claro que no tenía la propiedad del fundo, y sin embargo se le reconocía la posibili- dad de constituir un derecho de prenda sobre los frutos.

(58) En este sentido ver WUBBE, *Res aliena*, 266; KASER, *Studien* 1, 241-244 = *Studien*, 9-12; FREZZA, *Garanzie* 2, 330-336; VOLTERRA, *Osservazioni*, 11-21; KASER, *In bonis esse*, 197-212.

(59) Sobre el posible significado de la locución ver lo indicado en la nota 303 del capítulo ante- rior.

(60) KASER, *RPR* 1², 248.

(61) En este sentido se han pronunciado CARCATERRA, *Cose future*, 131; FREZZA, *Garanzie* 2, 154.

Con base en este análisis creo que del texto es posible extraer las siguientes conclusiones: 1.—El pasaje se puede considerar totalmente clásico; 2.—Diferencia claramente los requisitos exigidos cuando se pignora el *partus ancillae* y cuando se gravan los frutos. En el primer caso (pignoración de *partus ancillae*) exige que el deudor tenga la cosa madre, la esclava en propiedad en el momento de la *conventio pignoris*. En cambio, cuando se pignorán los frutos es preciso, o bien que el *fundus* haya pertenecido al deudor en el momento de la *conventio pignoris*, o que el deudor tenga un derecho de usufructo o una titularidad que le permita el *uti frui* en el momento del acuerdo de prenda.

§ 44.—DIG 19,2,53 (Pap, Resp 11)

Qui fideiussor exstitit apud mancipem pro colono publicorum praediorum, quae manceps ei colono locavit, rei publicae non tenetur: sed fructus in eadem causa pignoris manent.

El texto es de *Aemilius Papinianus* (Papiniano) (62). El pasaje a analizar procede de una obra denominada *Responsa*, de 19 libros, realizada probablemente entre los años 205-212 p.C. (63). Contiene una colección de respuestas de casos prácticos redactados con mucha brevedad (64). Utilizada en la enseñanza en las escuelas jurídicas durante la época postclásica (65), se ha transmitido, al margen del Digesto, por diversos medios, los *Fragmenta Vaticana*, los fragmentos encontrados en Egipto y enviados a Berlín y París y la *Lex Romana Visigothorum* (66). En la época postclásica la obra fue editada varias veces, por lo que posiblemente existieron oportunidades claras para cambiar el original (67).

En el Digesto el texto está situado en el título segundo del libro decimoveno, dedicado al arrendamiento. En cambio, en la reconstrucción palinogénica, este fragmento, junto con Dig 46,1,52, constituyen un apartado dentro del libro 11, donde se trataba de la fianza (68).

(62) La procedencia de este jurista ha sido muy debatida; parece que no fue romano de nacimiento, sino que era originario de provincias, en concreto de Siria o de Africa. Desempeñó importantes cargos públicos y murió asesinado en el 212 p.C. por orden de Caracalla. Sobre este jurista ver KUNDEL, *Herkunft*², 225-229; KASER, *RRG*², 194; DULCKEIT-SCHWARZ-WALDSTEIN, *RRG*³, 239; CHURRUCÁ, *Introducción*², 172; T. HONORÉ, *The Severan Lawyers: a preliminary survey*, SDHI 28 (1962) 205-207; SCHULZ, *GRR*, 126; WENGER, *Quellen*, 513-515; GUARINO, *Storia*⁵, 483-484; FREZZA, *Storia*³, 499-500; V. GIUFFRÈ, *Papiniano: fra tradizione ed innovazione*, ANRW 15/2, 632-666.

(63) HONORÉ, [n 62] 206-207.

(64) SCHULZ, *GRR*, 298.

(65) CHURRUCÁ, *Introducción*², 172; SCHULZ, *GRR*, 351.

(66) SCHULZ, *GRR*, 299-300; WIEACKER, *Textstufen*, 340-372 trata con mucho detenimiento este punto.

(67) WIEACKER, *Textstufen*, 342.

(68) LENEL, *Palingenesia* 1, 933; nrs 667-668 que han sido agrupados bajo el título de: *De Adpromissoribus*. Pero en este libro Papiniano trataba además de temas tales como: *ad formulam hy-*

El texto establece que, en un supuesto de subarriendo de un predio público, el fiador que garantiza al *manceps* subarrendador el pago de la renta, no está obligado a responder ante el Fisco propietario del terreno público que lo ha dado en arrendamiento al *manceps*. Sin embargo, los frutos están gravados por un derecho de prenda.

Beseler (69) ha considerado una interpolación la última frase: *sed fructus infime*. Si bien es cierto que llama la atención el cambio brusco que se pruce en la exposición, del tema de la fianza se pasa al de los frutos, creemos que el contenido del texto puede ser considerado como clásico (70). Y pensamos que refuerza esta afirmación, Dig 19,2,24,1, texto que se va a analizar en este mismo capítulo (71) y, donde se indica igualmente la pignoración de los frutos a favor del *dominus*.

El pasaje no trata de un arrendamiento de un fundo privado, sino que recoge un supuesto de subarriendo de un predio público (72), al que se le aplica en este punto las normas de derecho privado (73). Un arrendatario, *manceps* (74), ha tomado en arriendo del Fisco (75) un terreno; a su vez este *manceps* lo vuelve a arrendar a un colono, que garantiza el pago del precio de la renta en dos formas diferentes: 1.—Presentando una garantía de tipo personal: un fiador; 2.—Mediante un derecho de prenda sobre los frutos. Las cuestiones que al parecer trata de esclarecer Papiniano son las siguientes: 1.—¿Queda el fiador obligado ante el Fisco?; 2.—¿Los frutos pignorados para garantizar el pago de la renta responden también ante el Fisco? Por lo que se refiere a la primera cuestión la respuesta es muy clara: el fiador no responde ante el Fisco. Y esta respuesta parece lógica si se tiene en cuenta que el *fideiussor* no ha afianzado el pago de lo que debe el deudor principal ante el Fisco, sino ante el *manceps* subarrendador. Por lo tanto, un tercero ajeno a esa relación (el Fisco) no puede exigir responsabilidad al fiador.

Sin embargo, la respuesta dada por Papiniano a la supuesta segunda cuestión parece ser diversa. Según el texto: *fructus in eadem causa pignoratis manent* (76), es decir, que los frutos permanecen en la misma situación que

pothecariam, nrs 652-658; *de interdicto fraudatorio*, nr 659; *de exceptione temporis*, nr 660; *de exceptione rei iudicatae* etc., nr 661; *de stipulationibus*, nrs 662-666; *de solutionibus et liberationibus*, nrs 669-673; *de conferenda dote*, nr 674.

(69) G. BESELER, *Meletema Iuris Romani*, Mnemosyna Pappulias, 47.

(70) En este sentido se manifiesta también KASER, *Partus ancillae*, 187 n 139.

(71) Ver § 46.

(72) Mod, Excus 6 (Dig 19,2,49) y Paul, Resp 5 (Dig 19,2,54,pr) tratan también de arrendamientos de este tipo. Sobre los mismos ver MAYER-MALY, *Locatio conductio*, 23-25 y 101-106.

(73) En este sentido MAYER-MALY, *Locatio conductio*, 104 y KASER, *Partus ancillae*, 187.

(74) Sobre el significado del término *manceps* ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 329.

(75) Sobre el significado de *Res publica* ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 512.

(76) Esta locución, *causa pignoratis* aparece también en Paul, Ed 29 (Dig 13,7,18,2); Pap, Resp 11 (Dig 20,1,1,2); Pap, Res 11 (Dig 19,2,53); Paul, Ed 34 (Dig 19,2,24,1); CJ 8,14,3(Alexan, 223 p.C.); CJ 8,23,1,pr (Gord, 238 p.C.).

antes, esto es pignorado a favor del Fisco. Hay que poner de manifiesto que en el texto no se dice nada sobre el acuerdo que dio lugar a la pignoración de los frutos por parte del *manceps* a favor del propietario. Tal como está redactado el pasaje se podría pensar que los frutos se entendían pignorados tácitamente a favor del propietario del *fundus* en garantía del pago de la renta del *manceps*-subarrendador. E incluso en el supuesto que no se hubiera establecido una relación directa entre el propietario y el colono, como es el presente caso, parece que los frutos continuaban respondiéndolo del pago de la renta del *manceps*-subarrendador. Ahora bien, en el supuesto de que el *manceps* hubiera subarrendado la tierra en parcelas diferentes a diversos colonos, lógicamente cabe pensar que los frutos garantizaban sólo el pago de la cantidad establecida como renta entre cada uno de los colonos y el *manceps* subarrendador; en absoluto garantizarían la totalidad de la renta que el *manceps* debía abonar al Fisco (77).

Con base en este análisis creo que del texto se puede deducir: 1.—Su contenido se puede considerar auténtico; 2.—En caso de que tenga lugar un subarriendo de un fundo público: a) el fiador de un colono subarrendatario lógicamente no responde del pago de la renta ante el Fisco, propietario de la finca que la ha dado en arrendamiento al *manceps*. Y el *fideiussor* no responde ante el *dominus* porque no ha afianzado el pago ante el Fisco, sino ante el *manceps* subarrendador; b) en cambio, los frutos del fundo están tácitamente pignorados a favor del Fisco, y responden ante él del pago de la renta del *manceps*-subarrendador; con base en la interpretación realizada y teniendo en cuenta que el texto no dice expresamente nada sobre ello, creo que en el supuesto de que el subarrendador hubiera subarrendado diferentes partes a diversos colonos, los frutos de cada finca no responden del pago de la totalidad de la renta que el *manceps* debe abonar al Fisco.

§ 45.—DIG 20,1,1,2 (Pap, Resp 11)

Cum praedium pignori daretur, nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. Eos consumptos bona fide emptor utili Serviana restituere non cogetur: pignoris etenim causam nec usucapione peremi placuit, quoniam quaesito pignoris ab intentione domini separatur: quod in fructibus dissimile est, qui numquam debitoris fuerunt.

El texto procede de Papiniano (78), en concreto de sus *Responsa* (79). En el Digesto está situado en el título primero del libro veinte, dedicado a las

(77) Sobre los problemas ocasionados por el subarriendo en los supuestos de arrendamientos de fundos urbanos ver en el capítulo anterior el análisis de Ulp, Ed 28 (Dig 13,7,1,1,5; § 31).

(78) Sobre este autor ver lo indicado en el análisis de Pap, Resp 11 (Dig 19,2,53; § 44) en este mismo capítulo.

(79) Sobre los problemas planteados por la transmisión de esta obra ver lo indicado en Pap, Resp 11 (Dig 19,2,53; § 44) en este mismo capítulo.

diferentes formas de constituir la prenda. En cambio, según la reconstrucción palingenésica, el contexto del pasaje fue otro. Los siete fragmentos agrupados bajo la rúbrica *Ad formulam hypothecariam*, ponen de manifiesto cómo Papiniano, junto con otros temas, en este libro once trataba de analizar los diferentes problemas planteados por la aplicación de la *formula hypothecaria* (80).

El texto alude a una pignoración de frutos establecida por acuerdo expreso por las partes al pignorar la cosa madre: el fundo. Se enajenan a un comprador de buena fe los frutos pignorados, quien al parecer los consume, planteándose el problema de determinar qué paso con los frutos. Según Papiniano, el comprador no tiene que restituirlos mediante la acción Serviana útil, ya que los frutos nunca llegaron a hacerse del deudor.

Este texto, calificado como uno de los más difíciles del Digesto (81), ha sido estudiado profundamente por la romanística (82), que en algunos casos ha puesto en duda la veracidad del pasaje.

Así, mientras algunos autores sólo manifiestan sus dudas sobre la autenticidad del término *consumptos* (83), otros como Schulz (84), consideran que el pasaje en su redacción actual está sustancialmente manipulado. Schulz fundamenta esta afirmación, por un lado en la frase *quoniam-separatur* (85) que para él es una glosa prejustiniana, por otro, en la frase final *qui-fuerunt*, en el término *consumptos* y en la negación *non*, que según él son de carácter compilatorio. Kaser (86) ha aducido para justificar la interpolación del término *consumptos*, que en la época de Justiniano, el poseedor de buena fe tenía que restituir los *fructus exstantes* y no los frutos consumidos. Sin embargo, pienso que este argumento puede ser rebatible, ya que en la época clásica el po-

(80) LENEL, *Palingenesia* 1, 930-931; nrs 652-658. Pero en este libro once, Papiniano trataba también de: *de exceptione temporis*, nr 660; *de exceptione rei iudicatae*, nr 661; *de stipulationibus*, nrs 662-666; *de adpromissoribus*, nrs 667-668; *de solutionibus et liberationibus*, nrs 669-673; *de confederanda dote*, nr 674.

(81) ROMANO, *Appunti*, 42.

(82) Ver entre otros los análisis de SCHULZ, *Zwischenverfügungen*, 139-145; ROMANO, *Appunti*, 42-58; VOLTERRA, *Osservazioni*, 42-51; CARCATERRA, *Cose future*, 137; KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 311; WUBBE, *Res aliena*, 290; KASER, *Partus ancillae*, 184-186; *In bonis esse*, 209; SCHLICHTING, *Verfügungsbeschränkung*, 27-40; KASER, *Studien* 1, 275-276 = *Studien*, 43-44.

(83) Por ejemplo, H. SIBER, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz* (Leipzig 1907) 104; VOLTERRA, *Osservazioni*, 45-46; KASER, *Partus ancillae*, 184; SCHLICHTING, *Verfügungsbeschränkung*, 37 n 4; KASER, *Studien* 1, 276 n 257 = *Studien*, 44 n 257.

(84) SCHULZ, *Zwischenverfügungen*, 137-145.

(85) En este sentido se había manifestado también SIBER, [n 83] 104-109 al que sigue SCHULZ, *Zwischenverfügungen*, 141 n 5. KASER, *Partus ancillae*, 185 n 131 recoge la opinión de BESELER sobre esta frase de sentido oscuro y escrita en un lenguaje no clásico.

(86) KASER, *Partus ancillae*, 184.

seedor de buena fe tampoco tenía que restituir los frutos consumidos (87). Por lo tanto, desde una óptica clásica, el contenido del texto en este punto (*eos consumptos-cogetur*), creo que se puede aceptar como válido. Pero como ha supuesto de manifiesto Wacke (88), el término *consumptos* no es un elemento determinante en la decisión del jurista, como lo demuestra la frase final. Por todo ello, pienso que el contenido del texto puede aceptarse como clásico, si bien es posible admitir que el pasaje haya sido resumido.

El texto comienza haciendo referencia a la constitución de un derecho de prenda a favor de un acreedor sobre un fundo y los frutos que en él nazcan. Para designar este derecho de prenda, se emplea la locución *pignus datum (pignori daretur)*, aunque evidentemente no estamos ante un supuesto de prenda con desplazamiento (89), ya que el fundo sigue estando en posesión del deudor pignoraticio. Y la constitución de esta prenda, se realiza mediante un acuerdo expreso (90), y tiene por objeto un bien concreto y determinado (un fundo) y unos bienes futuros, que aún no existen pero que han de existir (los frutos). Y este doble objeto garantiza el cumplimiento de una obligación que desconocemos.

Tras esta exposición el texto indica que el comprador no está obligado a restituir mediante la *actio Serviana utilis* los frutos consumidos (*eos consumptos-cogetur*). Esta afirmación plantea una serie de problemas interpretativos como por ejemplo:

1.—Determinar quién ha efectuado la venta. El texto habla de un *emptor* que ha podido comprar a alguno de los siguientes sujetos: a) al deudor bonitario que no tenía la propiedad del fundo; b) al deudor propietario quirritario; c) a un tercero poseedor de buena fe; d) al acreedor pignoraticio (91). De todas estas posibilidades, según mi hipótesis interpretativa el sujeto activo de la venta ha podido ser: o bien el deudor propietario bonitario, o bien el deudor propietario quirritario que ha transmitido el fundo, supongo que itálico (por lo tanto *res mancipi* (92)) mediante *traditio*, ya que en otro supuesto, no tendría sentido la mención que se hace en el texto a la usucapación que, al parecer, está efectuando el comprador.

2.—Determinar cuál ha sido el objeto vendido. Ante esta cuestión, los romanistas han propuesto dos soluciones: a) considerar que se han vendido

(87) Se entiende antes de la *litis-contestatio*. KASER, *RPR* 1^o, 436.

(88) A: WACKE, *Ein Verfügungsverbot des römischen Verpfänders?*, Iura 24 (1973) 190 n.22.

(89) Sobre la acepción habitual de esta locución ver KASER, *Studien* 3, 5-7 = *Studien*, 131-133.

(90) Esta es al menos una de las acepciones que tiene el término según HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 371.

(91) Sobre estas diferentes hipótesis ver ROMANO, *Appunti*, 44-49; SCHLICHTING, *Verfügungsbekräftigung*, 36; KASER, *Partus ancillae*, 184; KASER, *Studien* 1, 276 = *Studien*, 44.

(92) KASER, *RPR* 1^o, 402.

sólo los frutos y b) considerar que la venta ha sido del fundo más los frutos (93). A mi entender de las palabras *Pignoris etenim-separatur* se puede deducir que Papiniano se había referido a una venta del fundo y de los frutos, ya que en caso contrario ¿qué sentido tiene el que se haga referencia a la *usucapio*? Probablemente Papiniano ha indicado que el acreedor hipotecario podía utilizar la *actio Serviana* frente al adquirente tras los dos años de *usucapio* cuando se le ha cuestionado acerca de ello.

3.—Se ha discutido también entre los romanistas si la locución *bona fide* (94) se refería a la *usucapio* (95) o a la regla *bonae fidei emptor fructus suos facit* (96). A mi entender, esta dualidad interpretativa no tiene razón de ser, ya que en ambos casos se está refiriendo a la misma persona: si se parte de que la *usucapio* se está realizando con buena fe, según mi opinión se está presuponiendo que el comprador del fundo y de los frutos, la misma persona que está usucapiendo, tiene también buena fe en la adquisición de los frutos y que por lo tanto los está haciendo suyos.

4.—La referencia que en el texto se hace a la *actio Serviana utilis* plantea igualmente problemas de interpretación como: a) ¿por qué se habla de una *actio Serviana utilis*?; b) ¿por qué en este caso se deniega la acción en calidad de útil al acreedor pignoraticio, mientras que en Dig 43,33,1,pr se faculta al acreedor para emplear el interdicto <Salviano> útil (97)?

Por lo que se refiere al primer aspecto, pienso que la consideración de *utilis* de la *actio Serviana* se puede producir en este supuesto porque los frutos en el momento de la pignoración, lógicamente por ser cosas aún inexistentes, no estaban *in bonis debitoris*. El incumplimiento de este requisito forzaba a conceder la acción Serviana en calidad de útil (98).

Al segundo de los problemas: contradicción entre este texto y Dig 43,33,1,pr se le han dado diversas soluciones. Mientras Schulz (99) considera que el texto que se analiza, al igual que Dig 20,1,29,1, (pertenecientes ambos a la masa papiniana) fue manipulado por los compiladores y que la doctrina clásica permitía la *actio Serviana utilis*, Romano (100) fundamenta el contenido diverso de los textos en el hecho de que Dig 43,33,1,pr trata de la pigno-

(93) Exponiendo dos autores que han mantenido estas opiniones ver SCHLICHTING, *Verfügungsbeschränkung*, 27; VOLTERRA, *Osservazioni*, 51.

(94) Sobre la corrección gramatical de la locución ver SCHLICHTING, *Verfügungsbeschränkung*, 37 n 3.

(95) SCHLICHTING, *Verfügungsbeschränkung*, 36 siguiendo a KASER, *In bonis esse*, 209.

(96) KASER, *Partus ancillae*, 185 y *Studien* 1, 276 = *Studien*, 44.

(97) Ver el análisis de este texto en el capítulo primero (§ 4).

(98) En este sentido KASER, *In bonis esse*, 209; discrepa esta opinión SCHLICHTING, *Verfügungsbeschränkung*, 31-34.

(99) SCHULZ, *Zwischenverfügungen*, 143-144.

(100) ROMANO, *Appuntii*, 54.

ración del *partus ancillae* mientras que el pasaje que ahora estudio se refiere a la pignoración de frutos. También Kaser (101) se ha pronunciado sobre el tema, justificando la contradicción de la siguiente forma: mientras que los frutos se consideran como existentes en el momento de la separación, el *partus* se considera existente antes de su producción, por lo que parece lógico que se extienda el derecho de prenda de la esclava al parto. Y pienso que esta concepción es la que subyace en este texto.

Por lo que se refiere a los problemas que el texto suscita, me gustaría realizar las siguientes consideraciones:

1.—Si se parte la hipótesis de que el deudor había vendido el fundo y los frutos sin el consentimiento del acreedor pignoraticio, parece lógico pensar que esta enajenación puede ser considerada como hurto (102).

2.—Por otra parte, el acreedor pignoraticio se supone que es titular de un derecho de prenda, derecho que le faculta, mediante la *actio Serviana*, a dirigirse tanto frente al deudor pignoraticio como frente a un tercero y tomar posesión del objeto pignorado.

3.—En el pasaje expresamente no se dice nada acerca del empleo por parte del acreedor pignoraticio de la *actio Serviana* para pedir la posesión del fundo, pero lógicamente, como he indicado ya, parece que debió ser así (103). Ahora bien, ocurre que el deudor ha pignorado también los frutos que, como he dicho, son bienes futuros, y esta pignoración está condicionada a que dichos bienes entren en el patrimonio del deudor. En el presente caso parece que dicha entrada no se ha producido, ya que el comprador en cuanto poseedor de buena fe adquiere la propiedad de los frutos a partir de la separación (104), y por lo tanto, como se indica al final del texto, el deudor nunca se ha llegado a hacer propietario de los mismos. Por ello, parece lógico que al acreedor no se le conceda la *actio Serviana utilis* para tomar posesión de unos frutos que nunca han llegado a ser propiedad del deudor, y que por lo tanto éste nunca ha podido pignorar válidamente.

A continuación, el texto probablemente hablaba de la posibilidad que tenía el acreedor pignoraticio de ejercitar la *actio Serviana*, incluso después de haber transcurrido el periodo de la *usucapio*. Y esta hipótesis la fundamento en la dicción actual del texto: indica la continuidad del derecho de prenda, incluso aunque se haya producido la usucapción del objeto pignorado y por lo tanto, aunque haya cambiado la titularidad de la propiedad. Seguidamente, se

(101) KASER, *Partus ancillae*, 187-188.

(102) En este sentido, H. ANKUM, *Furtum pignoris und furtum fiduciae*, RIDA 26 (1979) 128.

(103) En este sentido SCHLICHTING, *Verfügungsbeschränkung*, 29-31 y KASER, *Studien* 1, 275 = *Studien*, 43.

(104) KASER, *RPR* 1², 427.

establece en el texto la razón de esa continuidad: el que el problema de la prenda es diferente *ab intentione domini*. Pero, ¿qué se quiere decir con esta frase? Se han dado varias interpretaciones: mientras que para Siber, esta referencia a la *intentione domini* se debía entender como hecha a la *reivindicatio*; Schlichting cree que sin lugar a dudas esta referencia es a la *actio Serviana* (105). Pienso que se puede interpretar en el sentido de Siber, sobre todo, si se relaciona con la frase precedente en la que se hace referencia a la *usucapio*: es claro que la *usucapio* da lugar a un cambio de titularidad en la propiedad, sin embargo, este cambio de titularidad no supone la extinción del derecho de prenda. De ahí la referencia a la *intentione domini*.

En la frase final (*quod fuerunt*), establece el texto la excepción a lo indicado anteriormente: si bien es cierto que el cambio de la titularidad del objeto no afecta al derecho de prenda, en este caso concreto de los frutos, sí ocurre ésto, ya que en realidad no ha habido cambio de la titularidad. El derecho de propiedad sobre los frutos no se ha trasladado al igual que la propiedad sobre el fundo del deudor pignoraticio al comprador; el deudor no tenía la propiedad sobre los frutos sino una simple expectativa. En el supuesto de que los frutos hubieran sido propiedad del deudor pignoraticio y con posterioridad los hubiera enajenado, parece lógico pensar que hubiera sido viable la *actio Serviana*. Tal como está redactado el texto puede dar pie a pensar que esta consideración final que se hace sobre los frutos es de carácter general, es decir, que los frutos enajenados por el deudor pignoraticio no van a poder ser objeto de la acción del acreedor. Pienso que el texto no dice eso, según mi interpretación se limita a afirmar que en este caso concreto la acción no va a triunfar, ya que los frutos no han llegado a hacerse del deudor, y por lo tanto nunca han estado en su propiedad.

Con base en este análisis pienso que del texto se puede deducir lo siguiente: 1.—Considero que puede ser aceptado como clásico, pese a que indudablemente ha sido abreviado; 2.—Recoge la posibilidad de pignorar de forma expresa el fundo y los frutos que en el mismo nazcan; 3.—Caso de que el deudor pignoraticio enajene el fundo (implícitamente con los frutos futuros), el acreedor no podrá pedir la restitución de los frutos mediante la *actio Serviana utilis*, ya que los frutos nunca han sido propiedad del deudor, sino que pertenecen al comprador que los ha hecho suyos a partir de la separación.

§ 46.—DIG 19,2,24,1 (Paul, Ed 34)

Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur: sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.

(105) SIBER, [n 83] 109. Las interpretaciones de *ab intentione domini* como *exceptio*, expuestas por SCHLICHTING, *Verfügungsbeschränkung*, 29 n 1, no creo que tienen sentido.

El pasaje es de Paulo (106), en concreto de su comentario al edicto (107). En el Digesto el texto está situado en el título segundo del libro decimoveno, dedicado al arrendamiento. Los cinco fragmentos transmitidos, según la reconstrucción palingénésica, ponen de manifiesto que en el libro 34 de su comentario al edicto del pretor, Paulo trataba de los problemas planteados por la *locatio conductio* (108).

El texto establece que si un colono hubiera tomado en subarriendo un fundo, sus objetos no quedan pignorados a favor del propietario pero sí los frutos.

Beseler considera interpolada la última frase del texto: *sed fructus-in fine* (109). Sin embargo, como ha indicado Kaser (110) pienso que el contenido del pasaje es sustancialmente clásico.

Según establece Paulo en su comentario al edicto, cuando un colono hubiera dado en subarriendo (111) un fundo a otro colono, las cosas del segundo colono, a mi entender sus *invecta et illata* (112), no quedan obligadas en garantía del pago de la renta a favor del propietario del fundo. Esta afirmación parece totalmente lógica, ya que como se ha visto en el capítulo primero, la pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de un fundo rústico surgía por acuerdo expreso de las partes (113) contratantes. En este caso no se dice nada sobre la pignoración de los *invecta et illata* de colonosubarrendatario a favor del colono subarrendador, pero en el supuesto de que hubiera existido se supone que, salvo acuerdo expreso, garantizaría el pago de la renta únicamente al colono subarrendador.

Sin embargo, a juicio de Paulo, los frutos siguen otra regulación: *in causa pignoris manent* (114). La explicación que se da a esta afirmación es de carácter analógico: como los frutos que hubiera percibido el primer colono estaban pignorados a favor del propietario, también en este caso lo estarán. Para

(106) Sobre este jurista ver lo indicado en el análisis de Paul, Ed 63 (Dig 43,1,2,3; § 9), texto analizado en el capítulo primero.

(107) Sobre los problemas planteados por esta obra ver el análisis de Paul, Ed 63 (Dig 43,1,2,3; § 9), texto analizado en el capítulo primero.

(108) LENEL, *Palingenesia* 1, 1037-1039; nrs 517-521. Pero en este libro 34, Paulo trata también del contrato estimatorio (*de aestimatio*, nr 522).

(109) Conozco la postura de BESELER, a través de KASER, *Partus ancillae*, 187 n 137.

(110) KASER, *Partus ancillae*, 187 n 137.

(111) Sobre el fenómeno del subarriendo en los arrendamientos rústicos ver la introducción realizada al capítulo primero (§ 1).

(112) En este sentido parece entender igualmente la expresión «*res posterioris conductoris*» KASER, *In bonis esse*, 208.

(113) Ver entre otros los análisis de Nerat, Membr 1 (Dig 20,2,4,pr; § 3); Ulp, Ed 73 (Dig 20,2,6; § 30); Pom, Varlect 13 (Dig 20,2,7,1; § 5); Scaev, Resp 5 (Dig 20,1,32; § 8); Gai, Inst 4, 147 (§ 6).

(114) Sobre esta locución ver lo indicado en la nota 76 de este capítulo.

el jurista es indiferente que las partes no hayan establecido un acuerdo expreso sobre la pignoración de los frutos: se entienden tácitamente pignorados a favor del propietario del fundo. Esta solución no es nueva. Como ya se ha visto en Dig 19,2,53 (115) parece que la interpretación de los juristas clásicos (Papiniano-Paulo) facultó la existencia de un derecho de prenda sobre los frutos, constituido por acuerdo tácito, a favor del propietario del fundo rústico arrendado.

Este derecho de prenda garantizaba el pago de la renta al *dominus* arrendador. Ahora bien, ¿qué podía hacer éste en caso de que el subarrendador no le abonara la renta? Teóricamente era titular de un derecho de prenda tácita sobre los frutos; por lo tanto, ello le legitimaba para, mediante la *actio Serviana utilis*, pedir los frutos. Pero, ¿podría en este caso el *dominus* dirigirse frente al colono subarrendador? Creo que no, ya que el subarrendador no había llegado a hacerse propietario de los mismos (116); por lo tanto, el *dominus* tendría que dirigirse contra el subarrendatario mediante la *actio Serviana utilis*. Pero ¿qué ocurriría en el supuesto de que el subarrendatario hubiera abonado la renta al colono-subarrendador? En este caso ¿sus frutos quedarían también pignorados si el colono subarrendador no abonaba la renta al *dominus*? Tal como está redactado el texto parece que sí, ya que en el mismo se afirma que los frutos continúan pignorados a favor del dueño. Pero ¿por qué tendría que sufrir el colono-subarrendatario este gravamen? La única explicación que se me ocurre es la siguiente: el colono-subarrendador ha constituido un derecho de prenda de forma tácita sobre los frutos. Pues bien, esta carga por ser de tipo real permanece sobre los frutos, aunque no la adquiera el subarrendador. Cuando al subarrendar, el subarrendador legitima al colono subarrendatario a adquirir los frutos, le está legitimando a adquirir unos frutos gravados con un derecho de prenda; por lo tanto, el colono subarrendatario se arriesga a que, si el subarrendador no abona la renta al *dominus*, se ejercite sobre él la *actio Serviana utilis*, ya que es el titular de unos frutos que están ya gravados a favor del *dominus*.

Con base a este análisis creo que del texto es posible deducir lo siguiente: 1.—En los supuestos de subarrendamiento de fundos rústicos, los *invecta et illata* del colono-subarrendatario no quedan pignorados a favor del *dominus*-arrendador; 2.—Sin embargo, los frutos del fundo se consideran tácitamente pignorados a favor del *dominus*-arrendador. Aunque Paulo no diga nada, tal como he interpretado el texto, creo que es indiferente que sea el subarrendatario el que adquiriera los frutos por percepción. Como él ha adquirido su derecho a obtener los frutos del subarrendador, y éste los había gravado tácitamente, se entiende que los frutos los adquiere con este gravamen, y

(115) Ver el § 44 en este mismo capítulo.

(116) Ver el análisis de Pap, Resp 11 (Dig 20,1,1,2; § 45) en este mismo capítulo.

por lo tanto, el *dominus*-arrendador podrá dirigirse contra él mediante la *actio Serviana utilis*.

§ 47.—CJ 8,14 (15), 3 (Pars ex rescripto imp. Alexandri A.) 223 p.C.

Quamvis fructus pignori datorum praediorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione esse, praedia tamen, quae emuntur ex fructuum pretio, ad eandem causam venire nulli prudentium placuit.

El texto es parte de un rescripto del emperador Severo Alejandro (117) publicado en octubre del año 223 p.C., siendo cónsules Máximo y Eliano. En el Código de Justiniano está situado en el libro 14 dedicado a la pignoración tácita.

No se sabe a quién está dirigido el rescripto, ya que los compiladores se limitaron únicamente a recoger la parte del mismo que consideraron de interés.

En el texto se establece que los frutos de los predios dados en prenda quedan pignorados de forma tácita. Seguidamente se indica que a juicio de los juristas los predios que se compran con el precio de los frutos no caen en la misma condición.

La autenticidad de la constitución ha sido puesta en duda por algunos romanistas. Así por ejemplo Romano (118) introdujo *nominatim pignori esse convenerit* para sustituir a *etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione esse*, por considerar que el contenido del texto no concuerda con otros de su época, que propugna el acuerdo expreso para extender el derecho de *pignus* sobre la cosa madre. Carcattera (119) reconstruyó el texto de la siguiente forma: *Quamvis fructus pignori datorum praediorum [...] ipsi pignori <leneantur, si hoc inter contrahentes convenerit>, praedia tacita emuntur ex fructuum pretio, ad eandem causam venire nulli prudentium placuit*. Koschaker (120) consideró igualmente que la referencia a la *tacita pactione* es una interpolación. Sin embargo, otros romanistas como por ejemplo Rabel (121), Schulz (122), De Robertis (123) y Kaser (124) aceptan

(117) Sobre este emperador ver lo indicado en el análisis de CJ 4,65,5, texto analizado en el capítulo primero (§ 17).

(118) ROMANO, *Appunti*, 19 seguido por CARCATTERA, *Estensione*, 95.

(119) CARCATTERA, *Cose future*, 125.

(120) KOSCHAKER, *Bedingte Novation*, 152 siguiendo a F. PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremden Geld* (Leipzig 1916 = New York 1979) 111.

(121) Recensión a S. ROMANO, *Appunti sul pegno dei frutti nel Diritto Romano* (Padova 1931), ZSS 53 (1933) 588.

(122) SCHULZ, *Zwischenverfugungen*, 133.

(123) F. M. DE ROBERTIS, *Sul problema della estensibilità del pegno ai prodotti della cosa nel diritto romano*. ABari 9 (1948) 42 n. 3.

(124) KASER, *Partus ancillae*, 189-190.

la autenticidad del pasaje, por considerar que la contradicción existente entre Dig 20,1,1,2 y este texto no son insalvables. Igualmente comparto esta misma opinión, como voy a intentar poner de manifiesto a lo largo de este análisis.

Desde el punto de vista gramatical, me ha llamado la atención el que se emplee la locución *pignori datorum*, al igual que en Dig 20,1,1,2 (125), para hacer referencia a un supuesto de prenda sin desplazamiento, ya que el deudor sigue trabajando y poseyendo el fundo, como pone de manifiesto el hecho de que venda los frutos. Igualmente hay que señalar que para referirse al acuerdo tácito, no se emplea la locución *conventio tacita* como se hace otras veces (126), sino la de *tacita pactione* (127). Finalmente creo necesario insistir en que la locución *causa pignoris* se emplea en el rescripto para referirse a la condición de objeto gravado, locución que, como ha puesto de manifiesto Kaser (128), aparece también en otros textos.

Centrándome ya en el análisis del rescripto, pienso que el mismo trata de dar solución a dos problemas diferentes: 1.—El referente a la pignoración de frutos (necesidad o no de acuerdo expreso para que queden gravados) y 2.—El referente a la situación jurídica de los fondos comprados con dinero procedente de la venta de los frutos (quedan pignorados o no).

Al primero de los problemas, el rescripto responde de una forma clara: cuando se haya constituido un derecho de prenda sobre unos fundos, los frutos de esos fundos quedan pignorados de forma tácita aún cuando las partes no lo hayan acordado expresamente. Por lo tanto, según esta constitución, la pignoración del fundo se extiende de forma tácita a los frutos. Sin embargo, como se ha visto en Dig 20,1,1,2, a veces ocurría que el constituir un derecho de prenda sobre los fundos, las partes acordaban expresamente la extensión del gravamen a los frutos. Para mí esta contradicción es salvable si se interpreta la frase *etsi id aperte non sit expressum et ipsi pignori credantur tacita pactione esse* de la siguiente manera: al pignorar un fundo podía ocurrir que las partes establecieran mediante acuerdo expreso que los frutos quedarán pignorados como lo demuestra Dig 20,1,1,2. Este fenómeno probablemente se hizo tan frecuente que, en aquellos supuestos en que el acuerdo no tuviera lugar, se consideró que los frutos quedaban pignorados de forma tácita. Sin embargo, ésto no quiere decir que no pudieran realizarse pignoraciones expresas (129). A mi entender, esta problemática es semejante a lo que ocurría con la pignoración de frutos en los supuestos de arrendamientos rústicos de

(125) Ver el texto en este mismo capítulo (§ 45), especialmente lo indicado en la nota 89.

(126) Por ejemplo Nerat, Membr 1 (Dig 20,2,4,pr; § 3); Ulp, Ed 73 (Dig 20,2,6; § 30); Paul, Ed 3 (Dig 2,14,4,pr; § 25) y Pomp, VarLect 3 (Dig 20,2,7,pr; § 41).

(127) Esta expresión sin embargo también se encuentra en Paul, Ed 3 (Dig 2,14,27,9).

(128) KASER, *Partus ancillae*, 180 n 112.

(129) En este sentido coincide plenamente con KASER, *Partus ancillae*, 190. Para este autor el que el acuerdo expreso fuera frecuente, no quiere decir necesariamente que el mismo fuera exigible.

fundos, pues como se ha visto en Dig 20,2,7,pr (130), los frutos que nacían en los fundos rústicos también se consideraban *tacite pignori-etiamsi nominatim id non convenerit*.

A continuación el texto cambia de tema y plantea el segundo problema: ¿qué pasa con los fundos (131) comprados con dinero obtenido de la venta de los frutos pignorados? Esta cuestión presupone a mi entender la siguiente hipótesis: el deudor pignoraticio, que ha gravado su fundo y posiblemente lo sigue trabajando, como propietario que es de los frutos los enajena, obteniendo lógicamente dinero con ello. En la constitución no se dice nada acerca de la enajenación; no se sabe si el deudor la ha efectuado con o sin el consentimiento del acreedor. En mi opinión, es posible pensar que al igual que en otros supuestos de pignoración de colectivos (132), el deudor podía realizar actos de disposición antes del vencimiento sin pedir el consentimiento al acreedor, siempre que los mismos no fueran fraudulentos. Con el dinero obtenido, compra unos nuevos predios, surgiendo el problema de determinar la condición jurídica de los mismos: ¿están gravados de forma tácita al igual que los frutos, o no? Según el rescripto, los predios no se subrogan en la condición de los frutos; y por lo tanto se entiende que no están gravados.

Pienso que esta respuesta tiene su lógica. Hay que tener en cuenta que en este supuesto, el derecho de prenda recae sobre el fundo y se extiende tácitamente a los frutos. Creo que mientras el deudor siga teniendo en su patrimonio bienes suficientes para hacer frente a la obligación garantizada con la prenda, como se puede preveer que tiene en este caso, no se le puede impedir que enajene los frutos, ya que los frutos no han sido pignorados por acuerdo expreso. Por otra parte, nos parece excesivo que una pignoración de carácter tácito se pueda entender prorrogada tácitamente sobre los objetos que sustituyen a los frutos en el patrimonio del deudor.

Se podría pensar, que la solución dada en el rescripto, contradice en alguna manera lo que establecen Dig 20,1,34,pr (133) o Dig 20,1,13,pr (134). En estos textos, que se van a analizar a lo largo de este trabajo, se mencionan unos supuestos de *pignus tabernae* y de *pignus gregis*. En el primero de ellos se indica que si el deudor pignoraticio vende las mercancías pignoradas y compra con el dinero otras nuevas que introduce en la tienda, perdiura la

(130) Ver el análisis de este texto en el mismo capítulo (§ 41).

(131) Es curioso como SCHULZ, ROMANO y DE ROBERTIS al reproducir el rescripto, omiten el término *praedia*.

(132) Ver en el capítulo segundo, dedicado a la pignoración de *imvecta et illata* en garantía de pago de la renta de un fundo urbano, el análisis de Ulp, Ed 73 (Dig 20,2,6; § 30) y Paul, OPrPraeVig (Dig 20,2,9; § 26), textos en los que se hace referencia a la facultad que tiene el acreedor de manumitir esclavos pignorados.

(133) Ver el análisis de este texto en el capítulo cuarto (§ 53).

(134) Ver el análisis de este texto en el capítulo cuarto (§ 56).

prenda sobre las mismas. Algo semejante se dice, en Dig 20,1,13,pr respecto a las cabezas de ganado que nazcan después de la constitución del gravamen sobre el rebaño.

Desde mi perspectiva interpretativa no hay semejante contradicción, ya que las hipótesis son diferentes. Mientras que estos supuestos, como se va a ver, se refieren a la pignoración de un colectivo de elementos naturalmente separados, pero que a efectos de pignoración se consideran como una unidad (la tienda, el rebaño), aquí se está ante la pignoración expresa de un fundo. Por otra parte, mientras que en los supuestos de *pignus gregis* y *tabernae*, las cabezas y las mercancías son sustituidas por otras mercancías y otras crías que siguen formando parte del rebaño o de la tienda, aquí los frutos no son sustituidos por otros frutos, sino por elementos diferentes (unos fundos) que no pertenecen a colectividad alguna.

Por todo ello, y con base en este análisis, creo que del texto es posible establecer entre otras, las siguientes conclusiones: 1.—El rescripto es sustancialmente clásico, aunque evidentemente ha sido extraído de un texto más amplio como el mismo encabezamiento lo indica; 2.—Cuando se pignora un fundo, se entiende que tácitamente los frutos quedan también gravados, aunque no se haya establecido ello por acuerdo expreso. Ahora bien, esto no quiere decir que el acuerdo expreso para pignorar los frutos no fuera posible. Según mi hipótesis interpretativa al ser tan frecuente este acuerdo expreso pasó a convertirse en una cláusula de estilo y el siguiente paso fue la pignoración tácita; 3.—En el supuesto de que el deudor enajene los frutos tácitamente pignorados, se entiende que los objetos que él adquiriera con el dinero proveniente de la venta, en este caso los predios, no están pignorados.

§ 48.—CONCLUSIONES

Con base en el análisis realizado, creo que es posible establecer las siguientes conclusiones:

1. Aparición

La pignoración de los frutos en garantía del pago de la renta de un fundo rústico, parece que estuvo desarrollada a mediados del siglo II p.C., como lo pone de manifiesto el texto de Africano (Dig 47,2,62,8). Igualmente, en época de Gayo (Dig 20,1,15,pr) se estableció la posibilidad de pignorar los frutos en garantía de cualquier obligación.

2. Constitución

Al hablar de la constitución del derecho de prenda a favor del acreedor pignoraticio, pienso que es posible distinguir dos supuestos a) pignoración de

frutos en garantía del pago de la renta de un arrendamiento rústico y b) pignoración de frutos en garantía de cualquier clase de obligación.

Por lo que se refiere al primer supuesto, en una fase inicial, según mi interpretación por analogía al funcionamiento de la pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de un fundo rústico, se exigió un acuerdo expreso como lo pone de manifiesto Africano, Dig 47,2,62,8. Sin embargo, a partir de Pomponio, en el supuesto de que las partes no hubieran acordado expresamente la pignoración, la misma surgía tácitamente. Y esta consuetudión por acuerdo tácito, parece ser la normal en época de Papiniano (Dig 19,2,53) y Paulo (Dig 19,2,24,1).

Por lo que respecta a la pignoración de frutos en garantía de cualquier obligación, creo que se dio una evolución en cierta medida comparable. En época de Gayo (Dig 20,4,1,1,3) la pignoración de frutos se constituía mediante un acuerdo expreso, acuerdo que se seguía practicando en época de Papiniano (Dig 20,1,1,2), mientras que, según una constitución del año 233 p.C. de Severo Alejandro, en aquellos casos en que la pignoración de frutos surgiera como consecuencia de la pignoración de la cosa madre (fundo), dicho acuerdo expreso no era necesario.

Pero al margen del acuerdo expreso o tácito, la pignoración de frutos exigía que los mismos, en cuanto bienes futuros o inexistentes en el momento de la *conventio pignoris*, llegaran a introducirse en el patrimonio del deudor, hecho que ocurriría únicamente a partir de la separación de los frutos.

3. Sujetos

Las personas que normalmente intervenían en la constitución de esta garantía variaban según que los frutos garantizaran el pago de la renta de un fundo rústico o cualquier otra obligación.

En el primero de los casos, los sujetos eran, por un lado, el *dominus fundi* en calidad de acreedor pignoriático, y por otro, el colono en calidad de deudor. En el supuesto de que hubiera existido subarriendo, la relación se establecía entre el colono subarrendatario y el *dominus* arrendador, según se deduce de Paulo, Dig 19,2,53. Igualmente este último texto pone de manifiesto cómo en algunas ocasiones el *dominus fundi* arrendador no era un particular, sino el propio Fisco.

4. Objeto

Según se desprende de Africano, Dig 47,2,62,8; Pomponio, Dig 20,2,7,pr; Gayo, Dig 20,1,15,pr y Dig 20,4,11,3; Papiniano, Dig 19,2,53 y Dig 19,2,24,1, la pignoración podía tener por objeto únicamente los frutos.

Sin embargo, a veces la misma iba acompañada de la pignoración de un fundo (Papiniano, Dig 20,1,1,2 y Severo Alejandro, CJ 8,14,3 (223 p.C.)).

5. *Relación jurídica garantizada*

Los frutos podían garantizar el pago de la renta del fundo rústico, como se pone de manifiesto en Africano, Dig 47,2,62,8; Pomponio, Dig 20,2,7,pr; Papiniano, Dig 19,2,53 y Paulo, Dig 19,2,24,1. Igualmente, a partir de Gayo, los frutos parece que garantizaban cualquier tipo de obligación (Papiniano, Dig 20,1,1,2; Gayo, Dig 20,4,11,3 y Severo Alejandro, CJ 8,14,3 (223 p.C.)).

6. *Derechos del deudor*

El deudor tenía derecho a enajenar los frutos siempre que los mismos hubieran quedado pignorados en virtud de un acuerdo tácito que recaía sobre varias cosas del patrimonio del deudor, según se desprende de la interpretación que realizo de una constitución de Severo Alejandro, CJ 8,14,3 (223 p.C.). En cambio, cuando los frutos hubieran quedado pignorados en virtud de un acuerdo expreso, su enajenación constituía hurto, según mi interpretación del texto de Africano (Dig 47,2,62,8).

7. *Derechos del acreedor*

El acreedor pignoraticio, según los textos que he analizado, con base en su derecho de prenda sobre los frutos podía: a) dirigirse con una acción real frente al tercero, ajeno a la relación de garantía pignoraticia, que hubiera adquirido frutos pignorados mediante acuerdo expreso. Esta enajenación del deudor podía ser considerada *furtum*, según se desprende de Africano, Dig 47,2,62,8, por lo que parece lógico pensar que el acreedor pignoraticio estaba legitimado para ejercitar la *actio furti*, pudiendo acumularla según mi interpretación con la *actio Serviana utilis*; b) dirigirse con una acción real frente al tercero, ajeno a la relación de garantía pignoraticia, que tuviera en su poder frutos pignorados de forma expresa por el deudor. Según Papiniano, Dig 20,1,1,2, la acción *Serviana utilis*, prosperaría únicamente en el supuesto de que dichos frutos hubieran legado a hacerse propiedad del deudor pignoraticio antes de la enajenación. En el supuesto de que este fenómeno no se hubiera producido, dicha acción no prosperaría, ya que los frutos nunca habían estado pignorados, en cuanto que nunca habían pertenecido al deudor.

El hecho de que Papiniano, Dig 20,1,1,2 hable de la *actio Serviana utilis*, a mi entender se debe a que los frutos, lógicamente por ser cosas inexistentes, en el momento del acuerdo pignoraticio de este requisito exigido por la *actio Serviana*, forzaba a que la misma se concediera únicamente en calidad de *utilis*.



CAPITULO 4

**PIGNORACION DE MERCANCIAS,
TIENDA, REBAÑO Y BOSQUE**



§ 49.—INTRODUCCION: DELIMITACION DE NUESTRO ESTUDIO

El presente capítulo está dedicado a analizar dos grupos de textos. Por un lado, se van a estudiar tres documentos epigráficos de los descubiertos en el año 1959 en la localidad italiana de Murécine, al construirse la autopista entre Salerno y Pompeya, y que normalmente son conocidos como: *Tabulae Pompeianae*. Como se sabe, dichas tablas recogen diversos *negotia* y documentos privados de carácter jurídico, redactados entre los años 40 y 60 de nuestra era en Pozzuoli y llevados con posterioridad a Pompeya (1).

A través de las diferentes publicaciones, realizadas en los últimos años (2), sabemos que, al menos tres de estos documentos epigráficos, tratan de la pignoración de mercancías (3). Por ello, el presente capítulo está dedicado a estudiarlos, ya que dichos documentos ponen de manifiesto cómo se efectuaba en la práctica dicha pignoración.

Pero junto a estas tres tablas, también se van a estudiar un grupo de textos que se refieren a la pignoración de un colectivo de elementos naturalmente separados, pero que, a efectos de pignoración, se consideran como una unidad. Se trata en concreto de analizar las fuentes clásicas existentes sobre el *pignus tabernae*, el *pignus gregis* y el *pignus silvae*.

Se estudia la problemática planteada en estos dos grupos de textos conjuntamente, por considerar que entre la pignoración de mercancías y el *pig-*

(1) En este sentido L. BOVE, *A proposito di nuove Tabulae Pompeianae*, RAAC 36 (1961) 153 = Labeo 17 (1971) 134; IDEM, *Documenti processuali dalle Tabulae Pompeianae di Murecine* (Napoli 1979) 1-16.

(2) Ver por ejemplo C. GIORDANO, *Su alcune tavolette cerate dell'agro Murécine*, RAAC 43 (1966) 107; SBORDONE-GIORDANO, *Dittico greco-latino dell'agro Murécine*, RAAC 43 (1968); L. BOVE, *Tabulae Pompeianae*, Labeo 19 (1973) 7-25; L. BOVE, *Rapporti tra dominus auctoris coactor ad emptor in Tab. Pomp.* 27, Labeo 21 (1975) 322-331. IDEM, [n 1] 16-20. En las páginas 329-331 el autor hace una relación de las diferentes ediciones de las tablas y de las diferentes publicaciones existentes sobre la misma; MACQUERON, *Contractus scripturae*, donde reproduce las tablas 7,8,13,15,17,18,19,26,27 y 52; L. CASSON, *The role of the State in Rome's grain trade*, Memoirs of the American Academy in Rome 36 (1980) 21-33 que recoge las tablas 15,7,16,17,18 y 44.

(3) Quizás haya más tablas que traten de este tipo de prenda, pero no he tenido conocimiento de las mismas.

nus tabernae, existe una estrecha relación, ya que en ambos casos las mercancías quedan gravadas.

§ 50.—TABPOMP 15 (28.6.37 p.C.)

P 2 Cn. Accerionio Proculo, C. Petronio Pontio <Nigrino> (4) cos. | IV k. iulias. | C. Novius Eunus scrips «i» me accepisse ob | mutua ab Eueno Ti. C <a> es «s» aris (5) Augusti || luberto (6) Primiano apssente (7) per || Hessucus (8) ser(vum) eius et debere ei sestert <i>a | decem milia nummu(m) qu <a> e ei red <d> am | cum petiaerit (9) et ea sestert <i> a decem mi | [li] a q.s.s.p.r.d. (10) stipulatus «est» est (11) Hessucus Eueni Ti. C <a> essaris Augusti L. Primiani || ser(vus), spepodi (12) ego C. Novius Eunus. | Proque iis sesterti <s> decem milibus | nummu(m) dedi pignorís Araonis (13).

P 3 [...] nomine tridici Al <e> xandri ni modium | septe <m> milia plus minus, et ciceris, faris | monocopi, (14), lentis, in sac <c> is ducentis modium | quator milia plus minus qu <a> e om «i» nia | po[s]i[ta] habeo pennes me in hor <r> eis Bassianis || publicis Put <e> olanorum qu <a> e <ab> om «i» ni | vi periculo meo est dico fateor. | Actum Putiolis.

Estamos ante un tríptico, en concreto ante la escritura interior recogida

- (4) MACQUERON, *Contractus scripturae*, 165 n 1 justifica la introducción de Nigrino debido a su existencia en la escritura exterior.
- (5) En la publicación de GIORDANO, que conozco a través de CASSON, [n 2] 33, se lee *Cessarís*.
- (6) Lógicamente como propone MACQUERON, *Contractus scripturae*, 165 n 3 debe leerse *liberto* en lugar de *liberto*.
- (7) Lógicamente es más correcto *absente*.
- (8) Como vamos a ver en la *TabPomp 7* se habla de *Hesticus* en lugar de *Hesucus*. Nosotros vamos a hablar de Esico.
- (9) En la publicación de GIORDANO, que conocemos a través de CASSON, [n 2] 33 figura *patierit*.
- (10) MACQUERON, *Contractus scripturae*, 165 n 6 siguiendo a Giordano, da la reconstrucción siguiente: *q(uae) s(cripta) s(unit) p(robe) r(ecte) d(art)*.
- (11) MACQUERON, *Contractus scripturae*, 164 es el único que suprime este «est».
- (12) El propio MACQUERON, *Contractus scripturae*, 165 n 7 sugiere acertadamente *sponpon-di*.
- (13) GIORDANO, según CASSON, [n 2] 33 reconstruyó *arrabonis*. MACQUERON, *Contractus scripturae*, 165 n 8 acepta esta reconstrucción. Sin embargo este mismo autor en *Un commerçante en difficulté au temps de Caligula*, EtLaufreret, 498 n 2 propone *arrabonisve*, por considerar que la corta laguna existente entre *arrabonis* y *nomine* puede ser llenada con dicho término.
- (14) GIORDANO, a través de CASSON, [n 2] 33 reconstruyó *far(r)is monoc(ò)pi*. Según MACQUERON, *Contractus scripturae*, 165 n 10 la frase designa una calidad especial de harina.

en las páginas 2 y 3. La *tabula* fue publicada por primera vez por Giordano (15). Sin embargo, yo he reproducido la versión de Macqueron (16).

La *tabula* recoge un préstamo de 10.000 sestercios realizado por Euno Primiano, liberto imperial, a través de su esclavo Esico, a favor de C. Novio Euno. El préstamo, que en este caso reviste la forma de *stipulatio*, se garantiza con un derecho de prenda sobre 7.000 modios de trigo de Alejandría y 4.000 modios de garbanzos, harina y lentejas contenidos en 200 sacos, depositados en los almacenes basianos públicos puteolanos.

El documento comienza con la fecha: se ha realizado bajo el consulado de *Cnaeus Acerronius Proculus* (17) y de *Caius Petronius Pontinius Nigrinus* (18), en concreto, el 4 de las calendas de junio, es decir, el 28 de junio del año 37 p.C. (19).

Seguidamente el documento establece las partes que han efectuado el contrato de préstamo. Por un lado, C. Novio Euno en calidad de prestatario, y por otro, Euno Primiano, liberto del emperador Tiberio César, que actúa a través de su esclavo Esico. Por lo que se refiere al prestatario, Novio Euno, cabe pensar que es un comerciante al por mayor (20), que se dedica a la compra-venta de productos alimenticios. El prestamista, como he indicado ya, es un liberto del emperador Tiberio César (21) que lleva el nombre de Euno Primiano (22). Pero él personalmente no es quien realiza el préstamo, sino su esclavo Esico (23), que en mi opinión actúa como su representante (24).

(15) GIORDANO, RAAC 45 (1970) 213-215 que conozco a través de CASSON, [n 2] 33 y de MACQUERON, [n 13] 498 n 2.

(16) MACQUERON, *Contractus scripturae*, 164-166.

(17) Sobre este personaje ver ROHDEM, *Acerronius*, PWRE 1/1, 154-155.

(18) Sobre este personaje ver R. HANSKIK, *Pontius*, PWRE 22/1, 40-41.

(19) A. DEGRASSI, *I fasti consolari del Imperio Romano (Dal 30 a.C. al 613 d.C.)* (Roma 1952) 10 confirma este dato. Sobre el calendario romano y su cómputo ver E. BICKERMAN, *Chronologie*² (Leipzig 1963) 24-31 y F. DELLA CORTE, *L'antico calendario dei romani* (Genova 1969); P. HERZ, *Untersuchungen zum Festkalender der römischen Kaiserzeit nach Datieren Weih- und Ehrenschriften* (Mainz 1975); E. J. BICKERMAN, *Chronology of the ancient world*² (New York 1980) 43-51.

(20) En este sentido se pronuncia al menos CASSON, [n 2] 26. Igualmente MACQUERON, [n 13] 499 indica que era un comerciante de granos.

(21) MACQUERON, [n 13] 499 llama la atención sobre lo extraño que resulta el que se siga haciendo referencia al emperador Tiberio que ha muerto el 16 de marzo del 37; parece más lógico que Euno Primiano aparezca como liberto del nuevo emperador (Calígula).

(22) Sobre la situación de los libertos y esclavos en esta época ver: H. CHANTRAINE, *Freigelassene und Sklaven im Dienst der römischen Kaiser* (Wiesbaden 1967); G. BOULVERT, *Esclaves et affranchis impériaux sous le Haut-Empire Romain. Rôle politique et administratif* (Napoli 1970). Sobre la condición concreta de este liberto ver G. BOULVERT, *Nowvelles Tabulae Pompeianae*, RHDFFE 51 (1973) 57-59; MACQUERON, [n 13] 499.

(23) Sobre este esclavo ver BOULVERT, [n 22] 59-60.

(24) En este sentido MACQUERON, [n 13] 499.

El documento no especifica expresamente la cantidad prestada; Novio Euno reconoce que ha recibido dinero en préstamo, pero no dice la cantidad. En cambio indica que se compromete a devolver 10.000 sestercios. El hecho de que no se mencione ningún tipo de interés, permite pensar que en esta cantidad de 10.000 sestercios está incluido el interés legal del 1 % mensual (25).

Se indica también en esta parte del documento que la cantidad no se tiene que restituir en una fecha determinada, sino *cum petierit*, es decir, cuando el prestamista quiera. Al parecer, esta cláusula no fue desconocida en la época, como lo pone de manifiesto el que la misma se encuentre por ejemplo en la *TabPomp* 17 (26).

Según el documento, la deuda de préstamos revistió la forma de *stipulatio*. Aparentemente, como *stipulator* ha actuado Esico, que como he dicho ya, es esclavo y en calidad de *promissor* ha actuado el prestatario Novio Euno. La actuación de Esico no es extraña, ya que como se sabe (27) el esclavo mediante la *stipulatio* podía hacer deudor a otra persona, convirtiendo a su dueño en acreedor (28).

Seguidamente viene la parte del documento que para mí presenta mayor interés. Se dice que el prestatario dio en garantía del pago de los 10.000 sestercios, 7.000 modios de trigo de Alejandria y alrededor de 4.000 modios de legumbres varias, contenidas en 200 sacos y depositadas en los almacenes basianos públicos de los puteolanos (29).

Para designar la prenda se encuentra en el documento la locución *dedi pignoris arrabonis*. Por lo tanto, por un lado parece que se hace referencia al *pignus datum* y por otro a las arras. Esta doble referencia plantea como mínimo dos cuestiones: 1) ¿Qué significado tiene la locución *pignus datum*?; ¿estamos ante un auténtico traslado de la posesión?; b) ¿Qué sentido tiene la referencia a las arras?; ¿estamos ante la acepción normal que las arras tuvieron en la compraventa romana, o al contrario, en este caso el significado concreto se acerca más al habitual en el mundo greco-egipcio?

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la respuesta que surge tras haber leído el texto, parece clara. No ha existido un traslado de posesión, ya que el mismo prestatario reconoce que las mercancías *possita habeo penes me in horreis Bassianis publicis Puteolanorum*. Ahora bien, como se va a ver en los otros documentos epigráficos analizados en este mismo capítulo, el 2 de

(25) En este sentido CASSON, [n 2] 26 y MACQUERON, [n 13] 500.

(26) Conozco a través de CASSON, [n 2] 33 y MACQUERON, *Contractus scripturae*, 15-16.

(27) En este sentido W. W. BUCKLAND, *The roman law of slavery* (Cambridge 1908) 154-155; KASSER, *RPR I*, 286; en *TabPomp* 16 (§ 52) se menciona igualmente una estipulación realizada por Esico en calidad de *stipulator*.

(29) Estos mismos almacenes son los mencionados en la *TabPomp* 7 (§ 51) y en la *TabPomp* 16 (§ 52).

julio del año 37, Esico tomó en arrendamiento en los almacenes basianos públicos diversas dependencias, en las que había depositado trigo de Alejandría y legumbres contenidas en 200 sacos, curiosamente las mismas mercancías que aquí figuran como entregadas en prenda. Este hecho, ¿hasta qué punto no permite hablar de un auténtico *pignus datum*? Creo que efectivamente existió tal entrega de mercancías, como lo ponen de manifiesto estos documentos; lo que ocurre es que la misma tuvo lugar con un cierto retraso, se produjo el 2 de julio y no el 28 de junio. ¿Por qué este retraso? Para Casson (30) la respuesta es relativamente clara: el deudor posiblemente no tenía las mercancías; pudo ocurrir que, a semejanza del préstamo marítimo, el deudor empleara el dinero recibido en préstamo en comprar esas mercancías con la esperanza de revenderlas a un precio más alto y lucrarse con la diferencia. Pensó comprar las mercancías con el dinero obtenido en préstamo, y llevarlas a los almacenes públicos lo más rápido posible, para una vez allí proceder a su entrega al acreedor. Sin embargo, esta interpretación de Casson tiene una dificultad: en el texto se dice por parte del deudor *possita habeo penes me*, es decir, que tenía depositadas las mercancías a su nombre en el almacén. Casson resuelve este problema interpretando la frase de la forma siguiente: el deudor en esta frase no dice que tenga depositadas las mercancías a su nombre, sino que va a tenerlas depositadas (31). A mi entender esta interpretación de Casson es aceptable; el prestatario dice al prestamista que tiene las mercancías en su poder para poder obtener el dinero más fácilmente. Sin embargo, posiblemente es incierto que tenga todas las mercancías, ya que si hubiera sido así probablemente no hubiera existido problema alguno para realizar el contrato de arrendamiento ese mismo día, hecho que no se produjo. Por lo tanto se supone que con el dinero obtenido en préstamo compra al menos parte de esas mercancías que dice tener y las deposita en los almacenes públicos.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, el posible significado del término *arrabonis* pueden adoptarse diferentes interpretaciones. El punto de partida para las mismas es claro: sin lugar a dudas se está haciendo referencias a la existencia de unas arras. Pero, ¿qué función cumplían en este caso? Normalmente se afirma por los romanistas, que las arras son una institución que en el derecho romano tiene importancia en la compraventa (32). Sin embargo, aquí nos encontramos ante un supuesto en el que las mercancías depositadas en los almacenes basianos públicos no actúan como arra en la compraventa, sino en un contrato de préstamo. Ello lógicamente induce a pensar, que la función habitual que se atribuye a las arras en el derecho romano pre-

(30) CASSON, [n 2] 28.

(31) CASSON, [n 2] 32 n 39 dice: «I am interpreting the words *possita habeo penes me* of TP 15 as what I am to have on deposit under my name».

(32) Por ejemplo KASER, *RPR* 1^a, 547.

clásico y clásico, dar firmeza al contrato (33), no es la que cumplen en este caso. En el presente supuesto pienso que tienen una función de garantía de carácter penitencial; la habitual en el mundo greco-egipcio (34) y el que cumplan esta función, creo que es lógico si se tiene en cuenta que en el texto no se hace la más mínima referencia a un *factum vendendi* a favor del acreedor. En esta época, el acreedor pignoraticio no podía vender libremente las mercancías sobre las que tenía el derecho de prenda sin cometer hurto (35). Por ello esta interpretación, según la cual las mercancías han sido entregadas a título de prenda y arras, a mi entender permite pensar que en caso de incumplimiento de la obligación (devolución de la cantidad prestada cuando quiera el acreedor) el prestamista podía quedarse con las mercancías en propiedad, mercancías que ya poseía y que estaban depositadas a su nombre en los almacenes públicos. Por lo tanto, según esta interpretación, estaríamos ante un supuesto que tendría los mismos efectos que un *pignus* con pacto de *lex commissoria*, lo que ocurre es que en vez de expresarlo así, las partes han hablado de *pignoris arrabonis*.

Y esta interpretación, que permite al acreedor quedarse con la propiedad de las mercancías, me parece lógica si se tiene en cuenta la hipótesis de la que he partido: el prestatario, con el dinero obtenido en préstamo, ha comprado las mercancías; por lo tanto, no parece tan impensable que el acreedor en un momento determinado se pueda quedar con dichas mercancías, ya que al fin y al cabo han sido compradas con su dinero.

Respecto a las mercancías pignoradas, creo que puede ser interesante poner de manifiesto la especificación, determinación, de las mismas. El acreedor dice que entrega en prenda 7.000 medios de trigo (36), que están depositados en los almacenes basianos públicos de los puteolanos; y en concreto es ese trigo y no otro el gravado. Lo mismo ocurre con los 4.000 modios de legumbres; no son garbanzos, harina, lentejas en general, sino estas clases de legumbres contenidas en los 200 sacos depositados en los almacenes públicos puteolanos.

Por lo tanto, el peligro inicial de constituir gravamen sobre cosas muebles, fungibles y consumibles, que podría hacer peligrar el derecho de prenda, se ha atenuado mediante un doble mecanismo: 1.—Al pasar las mercancías gravadas al acreedor pignoraticio; 2.—Al especificar las mercancías. De esta forma el acreedor pretende tener un perfecto control sobre el objeto gravado. En el momento en el que el deudor encuentre un comprador para las mercan-

(33) En este sentido KASER, *RPR* 1², 547-548.

(34) Sobre las arras en estos ordenamientos jurídicos ver, por ejemplo, FREZZA, *Garanzie* I, 300-301; M. TALAMANCA, *L'arra della compraventa in diritto greco e in diritto romano* (Milano 1953) 21-37.

(35) En este sentido Dig 47,2,74 (Jav, Cas 15).

(36) Según CASSON, [n 2] 26 venían a ser unas 45 toneladas.

cias, el acreedor, probablemente, las entregará a este último, a cambio de que su deudor y vendedor abone la cantidad que le debe en concepto de préstamo. Será en este momento cuando el acreedor pida la restitución de la cantidad, de ahí la mención *cum petierit* que figura en el préstamo.

El texto finaliza haciendo referencia a los riesgos. Se indica que el deudor corre con todos los riesgos, en el caso, se entiende, de que se produzca la pérdida de las mercancías por fuerza mayor(37). A mi entender, esta afirmación es perfectamente lógica. Es cierto que el acreedor pignoraticio, que tiene la posesión de los bienes, responde por *dolus, culpa* o por *custodia* (38). Sin embargo, en este caso parece igualmente lógico que no sea así, ya que el acreedor, de hecho, no tiene la posesión material de los bienes. En este caso, como se sabe, las mercancías están depositadas en los almacenes públicos. Por lo tanto, será el arrendador, el que responde por *custodia* de los objetos allí depositados (39), en este caso concreto, de las mercancías. Pero esta responsabilidad por *custodia* del acreedor le exime de responder por fuerza mayor (40). Por ello, supongo que el prestamista anticipándose al supuesto, sugiere al prestatario la asunción de este tipo de responsabilidad que no queda cubierta por el contrato de arrendamiento.

Con base en este análisis, creo que es posible establecer las siguientes conclusiones: 1.—El documento hace referencia a un préstamo de dinero realizado por un liberto, a través de un esclavo, garantizado con mercancías; 2.—La garantía sobre las mercancías pese a lo que a primera vista pudiera deducirse, según mi interpretación, que en este punto coincide con la de Casson, se ha constituido mediante *pignus datum*; lo que ocurre es que la entrega se ha realizado con posterioridad; 3.—El prestatario responde por fuerza mayor en el supuesto de pérdida o destrucción de las mercancías; 4.—La prenda, al constituirse en forma de arra según la interpretación realizada, va a permitir al acreedor, caso de incumplimiento de la obligación, quedarse con la propiedad de las mercancías, ya que las arras, en este caso, según mi hipótesis interpretativa cumplen una función penitencial.

§ 51.—TABPOMP 7 (2.7.37 p.C.)

P 2 C. Caesare Germanico Augusto | Ti. Claudio Nerone Germanico cos. |
VI non(as) Iulias | Diognetus C. Novi «i» Cypaeri ser(vus) | scripsi

(37) El texto habla únicamente de *vis*. Sin embargo considero que la referencia es a la *vis maior*.
(38) Ver en este sentido lo indicado en el análisis de Paulo, Dig 39,2,34 (§ 29) en concreto la bibliografía dada en la nota 203.

(39) En este sentido al menos se pronuncian: J. A. C. THOMAS, *Custodia and Horrea*, RIDA 6 (1957) 377 ss; *Return to Horrea*, RIDA 13 (1966) 353, 366; A. WACKE, *Rechtsfragen der römischen Lagerhausvermietung*, Labco 26 (1980) 302.

(40) En este sentido WACKE, [n 39] 302; KASER, *RPR* 1², 507.

ius(s)u (41) Cypaeri domini || mei cor(am) (42) ip<so> me locasse | Hesico Ti. Iulii Augusti libert(i) | P(rimiani) (44) Eueni ser(vt) (45) ho-
reum XII || [in horreis] Bassianis publicis Puteolano | rum med(i)is (46)
in quo repositu[m] || est triticum Alexandrin[um] (47) | quod pignori
accepti |

P 3 hodie ab C. Novio Euno | item in iisdem (48) horreis | imis intercolum-
nia ub<i> (49) || repositos habet saccos legu | m <i> num (50) ducentos
quos | pignori accepit ab <e>odem (51) | Eun <o>. (52) | Ex k(alendis)
Iuli <i> s in menses singulos || sestertiis singulis nummis. | Act(um) Pu-
toliis.

Este documento, del que reproduzco siguiendo a Macqueron las páginas 2 y 3 (la página 5 recoge la *scriptura exterior* que prácticamente coincide con la interior), es un tríptico en forma de quirógrafo (53) que recoge un contrato de arrendamiento.

Al igual que el documento anterior, éste comienza con la fecha en la que se ha realizado el arrendamiento; en concreto, el 6 de las nonas de julio (= 2 de julio del 37 p.C.), siendo cónsules César Germánico Augusto (Calígula) (54), y Tiberio Claudio Nerón Germánico (55).

Seguidamente, se pasa a exponer el negocio realizado: Diogneto, esclavo de C. Novio Cipero, y en su presencia, ha efectuado un contrato de arrendamiento con Esico, esclavo de Primiano Euno, que a su vez es liberto del emperador Tiberio. Según esto, los sujetos que han intervenido en el contrato

(41) En la escritura interior según BOVE, [n 1] 149 figura *iusu*, en cambio en la escritura exterior el término empleado es *iusu*.

(42) Según BOVE, [n 1] 149 al igual que en el supuesto anterior hay una diferencia entre la escritura exterior y la interior; en la interior figura *cora*, en la exterior *coram*.

(43) Según BOVE, [n 1] 149 en la escritura interior figura *ipsu[m]*.

(44) La reconstrucción de BOVE, [n 1] 149 omite este nombre.

(45) BOVE, [n 1] 149 reconstruye *seruo*.

(46) BOVE, [n 1] 149 reconstruye *medis*.

(47) BOVE, [n 1] 149 reconstruye *Alexandrinium*.

(48) BOVE, [n 1] 149 reconstruye *isdem*.

(49) BOVE, [n 1] 149 reconstruye *ube*; en la escritura exterior figura *ubi*.

(50) BOVE, [n 1] 149 reconstruye *legumenum*; en la exterior figura *leguminium*.

(51) BOVE, [n 1] 149 reconstruye *aeodem*.

(52) BOVE, [n 1] 149 reconstruye *Eunum*.

(53) Sobre el *chirographum* ver KASER, *RPR* 1², 234. E. PAOLI, *Chirografo*, NNDI 3, 211-212; LEONHARD, *Chirographum*, PWRE 3/2, 2301; W. KUNKEL, *Syngrapha*, PWRE 4A, 1386-1387.

(54) Sobre este emperador ver GELZER, *Julius Caligula*, PWRE 10/1, 381-423; J. P. V. D. BALDSON, *The principates of Tiberius and Gaius*, ANRW 2,92-94 con la bibliografía allí citada.

(55) Sobre este emperador ver por ejemplo, GAHEIS, *Claudius*, PWRE 3/2, 2778-2839; G. CHARLES-PICARD, *Auguste et Néron* (Paris 1962) 135-fin; E. MANNI, *Dall'avvento di Claudio all'acclamazione di Vespasiano*, ANRW 2, 138-143 con la bibliografía citada en cada caso.

han sido, por un lado en calidad de arrendatario Esico que, como se sabe por la *tabula* anteriormente analizada, es el esclavo que ha prestado los 10.000 sestercios a Novio Euno, y por el otro, en calidad de arrendador, Diogneto, que ha actuado por orden de su dueño y en su presencia. Según esta afirmación parece claro que Diogneto ha intervenido debido al iussum de su *dominus*, iussum que va a permitir al arrendatario, en caso de incumplimiento o responsabilidades por parte del arrendador, utilizar la *actio quod iussu* (56) contra el *dominus*.

Y según el documento, se han arrendado dos tipos de dependencias: a) el *horreum* número 12 y b) los *intercolumnia*. Por lo que respecta al término *horreum*, como ya he indicado en el capítulo segundo de este trabajo al analizar las *leges horreorum*, el término se puede emplear para determinar tanto los almacenes públicos como privados (57). Sin embargo, aquí parece claro que el término no tiene esa acepción. En este caso, Macqueron (58) cree que se debe entender como sinónimo de *cella*. Sin embargo para Rickman, el vocablo pudo utilizarse para designar un conjunto de habitaciones que se alquilaban en bloque (59). Por lo que respecta a los *intercolumnia*, este término, como ya he indicado (60), parece que hace referencia al espacio existente entre las columnas.

Y estas dependencias están situadas, como se ha visto en la *tabula* anteriormente analizada, no en unos almacenes privados (61), sino en unos almacenes *Bassianis publicis Puteolanorum*, es decir, en unos almacenes públicos pertenecientes a los Puteolanos, y que llevan el nombre de un tal *Bassius* (62).

Y en los lugares indicados de estos almacenes, hay depositado trigo de Alejandría *quod pignori accepit hodie ab C. Novio Euno*. Por lo tanto, según este texto, Esico, esclavo arrendatario, ha recibido en prenda *hodie*, por lo tanto el día del contrato de arrendamiento, el 2 de julio, de Novio Euno (el prestatario como veíamos en el documento anterior) el trigo de Alejandría, supongo que por la cantidad anteriormente mencionada. También se indica que en la zona baja de los almacenes (63) Esico ha depositado 200 sacos de legumbres, que se entiende son el trigo, los garbanzos, las lentejas y la harina

(56) Sobre esta acción ver KASER, *RPR* I², 608.

(57) Sobre las posibles acepciones del término *horreum* ver lo indicado en el análisis de *CIL* 6, 33747 = *FIRA* 3², 145 a = *DESSAU*, 5914 (§ 21) n 56.

(58) MACQUERON, *Deux contrats d'entrepôts du premier siècle p.J.C.*, *EtKaysar*, 290.

(59) G. RICKMAN, *Roman granaries and store buildings* (Cambridge 1971) 198.

(60) Sobre la acepción del término ver lo indicado en el análisis de *CIL* 6, 37795 = *FIRA* 3², 145 c (§ 22) n 80.

(61) Por ejemplo el de *CIL* 6, 33860 = *FIRA* 3², 145 b = *DESSAU*, 5913 donde se habla de un almacén privado en el que se arriendan dependencias.

(62) Sobre la razón de llevar este nombre ver MACQUERON, [n 58] 204 n 24.

(63) Sobre la distribución del *horreum* en diferentes partes ver MACQUERON, [n 58] 205.

anteriormente mencionadas y que el esclavo Esico recibió en prenda del mismo Euno.

Por lo tanto, al poner en relación el contenido de este texto con el anterior, presupongo que la prenda de la *TabPomp* 15 no se ha constituido como un supuesto de *pignus obligatum* sino de *pignus datum*. El hecho de que la persona del arrendatario, que tiene a su disposición una serie de mercancías depositadas en los locales tomados en arriendo, coincide con la del prestamista, a mi entender permite pensar en una entrega. Esta entrega no consiste en el traslado de la posesión material de las mercancías, sino en el traslado de la titularidad de las mismas.

Llama la atención, que en el documento no se haga referencia alguna a la posible pignoración a favor del arrendador de los *invecta et illata* del arrendatario, que como se ha visto en el análisis de las *leges horreorum* era habitual (74). Creo que este hecho puede tener una explicación lógica: el escaso precio que tiene que pagar el arrendatario; el precio de un sestercio por mes resulta prácticamente simbólico (75), y por lo tanto parece aceptable que no necesite garantía alguna.

Como ha indicado Macqueron (66), es interesante señalar que, según este contrato de arrendamiento, el arrendador de las dependencias del almacén sabe que las mercancías, que están situadas en el mismo, están pignoradas, y tiene conocimiento de quién es el que las ha entregado y cuándo se han entregado. A mi entender, este dato puede servir para conocer la problemática que planteaba la pignoración de mercancías. Si el acreedor no manifestaba su condición de tal y no tomaba posesión de ellas, podía ocurrir que el deudor las enajenara a un tercero, dando lugar de esta forma a una situación muy perjudicial para el acreedor. Por ello es totalmente lógico que se manifestara ante el arrendador que las mercancías allí depositadas estaban pignoradas. Por lo tanto, tácitamente se entiende que se está indicando al arrendador, que no permita que nadie las saque libremente del almacén sin el consentimiento del acreedor.

Con base en este análisis, creo que del texto es posible deducir las siguientes conclusiones: 1.—La *tabula* hace referencia a un contrato de arrendamiento de varias dependencias en un almacén público perteneciente a los puteolanos; 2.—El arrendatario de las mercancías es un acreedor pignoraticio que a partir del momento del contrato de arrendamiento ha tomado posesión de ellas al ser el titular de dicho contrato de arrendamiento; 3.—Las mercan-

(64) Ver los análisis de *CIL* 6, 33747 = *FIRA* 3², 145 = *DESSAU*, 5914 (§ 21) y *CIL* 6, 33795 = *FIRA* 3², 145 c (§ 22).

(65) *CASSON*, [n 2] 27 cree que la renta de un sestercio por mes es tan baja debido a que probablemente Euno es el que corre con los gastos de almacenaje.

(66) *MACQUERON*, [n 13] 504.

cías quedan determinadas: son el trigo de Alejandría situado en el *horreum* número 12, y las legumbres varias contenidas en 200 sacos situados en los *intercolumnia*; 4.—Según mi interpretación, en el presente caso no existió una pignoración tácita a favor del arrendador sobre las mercancías en garantía del pago de la renta debido a que el precio que había que abonar era muy bajo.

§ 52.—TABPOMP 16. (2.7.37 p.C.)

- P 2 C. Caesare Germanico Augusto | Ti. Claudio Germanico consolibus | VI nonas Iulius. C. Novius Eunus | scripsi me accepisse mutua ab | Hésico Eueni Ti. Caesaris Augusti | (íberti) Primiani servo [[mutua]] et | debere ei sestertia tria milia | numum praeter HS X̄ n(unnum) | quae alio chirographo meo | eidem debeo. Et ea sestertia || tria milia numerata nummum | q(uae) s(upra) s(cripta) s(unt) pr(obe) recte dari |
- P 3 stipulatus est Hésicus Eueni | Ti. Caesaris Augusti | (íberti) Primiani ser(vus), spondo ego C. Novius Eunus || In qua omni summa dedi ei | pignoris <nomine> tritici alexandrini modi | orum septem milia quae sunt posita | in horreis Bassianis publicis Puteolanorum | medis horreis [[quod facit]] et saccos ducent || os lentis ciceris farris monocopi | et cados in quibus sunt modiorum | quattor milia, qui sunt positi in | iisdem horreis. Quae omnia ab omni | vi periculo meo sunt: fateor || Actum Puteolis.

Estamos ante un díptimo del que he reproducido las páginas dos y tres, según la versión de Giordano que conozco a través de Macqueron (67).

El documento, al igual que el anteriormente analizado, es un quirógrafo en el que se recoge un contrato de préstamo con garantía pignoraticia. Coinciden con la fecha en que el mismo se ha realizado, en concreto el 6 de las nonas de julio (= 2 julio 37 p.C.), por lo tanto en la misma fecha que el documento que recogía el arrendamiento.

Seguidamente, Novio Euno reconoce haber recibido en préstamo de Esico, esclavo de Euno Primiano, liberto del emperador Tiberio César Augusto, y deberle 3.000 sestercios. Pero este préstamo presenta algunas diferencias respecto al de la *TabPom 15*. En ambos supuestos coincide la persona del prestatario: Novio Euno. En cambio varía la persona del prestamista. Mientras que en el primer documento analizado se decía que el préstamo lo había hecho Euno Primiano, liberto del emperador, a través de su esclavo Esico, aquí el autor del préstamo es el propio esclavo, es decir, que a diferencia del caso anterior el *dominus* no ha prestado nada. Tampoco en este caso, a diferencia de la *TabPom 15*, se mencionan el momento de la devolución y los in-

tereses devengados por el préstamo. Sin embargo, al igual que en el caso anterior, supongo que son los habituales del 1 % al mes, y que van incluidos en la cantidad que tiene que devolver Novio Euno.

En este documento se especifica claramente que esta deuda es totalmente diferente de la que tiene respecto al mismo Esico de 10.000 sestercios que figura en otro documento. Al igual que en la *TabPomp 15* (68), el préstamo se ha realizado mediante *stipulatio*, en la que el esclavo Esico ha actuado como *stipulator* y Novio Euno ha actuado como *promisor*. Ahora bien, a diferencia del supuesto anterior en que la validez de la estipulación no ofrecía duda alguna, en cuanto que Esico actuaba de intermediario de su dueño limitándose mediante la estipulación a convertirle en acreedor, aquí, tal como yo interpreto el texto, actúa en nombre propio en cuyo caso pienso que se puede dudar de la validez de dicha estipulación. Es claro que Esico, en su calidad de esclavo no puede efectuar la *stipulatio* en nombre propio. Sin embargo en el texto figura como *stipulator*. Pienso que este hecho permite pensar que en todo documento en el que se reconocía una deuda proveniente de un préstamo, se introducía una cláusula de estilo referente a la estipulación, aunque de hecho, la estipulación no se hubiera efectuado.

A continuación se dice en el texto que en garantía de toda la suma (*in qua omni summa*) se da en prenda trigo de Alejandria y legumbres. Pero ¿cómo se debe interpretar *omni summa*? Pienso que esta frase está haciendo referencia no sólo a los últimos 3.000 sestercios dados en préstamo, sino también a los 10.000 anteriores. Y garantizan esta cantidad 7.000 medios de trigo de Alejandria que están depositados en los almacenes basianos públicos de los puteolanos en los hórreos del medio y 200 sacos de lentejas, garbanzos, harina y jarras en las que las que hay 4.000 modios. Se trata por lo tanto de los mismos objetos que garantizan la devolución de los 13.000 sestercios. La única diferencia existente entre ambas relaciones de bienes es que, aquí, se menciona unos recipientes (*cati*) a los cuales antes no se había hecho alusión.

Llama la atención, respecto al derecho de prenda constituido en este caso, el que se diga *dedi pignoris*. Se hace referencia, al igual que en la *TabPomp 15*, al *pignus datum*, pero no se mencionan para nada las arras. ¿Por qué? A mi entender, esta diferencia puede tener su lógica. Tal como he interpretado el término *arrabonis* en la *TabPomp 15*, veíamos que el acreedor pignoraticio, en aquel caso el *dominus* de Esico, podía llegado el momento del vencimiento quedarse con las mercancías si el deudor no pagaba. Si esto era así, es claro que Esico, segundo acreedor pignoraticio sobre las mercancías, que por lo tanto conoce la existencia de la prenda a favor de su *dominus*, no puede exigir lo mismo. Pero como por otra parte, él posiblemente va a ser la persona que se encargue de vender las mercancías que han pasado a propie-

(68) Ver el análisis de ese texto en este mismo capítulo (§ 50).

dad de su *dominus* en caso de incumplimiento, procurará sacar el máximo posible con la venta de esas mercancías, para poder cubrir ambos préstamos: el de su *dominus* y el suyo propio. El, probablemente, ha prestado los 3.000 sestercios por saber que las mercancías en caso de venta cubren ambos créditos (69); si él no hubiera tenido un control directo sobre las mercancías, posiblemente el préstamo de los 3.000 sestercios no se hubiera producido. Hay que tener en cuenta que, si el acreedor pierde la posesión de las mercancías, posiblemente no va a tener a su disposición medio jurídico alguno derivado del derecho de prenda que le permita recuperarlas. Y fundamento esta afirmación en el siguiente planteamiento: incluso en el supuesto de que en esta época (primer tercio del siglo I p.C.) la *actio Serviana* ya fuera aplicable a todos los supuestos de prenda, cosa que dudo, la misma como se va a ver en el capítulo dedicado a la pignoración de mercancías en el préstamo marítimo (70), posiblemente no iba a poder ser ejercitada contra los terceros que tuvieran en su posesión las mercancías gravadas, puesto que estas mercancías, en cuanto bienes fungibles, no podían ser identificadas. Por todo ello cabe suponer que si bien en este caso no es así, la situación de un segundo acreedor pignoraticio en los supuestos de pignoración de mercancías puede ser muy precaria.

El texto, al igual que la *TabPomp 15*, finaliza haciendo referencia a la responsabilidad. Indica que el prestatario, Novio Euno, corre con el riesgo, se entiende en los supuestos de fuerza mayor, ya que en estos casos no responde el arrendador.

Con base en este análisis, creo poder deducir del texto las siguientes conclusiones: 1.—Hace referencia a un préstamo de 3.000 sestercios realizado por el esclavo Esico a Novio Euno; quien a su vez reconoce deber al mismo Esico 10.000 sestercios más, que como se sabe son otro préstamo anterior; 2.—El préstamo aparentemente se ha realizado mediante *stipulatio*; sin embargo, el hecho de que el estipulante sea un esclavo me hace dudar de su efectiva realización; 3.—Según el texto se garantiza la devolución de las cantidades prestadas (los 13.000 sestercios) mediante un derecho de prenda constituido sobre 7.000 modios de trigo de Alejandría y 4.000 modios de legumbres, que están depositados en los almacenes basianos públicos de los Puteolanos, a nombre del prestamista, quien por lo tanto tiene, si no la posesión física de las mercancías, sí su titularidad.

§ 53.—DIG 20,1,34,pr (Scaev, Dig 27)

Cum tabernam debitor creditor pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant,

(69) CASSON, [n 2] 27 calcula que solamente el trigo de Alejandría podía llegar a costar en un mercado de venta al por menor 21.000 sestercios.

(70) Sobre este tema ver el análisis de Escévola, Dig 45,1,122,1 (§ 60).

obligasse videatur? (71) et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia quae ibi deprehendantur creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.

El texto procede de los *Digesta* de Escévola (72). En el *Digesto* justiniano está situado en el título primero del libro veinte que trata de la constitución del derecho de prenda e hipoteca. Lenel (73) en su reconstrucción palinogénica lo situó junto con Dig 20,4,21 en el libro veintisiete bajo el epígrafe «*De pignoribus et hypothecis*», donde al parecer Escévola expuso diferentes problemas derivados de la relación de prenda e hipoteca (74), y entre los cuales evidentemente tenía cabida este texto.

En el pasaje se expone lo siguiente: debido a la pignoración de una tienda por parte del deudor al acreedor, se formulan al jurista las siguientes preguntas: 1.—¿No se hace nada al constituir un derecho de prenda sobre una *taberna*, o por el contrario, se puede entender que bajo el término *taberna* quedan obligadas las mercancías existentes en la misma?; 2.—El deudor comercia periódicamente con las mercancías, después muere, ¿puede el acreedor hipotecario reclamar las mercancías que se encuentran en la tienda? Ante estas cuestiones, el jurista se limita a afirmar que estaban pignoradas las mercancías que en el momento de la muerte del deudor se encontraban en la tienda.

En el texto, a juicio de algunos romanistas, hay suficientes indicios como para plantearse serias dudas acerca de la autenticidad de alguna de sus partes. A lo largo del pasaje se puede apreciar una diversidad terminológica para referirse al mismo fenómeno de la pignoración de la tienda. Al comienzo, cuando se narran los hechos que van a dar lugar a las cuestiones, se dice que la tienda ha sido pignorada por el deudor a favor del acreedor, y se emplea la locución *pignori dedit*. Esta expresión aparece repetidas veces en las fuentes (75) para designar tanto la prenda con desplazamiento de la posesión al

(71) En la Florentina aparece *videantur*.

(72) Sobre este jurista ver lo indicado en el análisis de Dig 20,1,32 (§ 8). Sobre la problemática planteada por la transmisión de la obra ver lo indicado en el análisis de Dig 20,4,21,1 (§ 24).

(73) LENEL, *Palingenesia* 2, 264-265; nrs 117-118.

(74) Así mientras el texto que analizamos trata de los problemas derivados de la consideración de la *taberna* como objeto de prenda, Dig 20,4,21 expone un supuesto de pluralidad de créditos sobre un mismo objeto.

(75) Por ejemplo en: Paul, Ed 23 (Dig 10,2,29); Ulp, Ed 9 (Dig 10,3,6,9); Paul, Sab 10 (Dig 12,6,13); Ulp, Sab 40 (Dig 13,7,1,2); Ulp, Ed 28 (Dig 13,7,9,pr); Ulp, Ed 28 (Dig 13,7,9,4); Ulp, Ed 28 (Dig 13,7,11,7); Paul, Ed 29 (Dig 13,7,16,pr); Paul, Ed 29 (Dig 13,7,18,4); Ulp, Ed 30 (Dig 13,7,22,2); Afric, Quaest 8 (Dig 13,7,31); Ulp, Ed 11 (Dig 13,7,36,1); Pap, Resp 3 (Dig 13,7,40,2); Ulp, Ed 29 (Dig 14,6,7,2); Ulp, Ed 29 (Dig 14,6,9,pr); Scaev, Dig 27 (Dig 20,1,34,pr); Ulp, Sab 33

acreedor (76) como la prenda sin desplazamiento (77). En el presente caso, es claro que se tiene que referir a un supuesto de prenda sin desplazamiento, ya que como posteriormente se indica en el texto, el deudor sigue comerciando al frente de la tienda.

Seguidamente, se exponen las preguntas del consultante. En una de ellas se cuestiona sobre la posibilidad de que el acreedor pignoraticio emplee la *actio hypothecaria*. Es curioso que el consultante no denomine a esta acción con el nombre frecuente entre los juristas romanos: *actio Serviana* (78), sino que utiliza una terminología de origen griego. Sin embargo, el jurista en su respuesta no menciona esta acción, sino que habla únicamente de considerar pignoradas (*pignori obligata*) las cosas existentes en la tienda en el momento de la muerte del deudor. Pero, ¿hasta qué punto el empleo de esta dualidad terminológica, *pignus* por parte del jurista, *actio hypothecaria* por parte del consultante, es determinante para aceptar la posible interpolación del texto? Para algunos romanistas como Fehr (79), Schulz (80), Ebrard (81) y Volterra (82), la locución *hypothecaria actio* es ajena a Escévola. Otros estudiosos del texto como Ermann (83) y Manigk (84) abogan por la autenticidad de la locución. Yo igualmente opino que la misma puede ser auténtica y proceder del consultante, de probable origen oriental. De todas formas, como muy bien ha dicho Sturm (85) en un completo y detallado análisis que ha realizado de

(Dig 24.1.32.5); Pomp, Sab 23 (Dig, 33.5.6); Jul, Dig 64 (Dig 40.9.5.2); Paul, Ed 54 (Dig 41.3.4.2.1); Ulp, Ed 71 (Dig 43.26.6.4); Ulp, Ed 75 (Dig 44.2.1.1,10); Marcel, Dig 19 (Dig 44.2.19); Pap, Resp 11 (Dig 44.2.29.1); Afric, Quaest 8 (Dig 47.2.62.3).

(76) Por ejemplo en: Afric, Quaest 8 (Dig 13.7.3.1); Pap, Resp 3 (Dig 13.7.40.2); Ulp, Ed 29 (Dig 14.6.7.2); Paul, Ed 54 (Dig 41.3.4.2.1); Ulp, Ed 71 (Dig 43.26.6.4).

(77) Por ejemplo en: Jul, Dig 64 (Dig 40.9.5.2); Ulp, Ed 75 (Dig 44.2.1.1,10); Marcel, Dig 19 (Dig 44.2.19).

(78) Sobre la diversidad terminológica con la que se conoce esta acción ver KASER, *Studien* 1, 241 n 48 = *Studien*, 9 n 48.

(79) FEHR, *Beiträge*, 58-60.

(80) SCHULZ, *CRL*, 409.

(81) EBRARD, *Digesterfragmente*, 71, considera que el mismo Escévola reelaboró la pregunta para que no se diera una disparidad terminológica, lo cual le condujo a no aceptar la locución *hypothecaria actio*.

(82) VOLTERRA, *Osservazioni*, 17 n I.

(83) ERMANN, *Pignus-hypothecare*, 437-440 pone de manifiesto la equiparación entre *pignus* e *hypotheca* (*pignus* wie es bei Euchi, Römern, *hypotheca*, wie es bei uns in der Provinz heisst») que condujo a la aceptación por parte de los juristas del término *hypotheca-hypothecaria*.

(84) MANIGK, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, 103-105, pone de manifiesto que los juristas a excepción de Gayo y Marciano estaban en contra de la locución, que era solamente aceptada en el lenguaje popular. Por ello Escévola utilizó el término *pignus* y rechazó el de *hypotheca*. Sin embargo MANIGK, *Hypotheca*, 374 se pronuncia por la validez de la locución *hypothecaria* en las obras de los juristas clásicos por considerar que de esta forma se diferencia claramente de la acción *Serviana* consular.

(85) F. STURM, *Anleitung zur Anfertigung einer Digesten exegese*, Juristische Schulung 2 (1962) 429 reelaborado en H. SCHLOSSER-F. STURM-H. WEBER, *Die rechtsgeschichtliche Exegese* (München 1972) 35.

este texto, esta dualidad terminológica no tiene mayor importancia, y el contenido del pasaje se puede considerar sustancialmente auténtico.

El texto comienza diciendo que el deudor da al acreedor en prenda una *taberna*. Ante esta afirmación, lo primero que creo necesario hacer es establecer el posible concepto de *taberna*. Ulpiano, en Dig 50,16,183 (Ed 28), la define de la siguiente manera:

Tabernae appellatio declarat omne utile ad habitandum aedificium non ex eo quod tabulis clauditur.

Sin embargo, Mommsen modificó esta definición de la siguiente forma:

Tabernae appellatio declarat omne [utile ad habitandum aedificium non] <aedificium non utile ad habitandum> ex eo quod tabulis clauditur.

La diferencia fundamental entre el concepto recogido en el Digesto y la matización de Mommsen, está en la habitabilidad o no del edificio. Sin embargo, creo que esta característica no es determinante para el concepto de *taberna*. Según el VIR (86), en las fuentes jurídicas el término tuvo diferentes significados: 1.—Edificio improvisado y de poco valor; 2.—Edificio donde se venden mercancías o se ejerce un negocio; 3.—Un establo. En las fuentes literarias (87) se encuentra igualmente empleado con diferente acepciones: 1.—Chabolas donde se guardan productos agrícolas, aperos, etc.; 2.—Viviendas de gente pobre; 3.—Tienda o explotación mercantil establecida, bien como edificio independiente (por ejemplo los puestos de mercado en los pórticos del foro), bien como plantas bajas de un edificio; 4.—Fonda o local donde se ofrecen servicios de comida y bebida principalmente, aunque también se pueden prestar de otra clase, como por ejemplo alojamiento (88).

De esta exposición puede deducirse que en las fuentes la habitabilidad no aparece como característica fundamental de la *taberna*. Sin embargo, si bien muchas veces no se da, tampoco le es completamente extraña. En el presente caso parece que la acepción del vocablo *taberna* fue la de tienda o local donde se vendían mercancías (89).

(86) VIR 5, 931-932.

(87) Ver HATTO, *Taberna*, KP 5, 478.

(88) Matizando el empleo del término en este sentido y diferenciándolo de otros como *caupona*, *deversorium*, *hospitium*, *stabulum*, etc., ver T. KLEBERG, *Hôtels, Restaurants et Cabarets dans l'antiquité romaine* (Uppsala 1957) 27-48, especialmente las páginas 35-44.

(89) En este sentido lo entienden también, STURM, [n 85] 429 = 36; H. WAGNER, *Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tabernen*, StBiscardi 3, 396. (Agradezco al autor la amabilidad demostrada al proporcionarme por adelantado y antes de la publicación una copia de su trabajo).

Partiendo de este concepto, ¿cómo es posible que se preguntasen si al pignorar una *taberna* no se hizo nada, o si bajo esta denominación se entendían pignoradas las mercancías que estaban en la tienda? ¿Quiere ello decir que el término se emplea para designar las mercancías existentes en el lugar? es más, ¿son acaso solamente dichas mercancías el objeto pignorado, ya que Escévola en su respuesta únicamente habla de ellas? Todas estas cuestiones a mi entender sirven para poner de manifiesto el problema fundamental del texto: se trata de establecer el posible objeto del *pignus tabernae*. Sturm (90) piensa que, muy probablemente, fue el heredero el que se dirigió al jurista y planteó las cuestiones. Cree que la primera pregunta (¿se hizo algo al pignorar un *taberna?*), se debió al hecho de que la *taberna* como tal no podía ser objeto de prenda, ya que: 1.—En la mayor parte de los casos el local era de dominio público y por lo tanto no era un objeto que estuviera *in bonis debitoris*; 2.—Un derecho de prenda con este objeto hubiera sido inoportuno ya que la tienda en sí no constituía un objeto de valor. Pero como ha puesto de manifiesto Wagner (91), los argumentos utilizados por Sturm para justificar la afirmación de que la *taberna* no era pignorable, pueden ser discutibles. Es claro que no todas las *tabernae* tenían que ser de dominio público. Creo que algunas de ellas podrían ser propiedad privada del comerciante, y por lo tanto posible objeto tanto material como jurídico de derecho de prenda.

Si se acepta este planteamiento de considerar a la *taberna* como objeto pignorable el siguiente problema que surge es interpretar la pregunta del consultante. ¿Por qué formuló el consultante la pregunta de la forma disyuntiva en que lo hizo? (*eo facto nihil egerit, an tabernae appellatiōne merces, quae in ea erant, obligasse videatur*). A mi entender la respuesta es obvia: el consultante posiblemente no era ni jurista ni experto en derecho; posiblemente él sabía que la *taberna*, siempre que no fuera de dominio público, podía ser pignorable. Lo que no conocía era el significado concreto del término, su amplitud. No sabía si el vocablo *taberna* significaba únicamente el lugar material donde se ejercía la actividad de compraventa, o era más amplio y agrupaba a todos los objetos existentes en dicho lugar: utensilios empleados en la explotación de la tienda, esclavos, mercancías, etc. El jurista, al apercibirse del problema central, en ningún momento entró a dar respuesta a las disyunciones planteadas en la pregunta. Se sobreentendía que si la *taberna* era una *res publica* no podía ser pignorada, en cambio si era propiedad privada sí. En este último supuesto, caso de que se hubiera gravado válidamente, el problema central estaba en determinar si las mercancías se incluían o no en la pignoriación.

El principal inconveniente que encuentra el deudor, según el texto, para que las mercancías se consideren pignoradas, es el hecho de que no han per-

(90) STURM, [n 85] 430 = 38.

(91) WAGNER, [n 89] 392-397.

manecido siempre en su patrimonio, sino que han sido vendidas y sustituidas por otras. Este movimiento periódico que sufren las mercancías, parece dificultar la concepción de un derecho real sobre las mismas. Y esta argumentación, podría aceptarse como válida, si se considerara que las mercancías habían sido pignoradas de forma especial. En ese caso, es claro que el deudor no las podía enajenar sin el consentimiento del acreedor; en el supuesto de que lo hiciera cometería hurto. Por otra parte, las nuevas mercancías, en este tipo de pignoración especial no quedarían pignoradas ya que no estaban *in bonis debitoris* en el momento del acuerdo.

Es curioso señalar que, el consultante tras aludir a las mercancías como objeto del *pignus tabernae*, pregunta si puede el acreedor utilizar la *actio hypothecaria* para exigir *omnia quae ibi deprehenduntur*, es decir, todo lo que hubiera en la tienda. Pero, ¿qué podía ser ese «todo lo que»? Creo que, al margen de las mercancías, los utensilios empleados en la explotación de la tienda, los esclavos y animales existentes en la misma, etc., podían ser elementos comprendidos dentro de esta locución: *omnia quae*. Por ello entiendo que el jurista al responder que estaban pignoradas las cosas existentes en la tienda en el momento de la muerte del deudor se refería a todos los elementos que eran parte integrante de la *taberna*, ya que en mi opinión era la *taberna* en sí y no cada uno de sus elementos a título individual el objeto gravado.

Uno de los problemas más debatidos por los romanistas que han estudiado este texto, ha sido el intentar determinar el fundamento jurídico de esta respuesta de Escévola. Han surgido múltiples teorías para justificar la pignoración: Rotondi (92), Ascoli (93) y Biondi (94), con base en la división establecida en Dig 41,3,30 pr (95) y en el tratamiento unitario que se otorga al *pignus gregis* (96), defienden la teoría de la *universitas* (97); Vallet de Goytisoló (98) y Rascón (99) exponen la teoría de la subrogación real, según la

(92) M. ROTONDI, *Il pegno dell'Azienda*, RDC 28 (1930) 794-796.

(93) ASCOLI, *Origini*, 108.

(94) B. BIONDI, *La dottrina giuridica della universitas nelle fonti romane*, Scritti giuridici 3 (Milano 1965) 133-134.

(95) Pomp, Sab 30: *Rerum mixtura facta an usucapionem cuiusque praecedentem interrumpit, quaeritur. Tria autem genera sunt corporum, unum, quod continetur uno spiritu et Graece ἰσομήρον vocatur, ut homo tignum lapis et similia: alterum, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημύερον vocatur, ut aedificium navis armarium: tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus legio grex. Primum genus usucapione quaestionem non habet, secundum et tertium habet.*

(96) Ver el análisis de Marc (FormHypoth) (Dig 20,1,13.pr) que se realiza en este mismo capítulo (§ 56).

(97) Se muestran contrarios a la misma: V. SCIALOJA, *Sulla locazione dell'esercizio di un fondaco e sulla proprietà della merci in esse esistenti*, Studi Giuridici 3 (Padova 1932) 382-383; STURM, [n 85] 431 = 44; VALLET DE GOYTISOLO, *Pignus tabernae*, ADC 6 (1953) 788-802.

(98) VALLET DE GOYTISOLO, [n 97] 804-815.

(99) C. RASCON, *Notas en torno al pignus de cosa colectiva*, RIDA 24 (1977) 360-374.

cuál sólo se considerarían sometidas al régimen pignoraticio aquellas mercancías que hubieran sido adquiridas con el precio de la venta de las anteriores; Vallet de Goytisoló (100) también expone la posibilidad de considerar que en este caso existió una pignoración de cosas futuras; Grosso (101), seguido de Rascón (102), la interpreta el supuesto como una obligación contractual con objeto indeterminado; Manigk (103) habló en este caso de un a hipoteca general sobre la *taberna*; Wagner (104) se ha pronunciado últimamente sobre el supuesto, y cree que la pignoración de mercancías se debe fundamentar en la naturaleza de las mercancías.

Es indudable que estas diversas teorías son de un gran interés; hay que reconocer en las mismas el gran esfuerzo desarrollado por sus autores al intentar plasmar en conceptos jurídicos modernos el fundamento de la respuesta del jurista. Sin embargo no voy a pronunciarme sobre ellas. Creo que lo esencial es poner de manifiesto el hecho de que en este texto, Escévola parece que admitió la posibilidad de pignorar una tienda o local de negocio en cuanto explotación mercantil. Los diferentes elementos que lo componían, no que daban pignorados de forma individual, sino por el hecho de ser elementos constitutivos de dicha explotación. Por lo tanto, según esta hipótesis interpretativa, pienso que es posible afirmar que el deudor podía disponer de estos elementos, por ejemplo podía vender las mercancías y comprar otras nuevas. Y esta enajenación no constituiría hurto ya que dichos objetos no habían sido gravados de forma especial sino como elementos constitutivos de la *taberna*. Por lo que se refiere a las nuevas mercancías u objetos que fueran adquiridos por el deudor, quedarían pignorados desde el momento en que hubieran sido introducidos en la tienda.

Pero, ¿hasta cuándo duraría esta pignoración? Según la respuesta del jurista hasta el momento de la muerte del deudor. ¿Por qué estableció el jurista este momento? Creo que el mismo se eligió porque en mi opinión fue en ese instante cuando tuvo lugar el incumplimiento de la relación jurídica principal que daba lugar al contrato de prenda. El consultante pregunta si el acreedor podía emplear la *actio hypothecaria*. A mi entender, ello quiere decir que está admitiendo que no se ha cumplido la obligación principal, y por eso alude a la acción derivada del contrato de prenda. Esta acción va a permitir al acreedor pedir la posesión y posterior ejecución de los bienes pignorados. ¿cuáles son estos bienes? Según mi interpretación los diferentes objetos que en ese momento constituyeran la explotación mercantil. Y pienso que esta solu-

(100) VALLET DE GOYTISOLO, [n 97] 815-826; STURM, [n 85] 432 = 45.

(101) G. GROSSO, *Obbligazioni (Contenuto e requisiti della prestazione, Obbligazioni alternative e generiche)*³ (Torino 1966) 95 ss, que conozco a través de RASCON, [n 99] 374 n 47.

(102) RASCON, [n 99] 375.

(103) MANIGK, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, 104. En contra WAGNER, [n 89] 415.

(104) WAGNER, [n 89] 415-418.

ción adoptada por Escévola para este caso es comprensible y aplicable sólo en el contexto del fragmento (105); es claro que no siempre que se hable de la pignoración de una *taberna*, se tiene por qué cuestionar el que las mercancías constituyan el objeto de la prenda (106). Tampoco tendrá que tomarse la muerte del deudor siempre como el momento del vencimiento. A mi entender este momento será lógicamente el del incumplimiento de la obligación principal, momento que no siempre tiene que coincidir con el de la muerte del deudor.

Del análisis del presente texto pienso que es posible deducir entre otras las siguientes conclusiones: 1.—Escévola aceptó, según mi interpretación, como objeto de prenda la *taberna*. En mi opinión la consideró como ente jurídico diferente de cada uno de los elementos que la componían; 2.—Según Escévola llegado el momento del vencimiento el acreedor podía utilizar la *actio hypothecaria*; 3.—Si bien no se manifiesta expresamente en el texto, según mi hipótesis interpretativa creo que el deudor podía realizar actos de disposición sobre cada uno de los componentes de la *taberna* sin constituir hurto, ya que los mismos no estaban gravados a título individual y en calidad de prenda especial sino como elementos constitutivos de la *taberna*; 4.—A mi entender, el derecho de prenda sobre la *taberna* se concretaba en un derecho sobre los diferentes elementos que compusieran la misma en el momento del vencimiento, que en este caso era el momento de la muerte del deudor.

§ 54.—DIG 20,1,34,1 (Scaev, Dig 27)

Otro supuesto en el que se habla de la pignoración de una *taberna* es el párrafo primero de este fragmento de Escévola que establece lo siguiente:

Idem quaesivit, cum epistula talis emissa sit: 'Δαυεισάμενος 'παρά σου δηνάρια πεντακόσια παρεκάλεσά σε μή βεβαιωτήν, ἀλλ' ὑποθήκην παρ' ἐμοῦ λαβεῖν' οὐδ' αὖ γάρ ἀκριβῶς, διτι χαι ἡ ταβέρνα χαι οἱ δοῦλοι μόν οὔδενι χαιτέχονται ἢ σοι χαι ὡς εἰς χήμονι ἀνδρώπῳ ἐπιτευσας'; an pignus contractum sit an vero ea epistula nullius momenti sit, cum sine die et consule sit. Respondit, cum convenisse de pignoribus videtur, non idcirco obligationem pignorum cessare, quod dies et consules additi vel tabulae signatae non sint.

El texto, continuación del anteriormente analizado, expone el siguiente caso: Una persona recibió en préstamo quinientos denarios garantizando la devolución de los mismos con una hipoteca sobre la *taberna* y los esclavos. Con base en estos hechos, el consultante preguntó al jurista si se había con-

(105) ROTONDI, [n 92] 794.

(106) Ejemplo de ello puede ser el párrafo primero de este mismo texto, que va a ser analizado a continuación.

traído la prenda, o, si el documento era nulo por carecer de día y año. Ante esta cuestión, Escévola respondió que por el hecho de que las tablillas del documento no se hayan firmado y no lleven día y año, no debe cesar esta garantía.

El pasaje plantea de entrada el problema de determinar si se trata del mismo supuesto que el caso consultado en el principio, y que he analizado en el párrafo anterior, o si son dos casos diferentes. Sturm, creo que acertadamente, establece la dualidad de supuestos (107): en el primer caso se preguntaba acerca de las mercancías como objeto del *pignus taberna*: en éste, lo importante no es determinar la amplitud del objeto sobre el que se ha constituido el gravamen, sino la validez o no del mero acuerdo como acto constitutivo de garantía.

El texto comienza haciendo referencia a un documento griego, en el cual se indica que para garantizar un préstamo de 500 denarios, el deudor pidió al acreedor que aceptara una garantía de tipo real *ὑποθήκη* y no de tipo personal *βεβαιωτής* (108). Al igual que en el principio del texto, en este párrafo primero se vuelve a encontrar una dualidad terminológica. En este documento, a la garantía constituida sobre la tienda y los esclavos, se le denomina hipoteca; sin embargo, en la cuestión formulada al jurista, la terminología es diferente; se habla de *an pignus contractum sit*. Igualmente, en la respuesta del jurista se vuelve a emplear el término *pignus* en lugar del vocablo *hypotheca* (109). Al igual que en el *principium*, creo que esta dualidad terminológica no debe plantear problemas acerca de la autenticidad del texto, sino que la misma incluso puede tener razón de ser. El hecho de que el documento esté redactado en griego, permite pensar que la consulta procede de la parte oriental del imperio donde fue frecuente el empleo del término *ὑποθήκη* para referirse a lo que los juristas romanos denominamos *pignus*. En este caso concreto, posiblemente Escévola comprendió el término griego utilizado en el documento y consideró que se trataba de lo que en términos romanos se denominaba *pignus*, sin embargo, a diferencia de otros juristas (110), no lo incorporó a su vocabulario, sino que siguió hablando de *pignus*.

Como he indicado ya, a diferencia del principio, este párrafo primero no plantea el problema de determinar el posible objeto del *pignus tabernae*. Aquí este tema parece estar claro para el consultante. En el documento se dice expresamente que se había constituido el gravamen sobre una *taberna* y unos

(107) STURM, [n 85] 429 n 27 = 34.

(108) STURM, [n 85] 429 n 27 = 35 ha justificado el empleo de la garantía real por considerar que el deudor podía ser un comerciante griego que vivía en Roma, por lo tanto incapaz de contraer una forma de fianza reservada a ciudadanos romanos, pero si una *fideiussio*.

(109) Responde: *cum convenisse de pignorbibus videtur, non idcirco obligationem pignorum cessare*.

(110) Sobre este problema ver ERMANN, *Pignus-hypothecave*, 420-448.

esclavos. Puede llamar la atención el hecho de que los esclavos sean mencionados como elementos diferentes de la tienda; si esto fuera cierto, se podría pensar que la *taberna* no siempre se pignoraba como un ente jurídico diferente de sus diversos componentes. Ahora bien, puede justificar la mención de esta dualidad de objetos, el hecho de que el término *ταβερνα* fuera desconocido en la lengua griega (111). El consultante posiblemente no sabía el contenido exacto del término *taberna*; no sabía que para los juristas romanos podía tener el sentido que se ha visto en el texto anterior; por eso mencionó a la *taberna* y a los esclavos como objetos diversos.

En el texto griego de la carta, llama la atención la afirmación final recogida en el mismo: «pues sabes muy bien que sobre mi local de negocio y mis esclavos no hay más hipoteca que la suya, y te fiaste de mí como de persona honrada». ¿Por qué realizó el deudor esta afirmación de que actuaba como persona honrada? Creo que la misma es debida a que el acreedor no quería otorgar un préstamo con una garantía constituida sobre objetos que pudieran estar ya pignorados, pues sabía que en ese caso, su garantía disminuía notablemente. Para aceptar la garantía sobre la tienda, creo que exigió al deudor que manifestara por escrito la libertad de gravámenes del objeto que garantizaba el préstamo. Con ello pretendía que caso de producirse un conflicto con otros acreedores su posición de acreedor pignoraticio pudiera demostrarse con el documento firmado por el deudor.

La consulta realizada ante el jurista, no parece plantear problema alguno respecto a una posible pluralidad de gravámenes sobre la tienda, sino que se limita a cuestionar la validez o no del documento en que se ha redactado el convenio de garantía, ya que al mismo le falta la fecha (112) y los sellos, según se evidencia de la respuesta de Escévola. La pregunta lógica que se plantea, es la de determinar hasta qué punto estos hombres son fundamentales para la constitución de la garantía, o por el contrario la misma surge del mero acuerdo de voluntades. Pero el consultante no la plantea así, sino que pregunta de una forma disyuntiva: o se contrajo la prenda o la escritura es nula. Jurídicamente puede parecer que el planteamiento expuesto por el consultante no es correcto (113); es claro que el nacimiento del derecho de prenda no depende de la validez de la escritura. Entonces, ¿por qué se formuló así? Dernburg (114) consideró que esta inexactitud tenía su razón de ser: el

(111) STURM, [n 85] 35.

(112) Según KÜBLER, *Griechische Tatbestände in den Werken der Kasuistischen Literatur*, ZSS 29 (1908) 215 la construcción *dies et consules* es para los romanos la expresión natural para indicar la fecha en cualquier documento. Confirman esta opinión Dig 2,13,1,2 (Ulp, Ed 4); Dig 2,13,4,pr (Ulp, Ed 4); Dig 2,13,6,6 (Ulp, Ed 4); Dig 22,3,28 (Lab, Pith 7); Dig 29,3,2,6 (Ulp, Ed 50); Dig 39,3,2,8 (Paul, Ed 49) y Dig 48,2,3,pr (Paul, Adult 3).

(113) Así lo entiende KÜBLER, [n 112] 213.

(114) DERNBURG, P 1, 182.

consultante planteó así el dilema, porque no tenía otro medio de prueba que no fuera el documento. Ante la cuestión planteada de esta forma, la respuesta de Escévola parece clara: no debe cesar la garantía, puesto que parecen haberse convenido las prendas. Según esta respuesta, parece que, lo importante es que las partes hayan acordado la constitución de la prenda; el que ese acuerdo se haya recogido o no en un documento, es indiferente. Lo importante es la *nuda conventio*. Creo que esta afirmación no supone innovación alguna por parte de Escévola. Ya Gayo (Dig 20,1,4 = Dig 22,2,4) había afirmado la posibilidad de constituir un derecho de prenda por el mero acuerdo. Posteriormente Ulpiano (Dig 13,7,1,pr) insistió en el mismo punto. Por lo tanto, en este caso Escévola se limitó a aplicar al supuesto concreto la posibilidad teórica según la cual el *pignus* surgía por el mero acuerdo de voluntades de las partes.

Según se deduce de la respuesta, el documento tenía un doble fallo: 1.—Por un lado, no tenía selladas las tabillitas; 2.—Por otro, no estaba fechada, ya que carecía de día y año. Estos fallos son intrascendentes para el jurista, de cara al nacimiento del derecho de prenda. Y esto es así porque la prenda no nacia en virtud del documento, sino en virtud del acuerdo de las partes. No obstante, a las partes contratantes, sobre todo al acreedor, les podía interesar que el documento fuera reconocido como válido, para que pudiera tener carácter probatorio.

Con base en este análisis, creo que de esta segunda parte del texto de Escévola es posible extraer las siguientes conclusiones: el derecho de prenda sobre una *taberna*, se podía constituir por el mero acuerdo de voluntades de las partes; no era necesario que dicho acuerdo se realizara por escrito y que se cumplieran todas las formalidades para la validez de los documentos.

§ 55.—DIG 13, 7,18,3 (Paul, Ed 29)

Si quis caverit, ut silva sibi pignori esset, navem ex ea materia factam non esse pignori Cassius ait, quia aliud sit materia, aliud navis: et ideo nominatim in dando pignore adiciendum esse ait: «quaque ex silva facta natave sint».

El texto procede de Paulo, en concreto del comentario al Edicto (115). En el Digesto está situada en el libro 13, título séptimo que trata de la acción pignoratícia tanto directa como contraria. Igualmente Lenel (116) creyó que

(115) Sobre el comentario al Edicto de Paulo ver lo indicado en el análisis de Dig 43,1,2,3, texto analizado en el capítulo dedicado a la pignoración de *invecta et illata* en arrendamientos rústicos (§ 9).

(116) LENEL, *Palingenesia* 1, 1023-1024; nrs 447-451 (*de pignoratícia actione vel contra*); pero en este libro veintinueve Paulo comentaba otros temas al margen del derecho de prenda como: de

el contexto en el que estaba situado este pasaje hacia referencia a esta acción. Sin embargo Dig 13,7,14; Dig 13,7,16; Dig 13,7,20 y Dig 21,2,36, fragmentos que junto Dig 13,7,18 constituyen el apartado dedicado a la acción pignoratia directa y contraria en el libro 29, creo que permiten pensar que en este libro Paulo no sólo comentaba el tema de la protección, sino otros aspectos relacionados con el derecho de prenda, en especial el objeto.

Este fragmento de Paulo recoge la opinión de Casio Longino, jurista del siglo I p.C. (117), según la cual al pignorar un bosque, no queda en prenda la nave hecha con la madera del bosque. Quedaría pignorado lo que se hiciera con la madera del bosque o naciera en él, sólo en el supuesto de que se acordara expresamente.

Algunos romanistas sospechan que en el texto existen diferentes interpolaciones: Eisele (118) creyó que las frases *quia alitud sit materia, aliud navis* y *nominatim in dando pignore* podían no ser auténticas. Según Appleton (119) el término *nominatim* probablemente era de origen compilador. Para Manigk (120) la locución *nominatim in dando pignore* era casi seguro de origen compilador. Fehr (121) creyó que el término *nominatim* y la repetición de *ait* hacían al texto sospechoso, pero en absoluto permitían asegurar la interpolación del mismo. En parecidos términos se expresó Ebrard (122): si bien en el texto se encuentran indicios de posibles manipulaciones, su contenido, sin lugar a dudas, es indiscutible. Igualmente creo que el contenido del texto se puede aceptar sustancialmente como clásico.

El pasaje habitualmente se ha estudiado dentro de la problemática del derecho de prenda, en el contexto de la existencia o no a comienzos de la época clásica de la prenda sin desplazamiento como institución de derecho real plenamente desarrollada (123).

He seleccionado el fragmento por la referencia que en el mismo se hace a la pignoración de un bosque. En el texto, no se especifica a qué tipo de bos-

pecunia constituta (nrs 437-443); *commodati vel contra* (nrs 444-446); *de exercitoria actione* (nrs 452-454).

(117) Sobre Casio Longino ver SCHULZ, *GRR*, 119-120.

(118) F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen*, ZSS 13 (1892) 133-145.

(119) APPLETON, *Interpolations*, 123-125.

(120) MANIGK, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, 39 e IDEM, *Hypothecca*, 390.

(121) FEHR, *Beiträge*, 116-117; 136.

(122) EBRARD, *Digestenfragmente*, 17 n 70. ROMANO, *Appunti*, 15-16 parece aceptar también la autenticidad.

(123) En este contexto lo han analizado entre otros: W. KUNKEL, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, ZSS 90 (1973) 154; EBRARD, *Digestenfragmente*, 17 n 70; KASER, *Studien* 1, 250 = *Studien*, 18; *Studien* 3, 9 n 26 = *Studien*, 135 n 26.

que se refiere la pignoración (124), pero por las diversas alusiones que se hacen a la madera, cabe pensar que el bosque pignorado, era un bosque cuyos árboles se destinaban a madera (bosque tallar): *silva caedua*. Según esta hipótesis, supongo que el gravamen no se constituyó sobre unos árboles concretos y determinados del deudor, sino sobre el conjunto de árboles que componían el bosque.

Tras aludir a la pignoración del bosque, el texto indica que en opinión de Casio, la nave que se hubiera hecho con madera del bosque no quedaba pignorada. Llama la atención el que Paulo exponga inicialmente la solución que Casio dio a un problema del que no se ha mencionado nada anteriormente. Por la solución del texto parece que el problema a resolver era determinar si la nave hecha con madera procedente de un bosque pignorado estaba a su vez gravada. En el texto no se especifica si el propietario había vendido la madera a un tercero quien con ella construyó el barco, o por el contrario fue el propio deudor el que construyó la embarcación para él. Tampoco se dice si el barco se hizo antes o después de producirse el vencimiento de la obligación garantizada con el bosque. Para mí, el supuesto de hecho que dio lugar al problema pudo ser el siguiente: el deudor, antes de producirse el vencimiento de la obligación principal que había dado lugar a la prenda, había talado árboles del bosque pignorado y con los mismos había fabricado una nave. Es decir, que de una materia inicial, madera, había creado una nueva especie, un barco. En este supuesto, no se trata por lo tanto de determinar, como en el caso de la especificación (125), quién es el propietario del nuevo objeto; presupongo que el deudor, que ya era el propietario de la madera, es también el propietario de la nave. En mi opinión, lo que se trata es de determinar si la *res nova* sigue la condición jurídica de la materia con que se ha creado. La respuesta de Casio a esta cuestión parece clara: la nave hecha con la madera no está pignorada. Esta respuesta pienso que se puede aceptar como totalmente lógica: si se parte de que el objeto pignorado fue el bosque, hay que admitir que el deudor tenía derecho a fabricar la nave. El propietario deudor de un bosque, al igual que el propietario de un rebaño o de una tienda, podía realizar actos de disposición sobre los diferentes elementos que componían el conjunto antes de que hubiera vencido la obligación. Una manifestación de esta facultad sería el poder talar árboles del bosque y fabricar con esa madera objetos varios. Y creo que confirma esta idea de que al deudor se le permitiría talar árboles del bosque e incluso venderlos, el hecho de que el usufructuario de un

(124) En las fuentes se habla de diferentes clases de bosque: Dig 50,16,30,pr (Gai, Edprov 7) habla de un bosque tallar (*Silva caedua*) mientras que Dig 50,16,30,5 menciona un bosque de pasto (*pascaua silua*); Dig 7,1,9,7 (Ulp, Sab 17) habla de un bosque de cañas (*silva harundineti*) y de un bosque de madera (*silva palaris*). Finalmente Dig 7,1,10 (Pomp, Sab 5) habla de un bosque tallar (*silua caedua*) y no tallar (*ex non caedua*).

(125) Sobre la especificación como forma originaria de adquirir la propiedad ver KASER, RPR 1^o, 453 con la abundante bibliografía citada en la nota 53.

bosque tallar estaba capacitado para esto, según se desprende de Dig 7,1,9,7 y Dig 7,1,10 (126).

Parece lógico que, en este supuesto de prenda de un bosque, los actos de disfrute del deudor tuvieran un límite. Al igual que en el supuesto de usufructo, es claro que el deudor no podía alterar la sustancia del bosque. Por lo tanto, cabe suponer que los actos de disposición serían válidos, siempre que el deudor actuara como un honrado padre de familia. Admitida esta facultad de tala de árboles y fabricación de una nave, el problema que surge es el de determinar si la cosa nueva está o no pignorada. A esta cuestión Casio responde de que la nave no está pignorada, porque una cosa es la madera y otra la nave (*quia aliud sit materia, aliud navis*). A primera vista, la respuesta de Casio, según la cual la nave no estaba pignorada, puede inducir a pensar que ya en la época de este jurista se había desarrollado plenamente el derecho de prenda sobre un bosque. Esta concepción supondría considerar que los árboles que componían el bosque dejarían de estar pignorados desde el momento en que abandonarían la colectividad. Y este hecho, a mi entender se produciría con la tala. Pero la respuesta de Casio, creo que no se fundamentó sólo en esta concepción del derecho de prenda, sino también en una aplicación analógica de las normas del derecho de usufructo. Como se sabe, la extinción del derecho de usufructo se produce, entre otras causas, por la alteración de la cosa gravada cuando dicha alteración produce una nueva especie (127). Quizás fue esta regla la que llevó a Casio a considerar que la nave, en cuanto objeto distinto del bosque, no estaba pignorada.

El pasaje de Paulo finaliza indicando que quedaría pignorado lo que se hiciera con la madera del bosque o lo que naciera en él sólo en el supuesto de que así se acordara expresamente. Esta afirmación creo que tiene pleno sentido en el caso de la *res nova*. Como he indicado ya, el objeto nuevo que se hace con la madera no queda pignorado, a no ser que las partes lo hayan manifestado así de forma expresa. Por lo tanto, en este punto, la frase es perfectamente lógica. Sin embargo, lo que no considero tan lógico es la afirmación referente a las cosas que nacen en el fundo, salvo que se entienda que, con el término *nata*, se está haciendo alusión a una serie de frutos diferentes a los árboles. En el supuesto de que con este término se haga referencia a los árbo-

(126) Dig 7,1,9,7 (Ulp, Sab 17): *Instrumenti autem fructum habere debet: vendendi tamen facultatem non habet. Nam et si fundi usus fructus fuerit legatus et sit ager, unde palo in fundum, cuius usus fructus legatus est, solebat pater familias uti, vel salice vel harundine, puto fructuarium hactenus uti posse, ne ex eo vendat, nisi forte saliceti et vel silvae palaris vel harundineti usus fructus sit legatus: tunc enim et vendere potest. Nam et Trebatius scribit silvam caeduaam et harundinetum, posee fructuarium caedere, sicut pater familias caedebat, et vendere, licet pater familias non solebat vendere, sed ipse uti: ad modum enim referendum est, non ad qualitatem utendi.*

Dig 7,1,10 (Pomp, Sab 5): *Ex silva caedua pedamenta et ramos ex arbore usufructuarium sumpturum: ex non caedua in vineam sumpturum, dum ne fundum deteriorem faciat.*

(127) KASER, *RPR* I², 452 con la abundante bibliografía citada en la nota 55.

les, creo que no tiene mucho sentido afirmar que sólo quedarán pignorados si se acuerda así expresamente. Al igual que en la pignoración del rebaño se entienden pignoradas las crías, o en la pignoración de la *taberna* las nuevas mercancías, parece lógico pensar que en este caso, los árboles que nazcan en el bosque también se deben considerar pignorados sin que las partes lo manifiesten expresamente.

Con base en este análisis, según mi interpretación, creo que es posible deducir del texto, que ya en la época de Casio Longino (siglo I p.C., muerto con Vespasiano), se había llegado a desarrollar el concepto de prenda sobre un bosque como cosa colectiva.

§ 56.—DIG 20,1,13 pr (Marc, FormHypoth)

Grege pignori obligato quae postea nascuntur tenentur: sed et si prioribus capitibus decentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tentibitur.

Es el único texto que en las fuentes clásicas hace referencia al *pignus gregis*. Procede de Marciano (128), en concreto de su obra *Ad formulam Hypothecariam* (129). En el Digesto el texto viene recogido dentro del título primero del libro veinte dedicado a la forma de contraer la prenda e hipoteca. Constituye el principio del fragmento 13, que consta de seis párrafos diferentes. Todos ellos tienen el denominador común de ser gramaticalmente duros y difíciles de comprender. Lenel (130) lo situó en su reconstrucción palingenésica dentro del apartado titulado «*S.p. convenisse ut ea res pignoris hypothecaeve esset propter pecuniam debitam*» donde se recogen diferentes supuestos, haciendo referencia la mayor parte de ellos al posible objeto del *pignus*.

Se establece en el texto, que en el supuesto de que se hubiera pignorado un rebaño, la pignoración abarcaba a las cabezas que hubieran nacido después y que la garantía perduraba sobre todo el rebaño, aún en el supuesto de que hubieran muerto las primeras cabezas.

En el pasaje se ha sospechado de la interpolación del párrafo final: *Sed et si-tenebitur* (131) debido a su supuesto carácter griego. Schulz (132) no estuvo conforme con esta afirmación y consideró que la totalidad del pasaje no era clásico. Sin embargo pienso que, pese a reconocer una posible abreviación tras la primera fase, no hay motivos suficientes para no aceptar el contenido del texto, por lo que sustancialmente admito su autenticidad (133).

(129) Sobre Marciano ver lo indicado en el análisis de Dig 20,2,2, texto analizado en el capítulo dedicado a la pignoración de *imecta et illata* en arrendamientos urbanos (§ 35).

(130) LENEL, *Palingenesia* 1, 645-646; nrs 18-22 (Dig 20,1,5; 20,1,1,1,pr; 13,7,33; 20,1,11,2-3; 20,1,13,pr-3 y 13,7,17).

(131) EBRARD, *Digestenfragmente*, 113 n 64.

(132) SCHULZ, *Zwischenverfügungen*, 132 n 2.

(133) En este sentido ver HAMMERSTEIN, *Herde*, 170.

El texto alude en su comienzo a la pignoración de un rebaño: *grex*. Intereza por lo tanto concretar el significado con el que dicho término es utilizado en el texto. La palabra *grex* se encuentra en las fuentes referida a un conjunto de animales, a un conjunto de hombres y a un conjunto de cosas (134). Lógicamente sólo me interesa en la primera de las acepciones. Con este significado, en las fuentes no jurídicas, se emplea para mencionar a un conjunto cualquiera de animales (135). En las jurídicas, el término normalmente sirve para designar a un conjunto de ovejas, cerdos, yeguas, cabras y bueyes (136). Al no especificarse en el texto a qué tipo de animales se refiere este rebaño cabe pensar que la misma tenía por objeto un grupo de animales terrestres y domésticos.

La primera frase del texto afirma que producida la pignoración de un rebaño, en las cabezas que nazcan después quedan gravadas. Pero ¿a qué se refiere el jurista con este *postea*? Hammerstein (137) cree que Marciano está pensando únicamente en las cabezas nacidas después de la interposición de la acción, no en todas las crías del rebaño nacidas después de la constitución del acuerdo de prenda. Fundamenta su afirmación en el hecho de que Marciano investiga, según el título de la obra a la que pertenece el texto, sobre las condiciones de la acción pignoraticia. Este hecho implica para el autor alemán que el jurista se ocupe de la ejecución del derecho de prenda y que por lo tanto en este texto se refería a este momento.

A mi entender el planteamiento de Hammerstein puede ser discutible. Del hecho de que el jurista pudiera estar resolviendo un asunto en el que se cuestionaba sobre la fórmula hipotecaria, no debe deducirse necesariamente que Marciano se refiriera a los animales nacidos después de la interposición de la acción. Según mi interpretación Marciano se estaba refiriendo probablemente a los animales nacidos después del acuerdo de prenda; posiblemente ocurre que estas crías nacidas después del convenio de prenda no habían estado *in bonis debitoris* (138) en el momento del acuerdo, por lo que podían existir dudas sobre la pignoración o no de las mismas. Ante este hipotético

(134) En este sentido ver el TLL 6, 2330-2334 y HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, *Grex*, 232.

(135) Tanto terrestres (domésticos y salvajes), volátiles y acuáticos. Sobre ellos ver TLL 6, 2330-2332.

(136) La mayor parte de los textos recogidos en el *VIR*, no mencionan expresamente la composición del rebaño. Sin embargo en Paul, Ed 21 (Dig 6,1,23,5) se habla de carneros; En Ulp, Sab 17 (Dig 7,8,12,2) se cita un rebaño de ovejas; Ulp, Ed 32 (Dig 19,2,9,4) menciona un rebaño de cabras; Mod, Dif 9 (Dig 22,1,39) se refiere a yeguas; Pom, Sab 5 (Dig 30,22) nombra a bueyes; Mod, Dif 9 (Dig 32,81,3-5) habla de ovejas y cabras, de carneros y corderos; Paul, Sab 4 (Dig 33,7,9) cita únicamente a las ovejas, al igual que Callis, Cog 6 (Dig 47,14,3,pr); En Ulp, Ofipro 8 (Dig 47,14,1,1) se habla del ganado caballar o vacuno como componente normal del rebaño, mientras que en Marc, Ed 57 (Dig 48,19,16,7) se menciona a los cerdos.

(137) HAMMERSTEIN, *Héredé*, 171.

(138) Sobre este requisito ver las notas 303 y 304 en el capítulo segundo.

problema, el jurista indicó que las cabezas que nacieran después (de ese convenio) quedaban pignoradas.

Como se ha visto en el primero de los textos analizados referentes al *pignus tabernae* (Dig 20,1,34,pr), uno de los puntos más debatidos por los romanistas que analizan estos textos, es el intentar establecer el fundamento jurídico que permitió a los juristas extender el derecho de prenda sobre elementos que no existían en el momento del acuerdo. Respecto a este texto se han mantenido entre otras las siguientes posturas: 1.—Constituye un ejemplo claro del rebaño como una *universitas* (139); 2.—No es determinante para demostrar la existencia de una *universitas facti* (140). Sin embargo, a mi entender lo determinante no es establecer si a este conjunto de animales se le podía agrupar bajo la teoría moderna de la *universitas* (141), sino poner de manifiesto cómo en el derecho romano clásico se aceptó sin ningún problema la pignoración de un conjunto de elementos como colectividad, no como suma de pignoraciones individuales de cada uno de los componentes de la colectividad.

Y según mi interpretación, esta pignoración sobre un conjunto se crearía en las cabezas que componían el rebaño en el momento del vencimiento de la obligación principal. Lo normal es que este momento coincidiera con el de la interposición de la acción. El acreedor, en el momento del vencimiento de la obligación, si el deudor no le pagaba, es claro que intentaría recurrirse con los objetos (en este caso los animales) que garantizaban ese cumplimiento, y para ello utilizaría la *actio Serviana*. Pero podía ocurrir que transcurriera un espacio de tiempo entre el momento de vencimiento y el de la interposición de la acción, y que en ese plazo, el deudor vendiera parte del rebaño. Si aceptáramos como momento de concreción del derecho de prenda el de la acción, podría suceder que el acreedor viera su garantía vacía de contenido, ya que el deudor podía haber enajenado parte del rebaño. Ante estos problemas, creo más lógico aceptar como momento de la concreción del derecho de prenda, el momento del vencimiento de la obligación principal. Esto quiere decir, según mi interpretación, que, si el deudor enajenaba cabezas de ganado entre el momento de constitución de la prenda y el momento del vencimiento, las mismas dejaban de estar gravadas desde el momento en que abandonaban el rebaño, ya que la pignoración no era individual. Igualmente, se entiende que, si el deudor adquiría nuevas cabezas de ganado después del acuerdo constitutivo del derecho de prenda, quedarían pignoradas desde el momento de su entrada en el rebaño.

(139) En este sentido se manifiestan: DELL'ORO, *Cose collettive*, 31-48; BIONDI, [n 94] 134-138; ROTONDI, [n 92] 793-794; RASCON, [n 99] 355; ROMANO, *Appunti*, 19; CARCATERRA, *Estensione*, 41; ASCOLI, *Origini*, 110-121 especialmente 115; DERNBURG, P 1, 460.

(140) SCIALOJA, [n 97] 381 y STURM, [n 85] 431 = 42.

(141) Sobre si el término *universitas* en algunos casos podía ser considerado como clásico. Ver KASER, *RPR* 1², 383, en especial la nota 14.

Esta aceptación por parte de la jurisprudencia clásica de la pignoración de un conjunto, pienso que en la práctica tuvo que ocasionar múltiples problemas. Por ejemplo: ¿qué ocurriría en el supuesto de que el deudor vendiera parte de las cabezas que constituían el rebaño? ¿Constituiría esta venta del deudor un supuesto de *furtum pignoris*? Pienso que no, ya que el deudor no había pignorado cabezas de ganado concretas y determinadas sino la colectividad constituida por el rebaño. Por otra parte, estas cabezas, en el momento que abandonaran el rebaño, según mi hipótesis interpretativa, dejarían de estar gravadas, por lo que el acreedor no podría utilizar la acción real derivada de la prenda para pedir posesión de la misma. Sin embargo, cabe pensar que esta enajenación, lógicamente, tendría algún límite. Quizás, al igual que en el usufructo de un rebaño, se permitió al deudor ejercitar las facultades derivadas del derecho de propiedad, siempre que no menoscabara la forma y la sustancia del rebaño. Y este hecho a mi entender, se produciría si el rebaño seguía estando compuesto, como mínimo, por el mismo número de cabezas que lo componían en el momento del acuerdo. Ahora bien, en el supuesto de que el deudor actuara fraudulentamente, pienso que el acreedor debió tener a su disposición medios jurídicos para poder impugnar estos actos fraudulentos (142).

Pero la realización de un acuerdo pignoraticio, también pudo plantear problemas prácticos al deudor. Pensemos por ejemplo en el siguiente supuesto hipotético: el deudor y el acreedor acuerdan la pignoración de un rebaño constituido por 100 cabezas. Durante el tiempo que transcurre desde el momento del acuerdo hasta el del vencimiento, el deudor consigue que el rebaño aumente por ejemplo a 200 cabezas. Imaginemos que llegado el momento del vencimiento, el deudor no puede cumplir con la obligación, por lo que el acreedor pide la ejecución del rebaño que en ese momento se concreta en 200 cabezas. Esta hipotética situación podría otorgar una mayor seguridad al acreedor, ya que éste sabía que podía pedir la venta de hasta 200 cabezas, pues según mi interpretación el gravamen recaía sobre las 200 cabezas que en ese momento componían el rebaño. Sin embargo, esta venta podría ocasionar un perjuicio al deudor, ya que había constituido un gravamen sobre un rebaño que en el momento del nacimiento de la obligación tenía 100 cabezas y en el momento del vencimiento de la misma 200.

Sin embargo, de toda esta serie de dificultades prácticas no se tiene referencia alguna en las fuentes. Así como son numerosos los textos en los que se

(142) En mi opinión en este caso el acreedor pignoraticio no podría utilizar la *actio Serviana* ya que, si se admite por el objeto gravado es el rebaño como colectividad y no cada una de las cabezas que lo componen, las cabezas dejarían de estar pignoradas en el momento en que dejaran de pertenecer al rebaño, hecho que según mi interpretación ocurriría con la venta. Pienso que sin embargo el acreedor tendría a su disposición la *actio de dolo* ya que la venta fraudulenta del deudor le ocasiona un perjuicio.

alude a los problemas ocasionados, por ejemplo, por el usufructo del rebaño, no he encontrado ningún texto que ponga de manifiesto las dificultades prácticas derivadas de la pignoración del mismo. Esta falta de noticias, pienso que puede ser interpretada, al menos, en dos sentidos: a) Puede querer decir que este tipo de pignoración, debido a los innumerables problemas prácticos que podía ocasionar, no fue muy frecuente; b) Quizás puede significar que, aún siendo frecuente, no se han trasmitido fuentes que pongan de manifiesto este problema.

Con base en este análisis, creo que de este texto es posible extraer las siguientes conclusiones: 1.—Marciano establece la posibilidad de pignorar un rebaño; 2.—Si bien no se manifiesta expresamente en el texto, según mi hipótesis interpretativa, cree que el deudor podía realizar actos de disposición respecto a los elementos que componían el rebaño, siempre y cuando dichos actos no menoscabaran la forma y la sustancia; 3.—A mi entender, si bien no se dice nada expresamente en el texto, creo que el derecho de prenda del acreedor se concretaba en las diferentes cabezas que componían el rebaño en el momento del vencimiento.

§ 57.—CONCLUSIONES

Las conclusiones de este capítulo van a tener dos partes: una dedicada a la pignoración de mercancías, y otra dedicada a la pignoración del rebaño, la *taberna* y el bosque.

A) Por lo que se refiere al primer grupo de textos, pignoración de mercancías, pienso que el análisis efectuado permite establecer las siguientes conclusiones:

1.—*Aparición*

La pignoración de mercancías, como lo ponen de manifiesto los tres documentos analizados, parece que fue un fenómeno relativamente frecuente ya en el primer tercio del siglo I p.C.

2.—*Constitución*

La constitución del gravamen sobre las mercancías se realizaba mediante el acuerdo de voluntades seguido de la entrega de dichas mercancías. Esta entrega no se producía físicamente, sino que tenía lugar mediante el nombramiento del acreedor pignoraticio como titular del arrendamiento de unas determinadas dependencias en los almacenes. En estos locales, era donde estaban depositadas las mercancías (*TabPomp* 15,7,16). La constitución del gravamen y la veracidad de la entrega se efectuaba por escrito (*TabPomp* 15,7,16).

3.—*Sujetos*

Según se desprende de estos tres documentos epigráficos, las partes que intervenían en este tipo de garantía eran por un lado, en calidad de deudor, un comerciante de granos dedicado posiblemente al comercio al por mayor, y por otro, en calidad de acreedor, figuran dos sujetos diferentes: un liberto imperial y un esclavo.

4.—*Objeto*

Según se desprende de estos tres documentos epigráficos (*TabPomp* 15,7,16), la prenda se constituía sobre unas mercancías, las cuales, en cierta medida, quedaban determinadas al indicarse que eran, los 7.000 modios de trigo de Alejandría situados en el almacén número 12 y los 4.000 modios de lentejas, harina, garbanzos contenidos en 200 sacos y en recipientes situados en los *intercolumnia*, los objetos que estaban gravados.

5.—*Relación jurídica garantizada*

Según se desprende de dos de los documentos epigráficos (*TabPomp* 15,16), las mercancías garantizaban la devolución de dos préstamos, uno de 10.000 sestercios y otro de 3.000.

6.—*Derechos del deudor*

Del análisis de *TabPomp* 16, se deduce que el deudor tenía derecho a constituir un segundo gravamen sobre las mercancías, se entiende siempre que el primer acreedor prestara su consentimiento.

7.—*Derechos del acreedor*

Del análisis de *TabPomp* 15, parece que el primer acreedor, en el supuesto de que, en el momento de pedir al acreedor la restitución no obtuviera la cantidad prestada, tal como ha interpretado el texto, podía quedarse con la propiedad de las mercancías.

- B) Del análisis del segundo grupo de textos pienso que es posible deducir las siguientes conclusiones:

1.—*Aparición*

Ya desde la época de Casio Longino, según se desprende de Paulo, Dig 13,7,18,3, y a lo largo de toda la época clásica (Escévola, Dig 20,1,34,pr-1; Marciano, Dig 20,1,13,pr y Paulo, Dig 13,7,18,3) se aceptó, al parecer sin problema alguno, la pignoración de un conjunto

de elementos que constituían, a efectos jurídicos, un todo común independiente de sus diversos componentes.

2.—*Constitución*

El derecho de prenda sobre estos colectivos, según se deduce de Escévola, Dig 20,1,34,1, se podía constituir por el mero acuerdo de voluntades, no siendo necesario que dicho acuerdo se reflejara por escrito y cumpliera todos los requisitos y formalidades exigidos para la validez de los documentos. Sin embargo, para facilitar la prueba al acreedor, podría ser interesante reflejar la constitución del derecho de prenda por escrito.

3.—*Sujetos*

En los textos no se dice nada acerca de los sujetos que habitualmente realizaban este tipo de pignoración. Sin embargo, teniendo en cuenta el objeto gravado, cabe pensar en comerciantes, ganaderos y campesinos, como las personas que podían efectuar este tipo de prenda.

4.—*Objeto*

Por lo que se refiere al objeto del gravamen, creo que del texto de Escévola, Dig 20,1,34,pr, se puede deducir que era posible constituir un derecho de prenda sobre la tienda concebida como establecimiento mercantil, siempre que el local donde estaba asentado el negocio no fuera de dominio público. El escaso número de fuentes que tratan de la pignoración del rebaño y del bosque, induce a pensar que estos objetos, quizás por los problemas prácticos que el gravamen sobre los mismos podía ocasionar, no fueran objeto habitual de prenda.

5.—*Relación jurídica garantizada*

De todas las fuentes analizadas, sólo un texto de Escévola, Dig 20,1,34,1, menciona el préstamo como relación jurídica garantizada con la prenda.

6.—*Derechos del deudor*

Del análisis de los textos de Escévola (Dig 20,1,34,pr-1), Marciano (Dig 20,1,13,pr) y Paulo (Dig 13,7,18,3) se deduce que el deudor propietario podía realizar actos de disposición sobre los elementos que componían el conjunto, ya que, según mi hipótesis interpretativa, el gravamen se consideraba que existía sobre la tienda, el rebaño o el bosque, y no sobre sus componentes. A mi entender, estos elementos que

componían la colectividad dejarían de estar gravados a partir del momento en que abandonarían el colectivo, la tienda, el rebaño, el bosque, y por lo tanto el acreedor no tendría la posibilidad de dirigirse frente a los terceros que poseyeran alguno de estos elementos en base a un supuesto derecho de prenda.

7.—*Derechos del acreedor*

El acreedor podía hacer efectivo su derecho de prenda sobre el colectivo una vez llegado el momento del vencimiento. Para ello, podría emplear la *actio hypohecaria* según se deduce de Escévola (Dig 20,1,34,pr). Con dicha acción, pediría la posesión de todos los elementos que en ese momento, el vencimiento, compusieran la la tienda, el rebaño o el bosque.

CAPITULO 5

**PIGNORACION DE MERCANCIAS
EN EL
PRESTAMO MARITIMO**



§ 58.—INTRODUCCION: DELIMITACION DE NUESTRO ESTUDIO

El presente capítulo está dedicado a analizar aquellas fuentes de derecho romano clásico en las que se menciona una pignoración de mercancías o aparejos en garantía de un préstamo marítimo. La *pecunia traiecticia* (1), término con el que se conoce esta institución en las fuentes latinas, es de origen helénístico (2). Introducida en Roma ya a finales de la época republicana (3), se suele definir como un préstamo concedido para el transporte de mercancías, en especial para la compra de las mismas. Su función primordial era descargarse al naviero que tomaba el préstamo de la obligación de devolverlo caso de que la expedición no llegara a feliz término dentro del plazo establecido. Algunas veces la devolución de este préstamo se garantiza con la pignoración de mercancías, del buque o de los aparejos (4). Aquí en concreto, se va a intentar establecer el funcionamiento y la problemática de la pignoración de

(1) Sobre la terminología ver: H. KUPISZEWSKI, *Sul prestito marittimo nel diritto romano classico*, Index 3 (1972) 370; G. E. M. DE STE CROIX, *Ancient greek and roman maritime loans, Debts, Credits, Finance and Profits. Essays in Honour of W. T. Baxter.* (London 1974) 41; K. VISKY, *Das Seedarlehen und die damit verbundene Konventionalstrafe im römischen Recht*, RIDA 16 (1969) 390; M. HEICHELHEIM, *Bottomry Loans*, OxClassDict, 144; G. CAMPANIO, *Prestito a cambio marittimo*, NDI 10 (1939) 321; BISCARDI, *APT.*, 186-187; W. LITEWSKI, *Römische Seedarlehen*, IURA 24 (1973) 113-117; ROUGÉ, *Recherches*, 351; H. ANKUM, *Tabula Pompeiana 13: ein Seefrachtvertrag oder ein Seedarlehen?*, IURA 29 (1978) 170-171; J. DAUVILLIER, *Recherches sur contrat caravanier babylonien et sur les origines du prêt a la grosse aventure dans L'Ani-nité grecque*, Mélanges Marty, 379 y W. LITEWSKI, *Bemerkungen zum römischen Seedarlehen*, StSanFilippo 4, 396 n. 85.

(2) DE STE CROIX, [n 1] 43 ss; ROUGÉ, *Recherches*, 358; DE MARTINO, *Sul foenus nauticum*, RDNav 1 (1935) 226-230; DAUVILLIER, [n 1] 379.

(3) Ya en dos pasajes literarios: PLUT, *CaiMaíor*, 21 y CAT, *Agr*, 1,2,3, se menciona esta institución. Igualmente Dig 22,2,8 (Ulp, Ed 77) demuestra cómo ya en la época de Servio Sulpicio Rufo se planteaban problemas jurídicos con la misma. Sobre estos pasajes ver entre otros: ROUGÉ, *Recherches*, 427; DE MARTINO, [n 2] 218-224; HUVELIN, *DCR*, 28; CASTRESANA, *Préstamo marittimo*, 51-56; U. VON LÜBTOW, *Catos Seedarlehen*, FstSeidl, 103-117.

(4) Hablan de pignoración de mercancías un texto de Scaev, Dig 28 (Dig 45,1,122,1) y Paul, Quaest 25 (Dig 22,2,6). Habla de pignoración del buque, los aparejos y el flete el PVindob G 19.792. Todos estos textos van a ser analizados a lo largo de este capítulo.

mercancías y de aparejos a través del análisis de las fuentes clásicas en las que se menciona dicha pignoración (5).

§ 59.—PAPIRO VINDOB G 19792

La noticia más antigua referente a la pignoración en garantía de una *pecunia traiecticia* dentro del período comprendo como derecho romano clásico, data de un papiro del año 149 d.C.: el papiro *Vindob G 19792*. Como se verá con más detenimiento en el análisis, dado el hecho de que las partes que intervienen en el negocio como prestatarios probablemente no eran ciudadanos romanos y de que se menciona una institución como la *ἀλληλέγγυοι* de marcado carácter helenístico, pienso que es posible deducir que el derecho aplicado en este préstamo no era propiamente derecho romano sino derecho helenístico. Sin embargo, este documento resulta muy ilustrativo para conocer la práctica de la institución en plena época clásica. Si bien la primera referencia al papiro se realizó en el año 1938, su contenido fue descrito por primera vez en el año 1951 (6). Casson lo publicó en su totalidad en el año 1956 (7). Posteriormente ha sido citado en diferentes ocasiones (8). Biscardi (9) lo ha vuelto a publicar con ligeras variantes respecto a Casson, siendo la reconstrucción del primero la que se va a emplear aquí, y dice lo siguiente:

Ἀπὸ τῆς Μάρκου Καλανδίου Καβείνου [δημοσί]ιας τραπέτη]ε
Ζωίλω Ζων[ά]τος καὶ Καλλιμή[δει] Διορ[έν]ουε [Ἀσκα]λων^ε
L ἰβ ἀντ^οχ καίκαρ^ο Τιτ^ο Ἀδριαν^ο Ἀντων^ιει^ε ἐε^ε εὐεβοῦε Μεχ^ειρ^ε
[ι]β]. Γάιος Λονγείνουε Κελερ καὶ Τιβέριουε Κλανδίουε Χάρηε
αιε ἐπέτειλιαν ὑμείν εὐν Σωτρατόε καὶ Ὠώεω ἀμφοτέροιε
Διοπέιθουε Ἀσκαλων εὐνανυκλήροιε ὑμῶν πλοίουε ἀκατό
ῶ ἐπιγραφή^η Ἀντινο^ο Φιλοσάρα^η Σώζων ἀλληλένυοιε εἰε
εκτειεω δάνιονε ναυτικ^ο κατὰ ναυτικῆν εὐτραφήν ἦε ἡ ἔννειοε
παρ^ε ἔμοι τῶ τρα^η ἐπι ()ω[.].]κη ()ω προγεγραμμένα^ω πλοίω^ω

(5) Por lo tanto no se van a analizar los discursos demostenianos (la fuente más completa que se posee sobre el funcionamiento de la garantía en derecho helenístico), ni las fuentes papirologicas anteriores al principado (ver nota 65).

(6) SALOMON en la Tesis doctoral defendida en Viena en 1938: *Papyrusurkunden aus der Kaiserzeit der Papyrussammlung Erzherzog Rainer der Nationalbibliothek zu Wien* dedica las páginas 49-66 a este papiro, según indica BISCARDI, *APT*^o, 202 n 141. GERSTINGER, *Bericht über die Schicksale der Wiener Papyrussammlung in der Zeit von 1938-1948 und der Stand der Arbeiten an den PER*, *AC* 20 (1951) 415 publicó el papiro según indica BISCARDI, *APT*^o, 203 n 142.

(7) L. CASSON, *New light on maritime loans*, *Eos* 48 (1956) 89-90.

(8) Entre otros por: R. BOGAERT, *Banquiers, courtiers et prêts maritimes à Athènes et à Alexandrie*, *ChrEg* 40 (1965) 154-155; ROUGE, *Recherches*, 348; E. SEIDL, *SDHI* 23 (1957) 360, *IDEM*, *Juristische Papyruskunde*, *SDHI* 24 (1968) 439.

(9) BISCARDI, *APT*^o, 212.

καὶ τοῖς τούτῳ κενύει... ἐσχάτω ναύ[λ]ω ὥστε ἔχ^ε ὑμᾶς
 τοὺς τέσσαρας ἀργυρί^ο Ζ ζ] ἐρέ^ε σύν οἷς ἔχ^ετ[ε]] διὰ χειρὸς Ζ, ζ]
 [.]ρΕ τὰς λοιπὰς μὴ ἐλαττουμένου τοῦ εὐός αὐτῶν.

Γαίου Λουρευνο[υ] Κέλερος περὶ ἂν ἄλλων ὀφείλει αὐτῷ
 Καλλιμήδης Διογένους ... []..[]... κατ' ἐν[ρ]αφον ἀφάλλειαν
 (?) τοῖς
 Ζ []

De M. Claudio Sabino de la banca pública. A Zoilo hijo de Zoigas y a Calimedes hijo de Diógenes, ascalonitas. A 19 Mequir del año 12 del Emperador César Tito Elio Adriano Antonio Augusto Pío.

Cayo Longino César y Tiberio Claudio Cares os han concedido a vosotros y a Sótrato y Soso, ambos hijos de Diópites, ascalonitas, capitanes vuestros de la nave de carga llamada «Antinoo Filosarapis Sozon», con fianza reciproca del pago, un préstamo marítimo de acuerdo con la singrafé marítima de la que el ejemplar de tierra está en mi poder en la banca, con garantía pignoraticia sobre la predicha nave, todos sus pertrechos y el flete último, de forma que tengáis vosotros cuatro siete talentos de plata y 5.160 dracmas, de las que tenéis al contado 7 talentos y (...) dracmas las restantes, sin perjuicio de Cayo Longino por todo lo que por otros conceptos le debe Calimides hijo de Diógenes (...) con garantía escrita (...).

Probablemente, el texto está fechado, en el 19 de Mequir del año 12 del reinado del emperador Antonino Pío, es decir el 13 de febrero del año 149 p.C. (10). El papiro recoge una carta enviada por Marco Claudio Sabino, de la banca pública (11), a Zoilo hijo de Zoilas (12) y Calimedes hijo de Diógenes (13) ambos ascalonitas. Dado el hecho de que la ciudad de Ascalón (14) tenía el estatus de ciudad independiente y del nombre no romano de los prestatarios, cabría deducir que tanto Zoilo como Calimedes no eran ciudadanos

(10) BISCARDI, *APT*², 204; ANKUM, [n 1] 166 n 3; BEGAERT, [n 8] 154, y CASSON [n 7] 90 lo sitúan en el reinado del emperador Antonino Pío sin especificar más, ROUGE, *Recherches*, 348 lo fecha el 9 de Mequir de un año desconocido dentro del reinado de este emperador. CASTRESANA, *Préstamo marítimo*, 154 cree que la fecha aproximada es hacia el 150 p.C.

(11) Mientras que BISCARDI, *APT*², 212 y CASTRESANA, *Préstamo marítimo*, 154, califican al banquero como público: δημόσιος, CASSON, [n 7] 90, habla simplemente de un banquero.

(12) CASSON, [n 7] 90 habla de un prestatario desconocido al que considera hijo de Esmeimis. (13) La reconstrucción de CASSON, [n 7] 90 al igual que en el caso anterior es diferente de la de BISCARDI, ya que omite por completo el nombre de este segundo prestatario.

(14) Ascalón era un puerto situado cerca de Gaza en Judea. Sobre su historia y estatus jurídico en la época romana ver BENZINGER, *Ascalon*, PWRE 2/2, 1609-1610.

romanos. Por el contrario, el banquero Marco Claudio Sabino, probablemente era ciudadano romano (15) residente en Teadelfia (16). Se ha dirigido a estos dos propietarios de Ascalón para comunicarles, que Cayo Longino Celer y Tiberio Claudio Cares (17), posiblemente también ciudadanos romanos como se deduce de sus nombres, les han concedido a ellos y a Sóstratos y Sosos, hijos ambos de Diópites, un préstamo marítimo.

A continuación el texto indica, que los cuatro ascalonitas están en una situación de fianza reciproca de pago (*ἀλλήλένυοις εἰς ἐκτελεῖν*), lo que en términos romanos se considera como una *mutua fideiussio* (18). Esta declaración de *ἀλληλεγγύη* suponía que cada uno de los deudores, llegado el momento de vencimiento, se encontraba obligado por el montante total de la deuda. Esto quiere decir, que el acreedor podía reclamar a cada uno la totalidad de la deuda (19). Y esta situación de solidaridad pasiva por parte de los prestatarios, pienso que tiene su razón de ser dentro de la institución del préstamo marítimo. En el presente caso hay dos acreedores y cuatro deudores. Podemos pensar que los cuatro deudores prestatarios no tenían que ir necesariamente en la nave. Pues bien, en virtud de esta solidaridad existente entre los deudores, a los acreedores les sería indiferente que llegado el momento del vencimiento los deudores que iban en el barco no estuvieran en el lugar del pago, pues sabían que podían dirigirse contra cualquiera de los que se hubieran quedado en tierra.

Estos cuatro deudores están unidos por la fianza, ya que la relación existente entre ellos parece que no es de sociedad. Tal como está redactado el texto se puede pensar, que Zojilas y Calimedes son los propietarios de la nave de carga «Antinoo Filosarapis Sozon» (20) y que Sostratos y Sosos son *magistri navis*, es decir los capitanes.

Este préstamo marítimo (*δάνειον ναυτικόν*), se ha realizado de acuerdo con la singrafé marítima (*κατὰ ναυτικὴν συγγραφὴν*). La singrafé (21)

(15) BISCARDI, *APT*^s, 204 y CASSON, [n 7] 92 hablan de él como banquero romano, ROUGÉ, *Recherches*, 348 considera que era alejandrino. CASTRESANA, *Préstamo marítimo*, 156 piensa igualmente que era ciudadano romano.

(16) Mientras que BISCARDI, *APT*^s, 204, 212 y ANKUM, [n 1] 166 n 33 consideran que residía en esta ciudad. BOGAERT, [n 8] 154, cree que residía en Alejandría.

(17) SEIDL, [n 8] 439 cree que Celer y Cares eran capitanes que dieron un crédito a Sabino para que lo prestara al armador.

(18) Sobre esta institución ver KASER, *RPR* 1^o, 665 y especialmente las notas 52 y 53 donde recoge una amplia bibliografía sobre el tema.

(19) En este sentido E. CANTARELLA, *La Fideiussione reciproca* (Milano 1965) 111, 114.

(20) CASSON, [n 7] 91 pone de manifiesto la ambigüedad del término *akatos* para designar un tipo de barco.

(21) Sobre la *syngrapha* en Derecho griego ver: M. G. BIANCHINI, *Syngrapha*, NNDI 18 (1971) 1.088 ss.; PAOLI, *SDA*, 121-137; DAUVILLIER, [n 1] 376-378; A. SEGRE, *Note sul docum.*

era un documento redactado en estilo objetivo ante varios testigos, en el que se recogían las condiciones del préstamo. Normalmente, el original del contrato se depositaba en casa de un particular de confianza para los contratantes, habitualmente un banquero (22), y los contrayentes se procuraban una copia. En este caso concreto, se indica que un ejemplar está en poder del banquero. En esta singrafé entre otras cláusulas se dice que el préstamo se había garantizado con el buque, los aparejos y el último flete (ἐπι. ναυλα). Aunque en los discursos demostenianos se pone de manifiesto cómo normalmente se garantizaba la devolución del préstamo con el navío (23) y las mercancías (24), la pignoración de los aparejos y del flete tampoco era totalmente desconocida (25). De los tres posibles objetos de prenda mencionados en el texto, es claro que la determinación del navío como objeto gravado con la garantía, no presenta mayor problema (26). Más dificultad podría ocasionar sin embargo la determinación de los pertrechos. Con el término σκευεῖσι, dativo plural de σκευός que en una de sus acepciones más usadas significa pertenencia (27), se hace referencia lógicamente a la serie de elementos necesarios para que el barco navegue y que normalmente acompañan al mismo. En términos latinos se podría decir que es el *instrumentum navis* (28).

La determinación de los diferentes componentes que normalmente debía de llevar una nave, parece que estaba relativamente bien establecido. En las fuentes jurídicas romanas se encuentran diversas referencias a este tipo de pertrechos: aparejos, mástil, antena, bote, etc. (29). En los usos comerciales del Mediterráneo, que más tarde (siglos VII, VIII) quedaron recogidos por un anónimo en la llamada *Lex Rhodia* (30), se indicaba que un barco completamente preparado debía de estar provisto de velas, anclas, cuerdas de cáñamo

mento nel diritto greco-egizio, BIDR. 34 (1925) 67-161, en especial 114 ss.; KUNKEL, *Συγγραφή συγγραφα*, PWRE 4A/2, 1376-1380; H. A. RUPPRECHT, *Untersuchungen zum Darlehen im Recht der graeco-ägyptischen Papyri der Ptolemäerzeit* (München 1967) en especial 13-16.

(22) Así por ejemplo en DEM 34 (*cFom*) 6,32 se indica que el contrato se había depositado en casa del banquero Kitos. Sobre estos documentos ver H. J. WOLFF, *Das Recht der griechischen Papyriägyptens in der Zeit der Ptolemaeer und des Prinzipats* 2 (München 1978) 95-105.

(23) Así el barco es objeto de garantía en los siguientes discursos demostenianos: DEM 32 (*cZen*), 14; DEM 33 (*cApat*) 6,8; DEM 35 (*cLac*), 32; DEM 56 (*cDion*), 3,6 y DEM 50 (*cPol*), 17.

(24) Las mercancías se utilizan para garantizar el préstamo en: DEM 34 (*cForm*), 6; DEM 35 (*cLac*), 23,4,18 y 10; DEM 32 (*cZen*), 4,12; ISO 17 (*Trap*), 4, al igual que Scaev, Dig 28 (Dig 45,1,122,1) y Paul, Quaest 25 (Dig 22,2,6).

(25) DEM 50 (*cPol*), 55 habla de una pignoración de aparejos. DEM 35 (*cLac*), 33 habla de la pignoración del flete entre Atenas y Ponto.

(26) Ya la *Lex Rhodia* 2,16 indicaba diferentes criterios para la valoración. Ver la traducción y el comentario de W. ASHBURNER, *The Rodian Sea-Law* (Oxford 1909 = Aalen 1967) 63-65.

(27) H. G. LIDDELL-R. SCOTT-R. S. JONES, *A greek-english Lexicon* 9 (Oxford 1940 = 1961) 1607.

(28) Esta acepción le da al menos ASHBURNER, [n 26] 87.

(29) Ver por ejemplo Jul, Dig 86 (Dig 14,2,6) y Paul, Sab 4 (Dig 33,7,29).

(30) ASHBURNER, [n 26] 91-93, traduce y comenta el capítulo 11 de esta tercera parte.

de primera calidad, botes en perfecto orden, cañas de timón, etc. En el papiro la referencia es más ambigua. Al mencionarse solamente los aparejos, si las partes previamente no han determinado, por ejemplo mediante un inventario, las diferentes pertenencias que lleva la nave, puede ocurrir que en el momento de la ejecución, la garantía se vea devaluada, porque por ejemplo, el prestatario introduce elementos de menor calidad o más deteriorados, se desprende de alguno de ellos, etc. Por lo que se refiere a la pignoración del último flete, (ἔσ-transporte de las mercancías (31) del último viaje a realizar antes de producirse la fecha de la devolución del préstamo. El hecho de que se mencione la pignoración del flete, indica que el barco se dedicaba al transporte marítimo de mercancías ajenas; sin embargo, también se puede pensar que el barco transportaba mercancías tanto propias como ajenas, y que se garantizaba el pago del préstamo sólo con el flete del transporte de las ajenas, quizás porque las propias ya estaban pignoradas.

Llama la atención en el texto el hecho de que los acreedores tengan a su disposición dos tipos de garantías para exigir la devolución de la cantidad prestada; por un lado, la existencia de una relación de solidaridad pasiva entre los deudores que les va a permitir dirigirse contra cualquiera de ellos y exigir la totalidad de la deuda, y por otro, la garantía pignoraticia constituida sobre el buque, los aparejos y el último flete. ¿Cuál es la razón de esta doble garantía? Pienso que la misma se puede justificar con base en los altos riesgos que el acreedor tenía que soportar en el préstamo marítimo, y quizás también en la escasa fiabilidad que tiene para el acreedor el derecho de prenda constituido sobre el barco, los aparejos y el último flete.

Debido a las lagunas que presenta el texto en su parte final, surge el problema de determinar con exactitud la cantidad otorgada en préstamo. Casson y Rougé (32) consideran que la suma alcanzaba 7 talentos y 5.190 dracmas; Bogaert (33) habla de 7 talentos y 6.190 dracmas; Biscardi (34) cree que el préstamo fue de 7 talentos y 5.160 dracmas. De esta cantidad, parte (35) ha sido ya entregada, por lo que quedaba un resto, cuya cuantía se desconoce, sin entregar (36).

(31) Sobre el concepto de *naulium* de mercancías y sus diferencias con el *naulium* de pasajeros ver ROUGÉ, *Recherches*, 361-381. Sobre la inexistencia de criterios fijos en la determinación del flete en la antigüedad ver ASHBURNER, [n 26] CLXXXIX.

(32) CASSON, [n 7] 90-91 y ROUGÉ, *Recherches*, 248.

(33) BOGAERT, [n 8] 154.

(34) BISCARDI, *APT*², 205

(35) Según BISCARDI, *APT*², 205, y talentos y un número desconocido de dracmas; CASSON, [n 7] 91 y ROUGÉ, *Recherches*, 348 creen que se ha entregado 7 talentos y... 6 dracmas.

(36) ROUGÉ, *Recherches*, 349 cree que esta diferencia podrá ser la comisión cobrada por la banca por su papel de intermediaria y de depositaria. No está de acuerdo con esta interpretación BISCARDI, *APT*², 205 n 154.

Al final de la parte conservada del papiro, se hace referencia a una deuda de Calímedes, hijo de Diógenes, respecto a uno de los prestamistas, Cayo Longino. Se indica claramente cómo el nuevo crédito a favor del acreedor, no afectaba a posibles deudas anteriores (37). Por lo tanto, ambos créditos tienen existencia y funcionamiento separados, pese a poder coincidir algunos de los sujetos.

El papiro finaliza con una alusión a los intereses, ya que se menciona el término $\tau\acute{o}\kappa < \omicron\zeta >$. Ante la cuestión de determinar si dicho término se refería a los intereses del préstamo marítimo o al crédito existente entre Cayo Longino Celer y Calímedes (38), creo más lógico pensar que hace referencia al tipo de interés exigible en el préstamo marítimo que menciona el papiro.

Como este papiro no recoge la singrafé, sino una modificación que hace referencia a la misma, ocurre que no se concen datos referentes al préstamo como por ejemplo: la ruta del viaje o itinerario, la tasa de intereses, el plazo para el que se ha otorgado el préstamo, etc. Lo único que se dice es que ha sido concedido un préstamo marítimo con unas determinadas garantías sobre el buque, los aparejos y el flete. No se sabe si este objeto sobre el que se consintió la garantía, fue previamente determinado por las partes en el sentido de especificar cuáles eran las mercancías pignoradas, y determinar previamente los aparejos gravados. Igualmente se desconoce en el supuesto que se analiza, si fue necesario pasar a la ejecución. Tampoco se sabe cuál hubiera sido el primer objeto ejecutado: el barco, los aparejos o el flete en el supuesto en que solamente fuera necesario enajenar uno de ellos para abonar la cantidad adeudada y los intereses. Tampoco se menciona nada sobre la posible acción a ejercitar por el acreedor para pedir la posesión de las mercancías o los aparejos en el caso de que los mismos no hubieran sido previamente determinados por las partes, y hubieran pasado a propiedad de un tercero.

Con base en el análisis realizado, pienso que de este papiro *Vindob G 19.792* es posible deducir las siguientes conclusiones: 1.—Posiblemente el derecho que recoge el documento no es derecho romano clásico sino derecho helenístico. 2.—Recoge un préstamo marítimo ($\delta\acute{\alpha}\nu\epsilon\iota\omicron\nu \nu\alpha\nu\tau\iota\kappa\acute{o}\nu$) realizado de acuerdo con una singrafé marítima en la que se especifica que el préstamo se ha garantizado con el buque, los aparejos y el último flete. 3.—Es difícil determinar la cantidad entregada en préstamo y el posible interés debido a las lagunas existentes en la parte final del texto. 4.—El papiro, al no recoger la singrafé, sino una notificación en la que se menciona la misma, impide conocer datos referentes al préstamo como la ruta del viaje, el interés, el plazo

(37) Esta especie de cláusula de salvedad, en virtud de la cual se diferenciaban claramente las relaciones anteriores de las surgidas en el presente negocio, parece que fue frecuente.

(38) Cuestión planteada por BISCARDI, *APT^s*, 206. Así por ejemplo el *PFior 1,56,18* (233-234 p.C.) = MITTEIS, *C'hrest*, 241 menciona también esta cláusula.

para el que se ha otorgado el préstamo, etc. No obstante el documento es interesante en cuanto que pone de manifiesto la práctica de la institución en plena época clásica.

§ 60.—DIG 45,1,22,1 (Scaev, Dig 28)

Callimachus mutuum pecuniam nauticam accepit a Stichio servo Seii in provincia Syria civitate Beryto usque Brentesium: idque creditum [esse] <fuit> in omnes navigii dies ducentos, sub pignoribus et hypothecis mercibus a Beryto comparatis et Brentesium perferendis et quas Brentesio empturus esset et per navem Beryto invecutus: convenitque inter eos, uti, cum Callimachus Brentesium pervenisset, inde intra idus Septembres, quae tunc proximae futurae essent, aliis mercibus emptis in navem [mercis] <impositis> ipse in Syriam per navigium proficiscatur, aut, si intra diem supra scriptam non reparasset merces nec enavigasset de ea civitate, redderet universam continuo pecuniam quasi perfecto navigio et praestaret sumptus omnes prosequentibus eam pecuniam, ut in urben Roman eam deportarent; eaque sic recte dari fieri fide roganti Stichio servo [Lucci Titi] <Seii> promisit Callimachus. Et cum ante idus supra scriptas secundum conventionem mercibus in navem impositis <post idus> cum Erote conservo Stichii quasi in provinciam Syriam [perventurus?] enavigavit: quaesitum est nave submersa, cum secundum cautionem Callimachus merces [debito] <Berito> perferendas [in nave mansisset] <in navem misisset> eo tempore, quo iam pecuniam Brentesio reddere [Romae] <Roman> perferendam deberet, an nihil prosit Erotis consensus, qui cum eo missus erat, cuique nihil amplius de pecunia supra scripta post diem conventionis permissum [vel mandatum] erat, quam ut eam receptam Roman perferret, et nihilo minus actione ex stipulatu Callimachus de pecunia domino Stichii teneatur. Respondit secundum ea quae proponerentur teneri. Item quaero, [si Callimacho post diem supra scriptam naviganti Eros supra scriptus servus consenserit], an actionem domino suo semel adquisitam adimere potuerit. Respondit non potuisse, [sed fore exceptioni locum, si servo arbitrium datum esset eam pecuniam quocumque tempore in quovis locum reddi].

El texto procede del libro 28 de los *Digesta* de Escévola (39), obra que como se sabe plantea serios problemas de autenticidad. A mi entender el párrafo probablemente trata de un caso real desfigurado (40) del que sin embargo se conservan datos de la consulta hecha al jurista. Este texto está situado

(39) Sobre la problemática planteada por esta obra, ver el análisis de Escévola, Dig 20,4,2,1,1, en el capítulo dedicado a los *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de un fundo urbano (§ 24).

(40) KASER, *RRG*², 183 indica cómo los *Digesta*, contienen exposiciones ordenadas por temas jurídicos procedentes de las consultas hechas al jurista.

en el Digesto, dentro del libro 45, dedicado a las obligaciones verbales. El párrafo que le precede y los que le siguen ponen de manifiesto cómo Escévola, a lo largo de este fragmento del libro 28, trataba de problemas derivados de la estipulación. Confirma esta idea de que el tema principal debatido en el texto era el de la estipulación, el que, el otro fragmento que se ha transmitido de este libro 28 (Dig 44,7,61), trataba igualmente de este tema (41).

En el pasaje se han detectado múltiples interpolaciones que van a ser expuestas y comentadas a lo largo del análisis del mismo. Sin embargo, la impresión global es que, si bien presenta claros defectos de forma, éstos no son lo suficientemente importantes como para rechazar la autenticidad sustancial del contenido (42).

En el texto se presentan los siguientes hechos: Calímaco recibió de Estíco, esclavo de Seyo, en préstamo marítimo una cantidad de dinero. Dicha cantidad se recibió en Beirut, provincia de Siria, y era para los 200 días de navegación y para la ruta de Beirut-Brindisi. Este préstamo se garantizaba con un derecho de prenda sobre las mercancías adquiridas en Beirut para ser llevadas a Brindisi, y las que se iban a comprar en Brindisi para ser llevadas a barco hasta Beirut. Calímaco y el esclavo también acordaron que el regreso a Siria con las mercancías adquiridas en Brindisi, se debía realizar antes de los *idus* de septiembre. En el supuesto de no haber comprado nuevas mercancías, ni zarpado de Brindisi antes de esa fecha, Calímaco se comprometía a devolver todo el dinero prestado en Brindisi como si el viaje hubiera finalizado. También pagaría los gastos a los encargados de cobrar y llevar el dinero a Roma. Ante estos hechos se pregunta al jurista: 1.—Qué ocurriría en el supuesto de que Calímaco, pese a haber embarcado las mercancías conforme a lo establecido en el documento, no zarpó de Brindisi antes de los *idus* de septiembre; 2.—Qué ocurriría en el supuesto de que esta demora se hubiera producido con el consentimiento del sobrecargo Eros, que acompañaba a Calímaco en la nave, y al que no se le había dado más que permiso o mandato que el de llevar la cantidad indicada a Roma después del día acordado; 3.—Si podía el *dominus* del esclavo Eros utilizar la *actio ex stipulatu* contra Calímaco. Ante estos hechos y cuestiones, Escévola responde que sí puede utilizarse la acción. Sin embargo, añade el jurista, cabrá una *exceptio* en el supuesto de que se le haya facultado al esclavo Eros a restituir el dinero en cualquier tiempo y en cualquier lugar.

De esta exposición de hechos, cabe pensar que el texto plantea entre otros los siguientes problemas: 1.—Existencia de un préstamo marítimo para un viaje de ida, de ida y vuelta, o de todo un período de navegación; 2.—Exis-

(41) LENEL, *Palingenesia*, 2,165-266; nrs 120-121.

(42) En este sentido se manifiesta, creemos que acertadamente: VON LÜBTOW, *Das Seedarlehen des Callimachus*, Fskaser, 330 y MANIGK, *Hypotheca*, 372.

tencia o no de una estipulación y alcance de la misma; 3.—Efectos del incumplimiento de lo acordado respecto a los riesgos asumidos por el acreedor; 4.—Acción a utilizar por parte del prestamista acreedor pignoraticio y objeto de la misma.

Para intentar responder a estas preguntas se va a analizar paulatinamente el texto. El mismo comienza afirmando que Calimaco recibió un préstamo marítimo de Estico, esclavo de Seyo, una cantidad de dinero. Del doble hecho de que el prestatario se llamara Calimaco, y de que el punto de partida de la expedición fuera Beirut, cabe deducir con toda probabilidad, que el préstamo se realizó en la parte oriental del imperio. De Calimaco no se dice nada acerca de por ejemplo: su condición social, la actividad económica que desarrollaba, etc. Sin embargo, con base en la distinción establecida por Paoli (43) de *voὐκληροί* y *ἐμπόροι*, no parece excesivamente arriesgado afirmar, que Calimaco pudiera ser un *ἐμπόρος* o comerciante sin capital suficiente, y al que no se imponía por parte del prestamista límite alguno en la cantidad otorgada para el ejercicio de su actividad profesional.

Este probable comerciante recibió una cantidad de dinero que no se especifica en el texto. En este punto, conviene resaltar que en el pasaje aparece la expresión de *pecunia nautica* y no la de *pecunia traiectica* o *fo(e)mus nauticum*, locuciones con las que habitualmente se designa a esta institución en derecho romano (44). Y este dinero marítimo se recibió en préstamo: *mutuum* (45), de un esclavo de Seyo: Estico (46). Tampoco se indica nada sobre este prestatario. Ahora bien, si se tiene en cuenta que en el mundo griego este sujeto era un capitalista, un rico industrial o un banquero (47), no parece excesivo suponer que Seyo probablemente es un banquero que ha puesto al frente de una sucursal de la banca situada en Beirut, a su esclavo Estico mediante una *praepositio*, en calidad de *insitor* (48).

A continuación, el pasaje menciona el lugar donde se ha otorgado el préstamo, la ruta a realizar por la nave y el período para el que ha sido otor-

(43) PAOLI, *SDA*, 23.

(44) Sobre este problema terminológico ver la nota 1.

(45) Sobre la necesidad de que existiera un *mutuum* en el préstamo marítimo ver ANKUM, [n 1] 165.

(46) La generalidad de los autores considera el nombre de Seyo una interpolación debido a la divergencia existente en la narración de los hechos, ya que posteriormente el texto hace referencia a Estico como esclavo no de Seyo, sino de Lucio Ticio. Ante este hecho es curioso señalar cómo mientras DE MARTINO, [n 2] 242, VON LÜBTOW, [n 42] 229, sustituyen el término [*Lucii Ticii*] por un nombre desconocido [?] BISCARDI, *APT*², 70-71 sustituye el nombre de Lucio Ticio por el de Seyo, mientras que en su artículo *La Struttura classica del Fenus Nauticum*, St. Albertoni 2, 359 al igual que los otros autores lo considera como desconocido.

(47) Así al menos lo cree PAOLI, *SDA*, 19-20; PAOLI-BISCARDI, *Prestio a cambio maritimo*, NNDI 13, 751.

(48) Sobre el significado de la *praepositio* como *Insitor* ver E. VALIÑO, *Las acciones adiecticiae qualitatis*, AHDE 37 (1967) 361-381.

gado. El sentido literal de la frase sería, que el crédito se ha concedido para todos los 200 días de navegación: *idque creditum esse in omnes navigii dies ducentos*. La incorrección del término *esse* ha sido denunciada por Von Lübtow (49). Este autor sustituye el mismo por el presente *est*. Sin embargo creo más adecuada la introducción del perfecto *fuit*. Ante estos datos de ruta y personal establecido al concederse el préstamo. En derecho griego era posible conceder un préstamo para un viaje de ida y vuelta ἀμφοτερόπλοον, o para un viaje sólo de ida o sólo de vuelta ἐτέρόπλοον (50). En este caso concreto se trata de ver si el préstamo se ha otorgado para alguno de estos dos viajes o para un tercer tipo de préstamo, que abarcaría un período de tiempo concreto: los 200 días en los que podrían realizarse varios viajes. Ante el dato de 200 días mencionado en el pasaje, lo primero que se me ocurre, es cuestionarme acerca de la duración del viaje de Calímaco desde Beirut a Brindisi y su posible ruta (51). Según Huvelin (52) la ruta que probablemente había seguido el barco fue la siguiente: salió de Beirut remontando las costas de Siria y de Asia Menor, con escalas en Seleuceia y Rodas, para después continuar a través del mar Egeo, bordear el cabo de Malea, remontar las costas del Peloponeso, la provincia de Acaya, hacer escalas en Nicopolis y Apolonia para finalmente llegar a Brindisi (53). Con esta ruta calcula Huvelin que, zarpando a finales de abril o mayo, se llegaría a Brindisi entre mediados o finales de mayo y finales de julio (54). En principio la hipótesis de Huvelin, seguida por

(49) VON LÜBTOW, [n 42] 229.

(50) Sobre los mismos ver: PAOLI, *SDA*, 24-41; PAOLI-BISCARDI, [n 47] 751; ASHBURNER, [n 26] 212; CASTRESANA, *Préstamo marítimo*, 32-33. Últimamente ha estudiado esta problemática en el caso que nos ocupa: F. REINOSO, *El foenus nauticum de Calímaco*, SIBiscardi, 5 297-310.

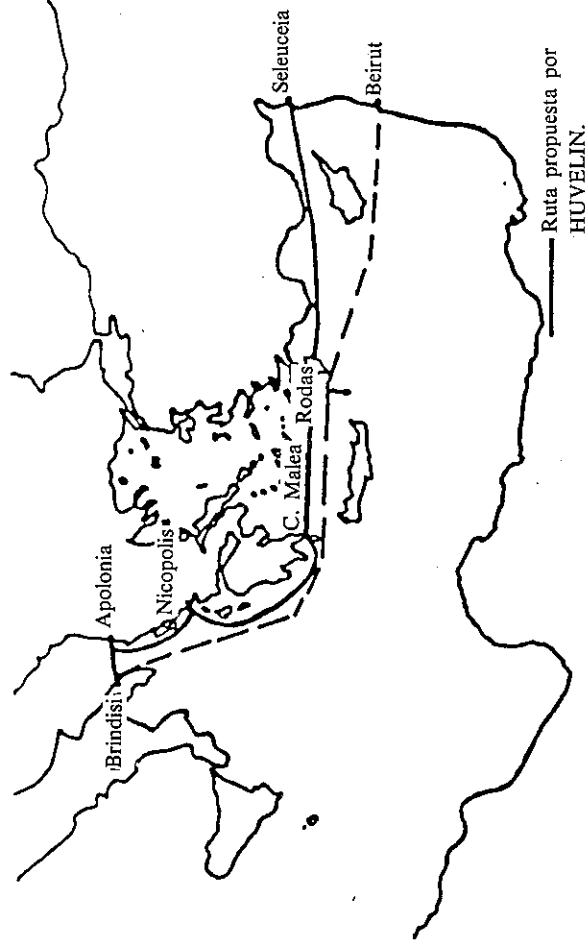
(51) ROUGÉ, *Recherches*, 85-93 al hablar de las rutas del Mediterráneo oriental nos indica tres posibles: 1.—La *ruta norte* que al parecer fue muy conocida y de gran circulación, no constituyendo en realidad más que una variedad del cabotaje. Salía de Asia Menor y a través de las islas del Egeo se llegaba a la costa helénica, donde existían dos posibilidades: a) Pasar el istmo de Corinto, una vez desembarcadas las mercancías, volviéndolas a cargar en el golfo del mismo nombre, para de aquí dirigirse hacia el Adriático, bien hacia el puerto de Brindisi, bien hacia Mesina y el Mar Tirreno; b) la segunda posibilidad, que fue poco utilizada en la época griega, consistía en el paso por el cabo Malea para, bien atravesar directamente hacia Sicilia y el Sur de Italia con viento favorable, o remontar a lo largo de las Costas del Peloponeso y la Grecia continental hasta el estrecho de Otranto y navegar a Brindisi. 2.—La *ruta central* al parecer era utilizada por buena parte de los navíos provenientes de la costa de Asia Menor y Rodia, que al llegar al extremo oriental de Creta, toman su costa meridional para estar al abrigo de los vientos del norte y después de descansar en el emporión, al sur de Gortina, remontaban el Oeste de Creta y navegaban hacia Sicilia a través del Mar Jónico. 3.—La *ruta sur*, que salía de Alejandría y a través de las Costas de África con posibles escalas en varios puntos por ejemplo Cirene, se atravesaba el Mar Jónico en dirección a Sicilia.

(52) HUVELIN, *DCR*, 201.

(53) En principio esta ruta cabría en la denominada por ROUGÉ (n 51) ruta norte.

(54) Creo sin embargo que el autor francés tiene un error en su cómputo, ya que si la nave zarpó de Beirut a finales de abril o mayo no *avril et mai* como figura en el texto, se debió llegar a Brindisi entre mediados o finales de mayo y mediados o finales de junio, y no de *juillet* como indica HUVELIN.

Biscardi (55) y Von Lübtow (56), me parece correcta. Sin embargo creo que la misma puede tener ligeras variantes.



— Variante que se propone.

A mi entender, no era necesario realizar tantas escalas. Por ejemplo, el viaje entre Beirut y Rodas podría realizarse sin la escala de Seleuceia. Y fundamento esta afirmación en varios ejemplos recogidos en las fuentes, en los cuales los viajes desde Gaza o Cesárea, ciudades situadas en la costa de Palestina a Rodas, se realizaban sin escalas entre siete y diez días (57). Igualmente puede confirmarse la idea de suprimir la escala de Seleuceia, el hecho de que en el texto se dice que la garantía abarcaba a las mercancías compradas en Beirut para ser llevadas a Brindisi. Esta afirmación creo que puede ser interpretada en el sentido de que no era necesario realizar escalas para comprar mercancías. En el supuesto de que las mismas se realizaran la lógica induce a pensar que debían ser muy breves.

(55) BISCARDI, *APT*², 76.

(56) VON LÜBTOW, [n 42] 336.

(57) En este sentido L. CASSON, *Ships and Seamanship in the Ancient World* (Princeton, New Jersey 1973) 289. Considera incluso que en ambos casos existieron vientos desfavorables.

No conozco fuentes que me permitan establecer con exactitud el tiempo empleado en recorrer la ruta Rodas-Brindisi, en cambio sí se sabe que la travesía entre Lamsacos, ciudad situada en la costa de la actual Turquía en el estrecho de Dardanelos, e Idrunto, ciudad situada en el sur de Italia cerca de Brindisi, podía durar 20 días (58). Por lo tanto, con base en estos datos, creo poder sugerir que el viaje de ida podría haberse realizado en 30 días. Ahora bien, en circunstancias desfavorables cabe pensar que podría haber durado más (59).

Pero, ¿cuándo comenzó el viaje? Si se tiene en cuenta que el período en el que es posible la navegación abarcaba aproximadamente de marzo a noviembre (60), la travesía pudo comenzar como muy pronto a mediados de abril (61). Si se zarpaba de Beirut en esa fecha, se podría pensar que era posible llegar a Brindisi a finales de mayo. Según Huvelin (62) el barco permanecía en Brindisi como máximo hasta el 13 de septiembre. Sin embargo, a mi entender no tiene mucha lógica una estancia tan prolongada en el puerto. Consideraría más propio el efectuar el viaje de regreso lo antes posible, para intentar realizar otro viaje entre Beirut y Brindisi. Por ello, pienso que las operaciones de carga, descarga, compraventa de mercancías y eventuales licencias administrativas, podrían realizarse en un plazo de un mes (63). Ello su-

(58) ROUGÉ, *Recherches*, 101 recoge entre otros varios este supuesto.

(59) Pienso que en una situación normal el viaje se podía realizar en dicho período. Ello no quiere decir que en circunstancias extraordinarias el viaje no durara más. Así por ejemplo L. CASSON, *The ancient mariners, seafarers and sea fighters of the mediterranean in ancient times* (London 1960) 234 indica como un barco desde la costa sur de Asia Menor a la península itálica con vientos desfavorables podía tardar como mínimo 50 días y en ocasiones incluso emplear 70.

(60) CASSON, [n 57] 270 n 2, recoge un pasaje de Vegetio según el cual el tiempo de navegación por excelencia abarcaba del 27 de mayo al 14 de setiembre, siendo los límites máximos en los que ésta era posible desde el 10 de mayo hasta el 10 de noviembre. En base a esto manifiesta Casson que las actividades normales se realizaban durante el verano y justo unas semanas antes y después del mismo.

(61) Se llega a esta fecha contando 200 días hacia atrás a partir del 10 de noviembre.

(62) HUVELIN, *DCR*, 201.

(63) Sobre el tiempo empleado en la carga y descarga de mercancías en el puerto de Ostia tenemos referencias por medio de un papiro BGU 1,27 = WILKEN, *Chrest*, 445 fechado entre el siglo II-III p.C. en el que se habla de un período de 12 días para descargar.

[Εἰρηναῖος Ἀπολιναρίου τῶι] [φιλάτρωι ἀδε[λφ]ῶι] πολλ[λ]ὰ χαίρει[ν]. Καὶ διὰ π[α]λ[τ]ῶς εἴξομαι σε ὑγιένειν καὶ εἰ[ν]ῶ ἀπότ[ο]ς ὑγιένω. Γινώσ[κ]ομαι σε θέλω στεί[λ]ῃ γῆν ἐλήλυθα τῆ ξ[ε] τοῦ Ἑρείφ[ου] μηνὸς καὶ ἐξεκείνωσάμεν τῆ ἡ τοῦ αὐτοῦ μηνός. Ἀνέβην δὲ εἰς Ῥώμην τῆ κε τοῦ αὐ τοῦ μηνός καὶ παρεδέξατο ἡ μάς ὁ τόπος ὡς ὁ θεὸς ἠθέληεν, καὶ καθ' ἡμέραν προσδεχόμε[ν]—θα διμισσωρίαν ὡστε ἕως σήμερον μηδέαν ἀπολε—ἀσθθαι τῶν μετὰ σιτου. Ἀσπάζομαι τὴν σύμβιον σου πολλὰ καὶ Σεργῶν καὶ πάν—τες τοῦς φιλοῦντάς σε κατ' ὄνο—μα. Εἰρηναῖ[ο] Μεσορή θ.

Verso: Ἀπολιναρί(οι) x ἀπό Εἰρηναίου ἀδελφοῦ.

pondría que era posible zarpar de Brindisi rumbo a Beirut a comienzos del mes de julio. Si se admite que con vientos favorables el viaje de regreso podría ser más rápido (64), no parece excesivo afirmar que la descarga de las mercancías en Beirut se hubiera podido producir a finales de julio. Si en esta misma fecha o a comienzos de agosto, se partía de nuevo hacia Italia y la travesía era rápida, cabría pensar que quizás hubiera tiempo para descargar, vender, comprar, y zarpar de nuevo hacia Beirut antes del 13 de septiembre. Si se admite esta hipótesis de más de un viaje de ida y vuelta dentro de los 200 días posibles de navegación, se puede igualmente considerar, que el préstamo no se dio únicamente para el viaje Beirut-Brindisi y regreso, sino para un período de tiempo de 200 días, en los cuales la navegación era relativamente segura. Y podía ocurrir que, dentro de este período, quizás diera tiempo a entender el último viaje de regreso antes de los *idus* de septiembre.

Y a mi entender confirma esta hipótesis de que el préstamo se podía haber otorgado para los 200 días de navegación, el hecho de que en un papiro del siglo II a.C., que trata de un préstamo marítimo, se habla igualmente de un período de tiempo (un año) y no de un viaje de ida o de ida y vuelta (65). Por lo tanto, según mi hipótesis interpretativa, en el préstamo otorgado a Calímaco, probablemente van a ser las circunstancias de hecho las que determinen el que se realicen dos viajes completos, un viaje completo y uno de ida Beirut-Brindisi, uno completo, o sólo uno de ida. Creo que el problema planteado en el texto, va a surgir lógicamente cuando se intenten realizar en ese período de tiempo dos viajes: podía ocurrir que con circunstancias favorables ello fuera posible, o por el contrario, que Calímaco no pudiera zarpar de Brindisi por segunda vez antes de septiembre. Por lo tanto, pienso que no es posible afirmar que el préstamo se había otorgado sólo para un viaje de ida y vuelta (66) (préstamo ἀμφοτερόπλοον), o sólo para un viaje de ida (67)

(Ireneo saluda encarecidamente a su queridísimo hermano. Hago votos incesantemente para que te encuentres bien. Yo estoy bien. Quiero que sepas que llegué a tierra el 6 del mes de epeif (30,6) y descargamos el 18 del mismo mes (12.7). Fui a Roma el 25 del mismo mes (19.7) y el lugar nos acogió como Dios quiso y todos los días estamos esperando la dimisoria, de forma que hasta hoy no ha zarpado ninguno de los (venidos) con grano. Muchos abrazos a tu mujer y a Severo y por su nombre a todos tus amigos. Que te vaya bien. Nueve de Mesore (2.8).

A Apolinario de su hermano Ireneo).

(64) ROUGÉ, *Recherches*, 102 recoge los siguientes datos: De Puteoli a Alejandria 9 días; de Sicilia a Alejandria 6 ó 7 días; CASSON, [n 59] 234 habla de 10 días o dos semanas para hacer la ruta Puteoli-Alejandria.

(65) El papiro de Berlín BGU 5883 y 5853 editado por V. WILCKEN, *Punt-Fahrt in der Ptolemäerzeit*, ZAS 60 (1925) 86-102, recoge un préstamo marítimo del siglo II a.C. donde se habla de un préstamo otorgado para un período de tiempo: un año y no para un viaje de ida o de ida y vuelta. Sobre este papiro al margen del artículo ya citado ver F. HEICHELHEIM, *Zi Pap. Berol. 5883 + 5853*, Aeg 23 (1933) 187-192.

(66) Esto es lo mantenido por BISCARDI, *AFT*, 73-79; VON LÜBTOW, [n 42] 335 y CAS-TRESANA, *Préstamo marítimo*, 140, 143, 146 y REINOSO, [n 50] 308.

(67) DE MARTINO, [n 2] 243.

(préstamo ἐτερόπλοον). Según mi hipótesis el préstamo se había concedido para un plazo de 200 días, período en el cual era usual la navegación comercial por el Mediterráneo.

Seguidamente, se indica en el pasaje, que el préstamo está garantizado con prenda e hipotecas de las mercancías compradas en Beirut para ser llevadas a Brindisi, y las que Calimaco hubiera comprado en Brindisi para ser llevadas a Beirut. Esta parte del texto ha sido duramente criticada. De Martino por ejemplo (68), considera a la misma como una interpolación de origen bizantino por ser estilísticamente una estravagancia. Otros autores como Elbrard (69), o Fehr (70), consideran como no auténticos únicamente los términos *pignoribus et hypothecis*. Sin embargo autores como Manigk (71) o Ermann (72) consideran que dicha terminología para referirse a las prendas sobre las mercancías es auténtica. Von Lübtow (73), después de señalar los problemas gramaticales de la construcción, acepta la falta de claridad lingüística. Piensa que la misma se debe a que el contrato se redactó en la parte oriental del imperio, donde la utilización de la palabra *hypotheca* era posible, si bien no era un término técnico. Sin embargo el consultante equiparó los términos *pignus e hypotheca*. Esta acumulación terminológica, *pignoribus et hypothecis*, que aparece también en otros textos (74), sería unaendiadis y podría reflejar la terminología usual en la zona oriental en la cual posiblemente se redactó el documento. No resulta en cambio admisible el doble ablativo absoluto. Pese a todo, considero que el contenido de esta parte del texto puede ser sustancialmente auténtico.

Se dice en el texto que el préstamo se garantiza con unas mercancías sin indicar cantidad, clase, etc. Este hecho de garantizar un préstamo marítimo con mercancías no era un fenómeno nuevo. En el derecho griego la garantía se solía constituir sobre las mercancías (75), sobre la nave (76) y sobre los aparejos (77). En este caso concreto que se analiza ahora, se establece que el gravamen recaía sobre las mercancías compradas en Beirut y transportadas hasta Brindisi, y las que se hubieran de comprar en Brindisi y transportar por barco a Beirut. Para mí esta parte final considerada como no auténtica por

(68) DE MARTINO, [n 2] 241-242.

(69) EBRARD, *Digestenfragmente*, 59-60.

(70) FEHR, *Beiträge*, 61.

(71) MANIGK, [n 42] 372-378.

(72) ERMANN, *Pignus-hypothecave*, 437, 447.

(73) VON LÜBTOW, [n 42] 338.

(74) Sobre la garantía en el mismo ver entre otros PAOLI, *SDA*, 118-124; DE MARTINO, [n 2] 238-239; PAOLI-BISCARDI, [n 47] 752.

(75) Ver nota 24.

(76) Ver nota 23.

(77) Ver nota 25.

Biscardi (78), es correcta. Esta misma construcción aparece en el discurso de Demóstenes contra Lácrito (79), donde se habla de una garantía de «3.000 ánforas de vino de Mende a cargar en Mende o Escione sobre el navío al mando de Hyblesio. Las mercancías compradas en Ponto con el producto de la venta se traerán a Atenas en el mismo navío». Ante este supuesto, no me parece en absoluto anormal el que las partes contrataran una garantía como la que figura en el texto. Por ello, pienso que no debe resultar extraña la cláusula, sobre todo si se tiene en cuenta que el documento posiblemente procede de la parte oriental del imperio.

Ahora bien, esta garantía pignoraticia constituida sobre las mercancías, ¿qué es según el derecho romano: un supuesto de *pignus datum* o un supuesto de *pignus obligatum*? Aparentemente se está ante un supuesto claro de *pignus obligatum*, ya que las mercancías no se han entregado en posesión al acreedor pignoraticio-prestamista, sino que es el deudor-prestatarario el que las lleva de Beirut a Brindisi. Ahora bien, en la segunda parte del texto se habla de un esclavo, Eros, que debe acompañar a Calimaco desde Brindisi a Beirut. Este hecho, el que el acreedor envíe a un representante junto al deudor, ¿permite considerar que se está ante un supuesto de *pignus datum*, y que por lo tanto es el acreedor, por medio de su esclavo el que posee el objeto? Pienso que no, ya que según los hechos no es el deudor el que entrega la posesión de las mercancías al acreedor, sino que es el acreedor el que envía a una persona a acompañar al deudor y a vigilar las mercancías que garantizan su crédito.

Por lo que se refiere a esta garantía en el texto no se dice nada más. No se especifica su posible valor económico, aunque se supone que era de valor superior a la cantidad prestada (80).

A continuación el texto da más datos de lo que se convino entre Calimaco y el esclavo: después de llegar a Brindisi y antes de los *idus* de septiembre, debía salir por mar hacia Siria en la misma nave con otras mercancías. En el caso de que no pudiera adquirir nuevas mercancías ni salir de la ciudad, Calimaco debía considerar como finalizado el viaje y devolver al instante todo el dinero más los gastos de la persona que legítimamente estaba capacitada para cobrar esa cantidad y llevarla a la ciudad de Roma. En este contexto, la

(78) BISCARDI, *APT*², 70-71 n. 1 punto 2, indica que la falta de autenticidad se basa en que la frase constituye una inútil anticipación de lo que se va a indicar en el párrafo siguiente: *comenitque... profiscatur*.

(79) DEM 35 (*CLac*), 10-11.

(80) En este sentido se manifiesta PAOLI-BISCARDI, [n 47] 752; PAOLI, *SDA*, 118-120; Para ASHBURNER, [n 26] 2.13 n. 1, el término *ὑπόθηκη* en el préstamo marítimo tiene un doble significado: el de la cosa sometida a garantía y el de la diferencia de valor entre la cantidad recibida en préstamo y el valor del objeto que garantiza el mismo. Igualmente indica ASHBURNER que era habitual en el derecho griego que en los viajes de ida y vuelta, la garantía fuera de un valor doble a la cantidad del objeto entregado en préstamo, mientras que para el simple viaje de ida o de vuelta, el margen no debía ser tan amplio.

expresión *pecuniam prosequi*, ha de traducirse como exigir (legítimamente) el dinero y en este punto el texto alude con toda probabilidad, aunque en plural, al esclavo Eros del que se hablará luego, encargado precisamente de esta doble misión.

En este párrafo muchos autores que han analizado el texto consideran interpolado el término *mercis* cuando se dice: *aliis mercibus emptis et in navem [mercis] ipse in Syriam per navigium proficiscatur*. Es claro que en este contexto la frase no tiene mucho sentido; por ello, para lograrlo se han propuesto dos posibilidades: a) considerar que el término adecuado es *impositis* (81); b) considerar que *mercis* debe ser sustituido por *missis* (82). Desde el punto de vista sustancial, creo que cualquiera de las dos hipótesis es aceptable. De Martino (83) considera que dentro de esta parte del texto: *convenitque-deportarent, inde intra-ea civitate y quasi perfecto navigio*, no son frases y términos auténticos. Además del probable error de copia antes señalado [*mercis*] <*impositis*>, la construcción gramatical dista mucho de ser perfecta. Ahora bien, el contenido de la condición impuesta por el acreedor al deudor parece lógico y adecuado. Hay que tener en cuenta que en el préstamo marítimo, el riesgo es para el acreedor (84), y que por lo tanto éste va a intentar siempre que le sea posible liberarse del mismo. Por ello no debe extrañar que se le imponga a Calimaco la condición de zarpar antes de los idus de septiembre, y que devolviera la cantidad inmediatamente en el caso de que no lograra zarpar.

En el texto por ahora no se ha indicado nada del tipo de interés al que se ha concedido el préstamo. Sin embargo solía ser bastante elevado. De esta forma se compensaba el riesgo de la travesía que corría a cargo del acreedor. Por lo tanto, y pese a que el texto silencia toda referencia a los intereses, cabe pensar que en este caso debieron existir (85).

El pasaje indica seguidamente que: *eaque sic recte dari fieri fide rogant Sticho servo [Lucii Titii] <Seit> promisit Callimachus*. De nuevo en esta

(81) Así lo entienden: PAOLI, SDA, 31; BISCARDI, APT², 70-71; DE MARTINO, [n 2] 242; A. BISCARDI, *Pecunia tractatitia e stipulatio poenae*, Labeo 24 (1978) 298.

(82) Esta es la opinión de VON LÜBTOW, [n 42] 329, 232, 237.

(83) DE MARTINO, [n 2] 242-244.

(84) Ver Mod, Pand 10 (Dig 22,2,1); Pap, Resp 3 (Dig 22,2,4, pr) (§ 61) y Paul, Quaest 25 (Dig 22,2,6) (§ 62) entre otras.

(85) Como ha indicado ANKUM, [n 1] 173, se podría pensar que la suma indicada como *pecuniam mutuum nauticam accepit* ha sido más grande que la cantidad realmente recibida y que la diferencia entre ambas representa el interés. Sobre los intereses en derecho ático ver: PAOLI, SDA, 59-76; ASHBURNER, [n 26] 213; PAOLI-BISCARDI, [n 47] 751. Sobre los mismos en Derecho romano ver: HUYELIN, DCR, 197-198; DE MARTINO, [n 2] 232-233; *Ancora sul foenus nauticum*, RDNav 2 (1936) 439-443; BISCARDI, [n 46] 353-366; ASHBURNER, [n 26] 216-218; KUPJS-ZEWSKI, [n 1] 371-373; CASTRESANA, *Préstamo marítimo*, 91-112; LITEWSKI, [n 1/2] 389-390.

frase se pone de manifiesto la mala calidad de la redacción: se habla de Estico como esclavo de Lucio Ticio, cuando al comienzo, se ha dicho que era esclavo de Seyo. Pero al margen de este dato, esta frase tiene también importancia, en cuanto que afirma la existencia de una estipulación. La presencia de la misma se ha intentado explicar de múltiples formas. Para De Martino (86) la frase es una prueba más de que en el préstamo marítimo dicho negocio era indispensable para poder exigir intereses (87). Según Biscardi (88) no se está ante la habitual *stipulatio poenae traiecticiae pecuniae* del préstamo marítimo, sino ante una cláusula que formaliza como estipulación y da por tanto carácter obligatorio a las diferentes partes del convenio. Kupiszewski (89), siguiendo entre otros a Pringsheim (90), aclara la existencia de esta frase de la siguiente forma: considera que pese a encontrarse esta cláusula en el pasaje de Escévola, no se debe deducir de ello que el préstamo marítimo fuera un negocio inválido cuando no hubiera *stipulatio*. El autor polaco justifica la presencia de la misma en la práctica jurídica helenística, según la cual el acuerdo no formal, escrito, tenía el mismo valor que una estipulación. Muchas veces las partes introducían esta cláusula con la intención de hacer válido ante el derecho romano lo acordado entre ellos, pero sin que realmente la misma se hubiera celebrado. Para Von Lübnow (91) el esclavo ha realizado una estipulación para su dueño, la cual ha quedado reflejada en un documento (*cautio*) que servirá como medio de prueba.

Pero sin lugar a dudas el pasaje más discutido del texto es el que comienza ahora: *Et cum ante idus supra scriptas secundum conventionem mercibus in navem impositis <post idus> cum Erote conservo Siichi quasi in provinciam Syriam perventurus enavigavit*. Según esto las mercancías fueron embarcadas en la nave de acuerdo con lo convenido antes de los *idus* de septiembre. También embarcó Eros, compañero de esclavitud de Estico, y Calimaco navegó rumbo a Siria. Aparentemente se cumplen las condiciones acordadas entre las partes: adquisición de nuevas mercancías y salida rumbo a Beirut antes de los *idus* de septiembre. Sin embargo hay que llamar la atención sobre un nuevo personaje que aparece en el texto: Eros al parecer embarca con Calimaco en la nave. Este personaje de sobrecargo no es nuevo en el contexto del préstamo marítimo. En el derecho ático ya es citado en algún

(86) DE MARTINO, [n 2] 232; IDEM, [n 85] 443; IDEM, *Sull'actio pecuniae traiecticiae*, RDNav 15 (1949) 37-38.

(87) No admiten esta opinión BISCARDI, [n 46] 363 y CAMPANIO, [n 1] 321.

(88) BISCARDI, *APT*², 80; [n 81] 294.

(89) KUPISZEWSKI, [n 1] 374.

(90) PRINGSHEIM, *Stipulationsklausel*, GesAbh 2, 222 pone de manifiesto cómo la cláusula estipulatoria que habitualmente se encontraba al final del acuerdo que las partes hubieran establecido era así: *haec sic recte dari fierique praestartique stipulatus est x spondit y*. Como se ve es casi la construcción del texto.

(91) VON LÜBTOW, [n 42] 334-335.

discurso de Demóstenes (92). En el Digesto se menciona también en un texto a un esclavo que acompaña a la cantidad trayecticia (93). Al parecer, la misión de este personaje, en derecho ático era la de acompañar a la mercancía y evitar que el deudor pudiera defraudar al pretamista (94). Hay que tener en cuenta que según Paoli (95), en el derecho ático, el carácter real de la garantía sobre las mercancías pasaba por dos estadios: el primero suponía sólo una relación obligatoria entre el acreedor y el deudor. El segundo suponía un derecho real de garantía en favor del acreedor en virtud de la posesión (96). Si se admite esta teoría de Paoli sobre el derecho real, no debe extrañar que el acreedor mande a un esclavo que impida al deudor disponer de las mercancías, ya que si el acreedor pierde su posesión, pierde también su derecho real.

Ahora bien, esta figura del sobrecargo, ¿tiene la misma misión y finalidad en el derecho romano que en el derecho ático? En el texto se indica que debe cobrar y llevar la cantidad a Roma en el supuesto de que no se zarpe antes de los *idus* de septiembre. Caso de zarpas acompañará a la mercancía. Y según mi hipótesis Eros va con ellas para controlarlas, pues, ¿qué ocurriría si el deudor vendiera las mercancías pignoradas fuera del alcance del acreedor? Teóricamente y al aplicar los principios generales del *pignus* estaría protegido

(92) Por ejemplo en DEM 32 (*cZen*), 12 y DEM 34 (*cForm*), 10.

(93) Pap, Resp 3 (Dig 22,2,4,1).

(94) Puede ser ilustrativo de esto el discurso de DEM 32 (*cZenot*).

(95) PAOLI, *SDA*, 118-120.

(96) Creo que puede servir para confirmar este hecho DEM 56 (*cDion*), texto en el que se plantea el problema de un préstamo realizado por Dario y Pánfilos a Dionisodoro y Parmeniscos de 3.000 dracmas para un viaje a Egipto y regreso a Atenas garantizado con el navío. El barco llega a Rodas donde descarga en lugar de Atenas, allí se vende el cargamento y parte de nuevo hacia Egipto, efectuando durante un año este recorrido sin acudir a Atenas. Dichos párrafos dicen lo siguiente:

Κοινωνός εἰμι τοῦ δανείσματος τούτου, ὧ ἀνδρες δικασταί. συμβαίνει δ' ἡμῖν τοῖς κατὰ θάλατταν τὴν ἐργασίαν προσηρημένοις καὶ τὰ ἡμέτερα ἀπὸ τῶν ἐρχομένων ἐτέροις ἐκείνω μὲν σαφῶς εἶδέναι, ὅτι δ δανείζομενος ἐν παντὶ προέχει ἡμῶν. λαθῶν γὰρ ἀρρήριον φανερόν καὶ δημολογίαν καταλελοιπὲ του ποιῆσει τὰ δικάσια. ἡμεῖς δ' οὐ βεβηλιδίῳ μικρῶ πάνυ τὴν δημολογίαν καταλελοιπὲ του ποιῆσει τὰ δικάσια. ἡμεῖς δ' οὐ φαρμὲν δώσωμεν, ἀλλ' εὐθὺς τῷ δανειζομένῳ δίδομεν τὸ ἀρρήριον. (2) Ἰπὸ οὐν πατε πιστευόντες καὶ τι λαβοῦντες τὸ βεβαίον, προέμεθα ἡμῖν, ὧ ἀνδρες δικασταί, καὶ τοῖς νόμοις τοῖς ἡμετέροις, οἱ χελεύουσιν, ὅσα ἂν τις ἐκῶν ἕτερος ἐτέρῳ δημολογίῃσι, χόρῃα εἶναι. Ἀλλὰ μοι δοχεῖ οὕτε τῶν νόμων οὔτε συγγραφήῃς οὐδεμιᾶς ὄφελος εἶναι οὐδέν, ἂν δ λαμβάνων τὰ χρήματα μὴ πάνυ δικαιοῦς ἤ του τροπον καὶ δυῶν θάτερον ἡμῶς δεδιώς ἢ του συμβαλόντα ἀισχυρόμενος.

Socius ego sum, iudices, et particeps mutuo datae pecuniae. usi venit autem nobis qui per mare negotium decrevimus et nosiram pecuniam creditibus alitis, ut illud quidem certo sciamus, debitorem in rebus omnibus esse meliore quam nos conditione. accepto enim argento manifesto et certo, in libello doibus Chalcis (numulis) empto et charta admodum parva promissionem relinquit, se quae aequa sint facturum. nos autem non pollicemur daturos sed mutui statim damus pecuniam (2). Qua igitur te freti et quo confisi pignore eam projicimus? vobis, iudices, et legibus vestris, quae jubent, quae alter alteri iuro promiserit, ea rata esse. Sed mihi nec legum nec syngraphae ullius ulla videtur esse utilitas, nisi is, qui pecuniam accipit, vir omnino sit bonus moribus atque alterutrum aut vos metuat aut creditorem vereatur.

con una acción real: *actio Serviana* (97), derivada de su condición de acreedor pignoraticio. Teóricamente esta acción le iba a permitir dirigirse frente a terceros para pedir la posesión del objeto y la posterior ejecución del mismo. Pero, ¿qué ocurriría cuando el objeto pignorado, como en este caso, es un conjunto de mercancías, es decir, un conjunto de bienes fungibles que no siempre pueden ser especificados o identificados? ¿se podría utilizar en este caso la acción derivada de la garantía? Si se tiene en cuenta que sobre dichos bienes según mi interpretación no siempre sería posible ejercitar una *reivindicatio*, sino que en algunos supuestos únicamente se podría utilizar una *condictio* para exigir el valor de dichos objetos (98), no parece excesivamente arriesgado afirmar que sobre las mercancías siempre se iba a poder ejercitar una acción Serviana (99). Por otra parte está en la esencia del préstamo marítimo que el deudor venda las mercancías por lo que pienso que no cometería hurto (100). Ante esta situación de hecho, ¿qué le cabía hacer al acreedor? A mi entender enviar una persona con el deudor pignoraticio para que vigilara las mercancías, permitiera la venta de las mismas y con el dinero obtenido estableciera la adquisición de otras nuevas o se pagara la cantidad debida.

Por lo tanto, al igual que en el derecho ático, no me parece excesivo afirmar que cuando el objeto sobre el que se ha constituido la garantía es un conjunto de mercancías sin especificar (bienes genéricos y fungibles por naturaleza), el acreedor sabía que su derecho real de prenda sería tal, única y exclusivamente cuando se hubiera asegurado la posesión de las mismas una vez vendida la obligación, pues si las mercancías pasaban a un tercero, en aquellos

(97) Sobre la *actio Serviana* ver lo indicado en el análisis de Dig 43,33,1 (§ 4), en especial las notas 119-128.

(98) En este sentido se manifiesta D'ORS, *DPR*¹, 434 n 1 e IDEM, *The odium furum of Gaius* 4,4, RIDA 12 (1965) 462.

(99) KASER, *RPR* 1², 472, considera que la acción derivada de la garantía en lo que se refiere a la necesidad de ser parte en el proceso, al procedimiento de restitución, a su contenido y efectos sigue el proceso de la *reivindicatio*.

(100) H. ANKUM, *Furtum pignoris und furtum fiduciae im klassischen römischen Recht* 1, RIDA 26 (1979) 148-149 y *Furtum pignoris und furtum fiduciae im klassischen römischen Recht* 2, RIDA 27 (1980) 120-121, indica como el deudor comete hurto solamente en el supuesto en que enajene una cosa sobre la que se ha constituido un *pignus obligatum* especial. Cuando la pignoración es general, se entiende que el deudor no comete hurto al enajenarla. En este supuesto concreto, las mercancías ¿qué son, una prenda especial o general? Es cierto que no estamos ante una prenda general en la que es todo el patrimonio del deudor el gravado, sino que el mismo ha constituido la hipoteca sobre una parte de su patrimonio: las mercancías. Ahora bien, no estamos ante un bien concreto y determinado, sino ante un conjunto de mercancías, ante un objeto genérico y no específico. Y estos bienes según la esencia del préstamo deben de ser enajenados por el deudor pignoraticio. ¿Este hecho de la enajenación permite hablar de *furtum* del deudor frente al acreedor pignoraticio y por lo tanto permite el empleo de la *actio furti*? Creo que no, ya que dicha prohibición iría contra la naturaleza misma del negocio. Por otra parte esta enajenación es posible también en los supuestos de pignoración de *inventa et illata*, de *pignus tabernae*, de *pignus gregis*, de prenda general, por lo que no se ve en este caso el motivo de la prohibición. Sobre esta problemática es necesario añadir el artículo de J. A. C. THOMAS, *Furtum pignoris: a commentary on the commentaris*, *StSanFilippo* 1, 585-600.

casos en que las mercancías no estaban especificadas, parece difícil que el acreedor pudiera obtener de ese tercero adquiriente la posesión para proceder a la ejecución.

Después de afirmar el embarque de las mercancías y la salida del navío, el texto indica que Calímaco había permanecido en el puerto en el momento en que debió restituir la cantidad a Eros para que fuese llevada a Roma.

Ello quiere decir que no había cumplido las condiciones impuestas. De la comparación de este párrafo con el anterior es clara la contradicción del texto: al comienzo se indica que Calímaco había zarpado dentro de la fecha convenida, y ahora se indica que en esa fecha todavía estaba en el puerto. ¿Cómo se salva esta contradicción? Un grupo de estudiosos proponen como solución el insertar una negación en el primer párrafo, de tal forma que en lugar de decir el texto [*et cum ante idus*] diga <*et cum non ante idus*> (101), y se afirme por tanto que no zarpó dentro de la fecha convenida. Pero tanto Huschke (102) como Huvelin (103) no aceptan, creo que con razón, esta proposición. Si las mercancías habían sido embarcadas según la caución estipulada, ello quiere decir que el embarque tuvo lugar antes de los primeros *idus* de septiembre y no después, por lo tanto no sirve la matización de <*non*>.

Otra reconstrucción que merece ser destacada es la de Mommsen:

Texto transmitido

*Et cum ante idus supra scriptas
secundum conventionem mercibus in
navem impositis <post idus> cum
Erote conservo Stichí quasi in pro-
vinciam Syriam [perventurus?] ena-
vigavit: quaesitum est, nave submer-
sa, cum secundum cautionem Calli-
machus merces [debito] <Berito>
preferendas [in nave mansisset] <in
nave misisset> eo tempore, quo iam
[Romae] <Romam> perferendam
deberet, an nihil prosit Erotis con-
sensus, qui cum eo missus erat, cui-
que nihil amplius de pecunia supra
scripta post diem conventionis per-*

Mommsen

*Et cum, ante idus supra scriptas
secundum conventionem mercibus in
navem impositis, cum Erote conservo
Stichi, qui cum eo missus erat cuique
nihil amplius de pecunia supra scrip-
ta permissum vel mandatum erat,
quam ut eam post diem conventionis
receptam Romam perferret, mansis-
set, eo tempore, quo iam pecuniam
Brentesio reddere Romam perferen-
dam deberet, quasi in provinciam Sy-
riam perventurus enavigavit. Quaesi-
tum est nave submersa, cum secun-
dum cautionem Callimachus merces
Berytum perferendas in navem impo-
suisset, an nihil prosit et nihilo minus*

(101) ALCIAT, *Parerga*, 9,10 según HUVELIN, DCR, 201.

(102) HUSCHKE, *Das Schiffsdarlehen des Callimachus*, ZCP, 11 en VON LUBBTOW, [n 42]

(103) HUVELIN, DCR, 201.

missum [pel mandatum] erat, quam ut eam receptam Romam perferret, pecunia domino Stichum teneatur. Callimachus de pecunia domino Stichum teneatur.

Si se compara la reconstrucción del autor alemán con la supuesta redacción originaria, se ve que Mommsen omite las palabras referentes al consentimiento de Eros (*Erotis consensus*) e introduce el término *Berytum* por *debito* para salvar una confusión que pudo haber sido posible, y que probablemente fue realizada por los copistas (104). La postura de los autores varía respecto a la propuesta de Mommsen: así mientras que De Ste Croix (105) la considera como algo totalmente alejado de la realidad, Biscardi (106) la aceptó debido a las innegables ventajas que ofrece al darle al texto un sentido que según él no tenía. También Huvelin (107) parece aceptar la solución, considerada por él como muy elegante, pero constituyendo quizá una obra de arte demasiado complicada.

A mi entender no se puede negar la importancia y brillantez de la reconstrucción, pero se debe considerar como una mera hipótesis. Creo que lo difícil para el copista hubiese sido redactar el párrafo transmitido, teniendo como base la hipótesis de Mommsen, en la cual, como se ha señalado anteriormente, se ha omitido la referencia al consentimiento de Eros, consentimiento cuya validez es precisamente el problema central tratado por Escévola en el texto y que creo es el fundamento de la consulta.

También De Martino ha reconstruido el párrafo de dos formas diferentes: la primera de ellas realizada en 1935 (108), difiere de la segunda efectuada en 1949 (109):

1935

[*Et cum ante idus supra scriptas secundum conventionem*] <sed> *secundum conventionem mercibus in mercibus in navem impositis cum Erotē conservo Syriam enavivinciam Syriam [perventurus] enavit, eo tempore quo iam pecuniam gavavit: quaesitum est nave submersa, Brentesio reddere deberet nave sub-*

1949

(104) R. SAMTER, *Das Verhältnis zwischen Scaevolas Digesten und Responsen*, ZSS 27 (1906) 265.

(105) DE STE CROIX, [n 1] 55 n. 52.

(106) BISCARDI, [n 46] 361. Posteriormente [n 81] 299-300 modificó su postura.

(107) HUVELIN, DCR, 202.

(108) DE MARTINO, [n 2] 242.

(109) DE MARTINO, [n 86] 35 n. 2.

[*cum secundum cautionem Callimachus merces debito perferendas in nave mansisset eo tempore, quo iam pecuniam Brentesio reddere Romae perferendam deberet*], *an nihil prosit Erotis consensus, qui cum eo missus erat, cuique nihil amplius de pecunia supra scripta post diem conventionis permissum [vel mandatum] erat, quam ut eam receptam Romam perferret, et nihilo minus actione ex stipulatu Callimachus de pecunia domino Stichino Stichum teneatur. Respondit secundum ea quae proponerentur teneri.*

mersa est. Quaesitum est an nihil prosit Erotis consensus, qui cum eo missus erat, cuique nihil amplius de pecunia supra scripta post diem conventionis permissum erat, quam ut eam receptam Romam perferret, et nihilo minus actione ex stipulatu Callimachus de pecunia domino Stichum teneatur. Respondit secundum ea quae proponerentur teneri.

En la primera reconstrucción, el autor italiano omite toda posible referencia a la salida hacia Siria antes de los *idus* de septiembre, y simplemente establece que Calímaco zarpó tras haber cargado las mercancías en la nave con el consentimiento de Eros. La nave se hundió y se cuestiona sobre si es válido dicho consentimiento, en cuanto que Eros no tenía más atribuciones que las de cobrar la cantidad señalada y llevarla a Roma. Esta reconstrucción es consecuente con la postura mantenida por De Martino, según la cual en este texto únicamente se hace referencia a un viaje de ida entre Beirut y Brindisi (110), viaje que finaliza con el pago de la cantidad debida a Eros, esclavo del acreedor, que la llevará a Roma.

En la segunda reconstrucción de esta parte del pasaje, De Martino varía su posición. Admite que las mercancías fueran cargadas en la nave antes del 13 de septiembre y que esta zarpara hacia Siria, hundiéndose en el camino. El problema surge porque Eros no estaba capacitado para dar su consentimiento a la carga y salida después del 13 de septiembre. El sólo podía cobrar y llevar la cantidad a Roma. Para conseguir esta interpretación, lo que De Martino no hace es referir *eo tempore deberet* al hundimiento del barco, no a *enavigavit*. Pero como indica Von Lübtow (111), creo más lógico que dichas palabras se refieran a que el barco zarpó con el consentimiento de Eros, en un momento en el cual debía ya devolver el dinero en Brindisi para que fuera llevado a Roma; es decir, después de los *idus* de septiembre. Por eso, parece aceptable la corrección propuesta por este autor alemán (112), consistente en introducir

(110) DE MARTINO, [n 2] 243.

(111) VON LÜBTOW, [n 42] 341.

(112) VON LÜBTOW, [n 42] 340. Sin embargo, BISCARDI, [n 81] 299 para resaltar esta idea de que el barco zarpó después de los *idus*, introdujo *postea* inmediatamente antes de la frase *cum Erotis conservo...*

<post *idus*> después de *impositis*, debido a que el copista probablemente suprimió estas palabras por considerarlas una repetición de *positis*. Esta matización supone que de acuerdo con lo estipulado, las mercancías se cargaron antes del 13 de septiembre, sin embargo Calimaco con el consentimiento de Eros zarpó después de esa fecha. Por lo tanto, a mi entender, la reconstrucción de esta parte del texto sería de la siguiente forma: *Et cum ante idus supra scriptas secundum conventionem mercibus in navem impositis, <post idus> cum Erote conseruo Stichi quasi (113) in provinciam Syriam [perventurus?] (114) enavigavit.*

A continuación el texto establece que, según lo acordado, *Calimaco merces [debito] <Berito> perferendas [in nave mansisset] <in navem mississet> eo tempore, quo iam pecuniam Brentesto reddere [Romae] <Romam> perferendam deberet.* En esta parte se han producido nuevamente diferentes modificaciones para hacerlo más comprensible y correcto: el término *debito* fue sustituido por Mommsen por *Berytum* por considerar que los copistas posiblemente se habían confundido (115). Igualmente han sido varios los autores (116) que han sustituido los términos [*in nave mansisset*] por los de <*in navem mississet*> o incluso por lo de *in navem mississet set (sed) enavigasset* (117), posibilidades ambas que intentan introducir más coherencia en el texto.

Finalmente hay que indicar como el dativo *Romae*, ha sido sustituido por el acusativo *Romam* (118) gramaticalmente mucho más correcto.

Ante estos hechos: embarque de las mercancías antes del 13 de septiembre y salida hacia Siria con el consentimiento de Eros después de esa fecha, incumpliendo por tanto lo convenido, se pregunta al jurista si el dueño de Eros puede utilizar la *actio ex stipulatu* contra Calimaco, ya que a Eros no se le había facultado o encargado (119) para consentir que la nave saliera después de los *idus* de septiembre. Ante esta cuestión el jurista responde que el acreedor tiene la acción. Y esta respuesta no debe extrañar: según el texto se ha celebrado una estipulación entre Calimaco y el esclavo Estico. Por lo tan-

(113) La autenticidad del término ha sido debatida: DE MARTINO, [n 2] 242 lo anula, mientras que VON LÜBTOW, [n 42] 340 cree que el mismo no debe entenderse por simulación, sino por propósito frustrado, y que por lo tanto es auténtico. Igualmente CASTRESANA, *Préstamo marítimo*, 142 se pronuncia por su autenticidad.

(114) VON LÜBTOW, [n 42] 329 y DE MARTINO, [n 2] 242 considera al término como interpolado. CASTRESANA, *Préstamo marítimo*, 144 cree que el término omitido es *nox* y reconstruye *perventurus <nox> enavigavit.*

(115) VON LÜBTOW, [n 42] 299 coloca en lugar del acusativo *Berytum* el ablativo *Beryto*. (116) VON LÜBTOW, [n 42] 299 y DE MARTINO, [n 2] 242.

(117) VON LÜBTOW, [n 42] 344-345.

(118) BISCARDI, [n 46] 359; [n 81] 299 y VON LÜBTOW, [n 42] 229.

(119) En el texto se habla de *permissum vel mandatam*. El término *mandatum* suele ser suprimido a nuestro entender justamente, ya que como indica SCHULZ, *CRL*, 554 es dudoso que los juristas clásicos utilizaran dicha palabra con la acepción de *iussum*, que es la que tiene en el texto.

to de ese negocio formal surge la *actio ex stipulatu* (120). Mediante la misma pienso que el prestamista va a poder exigir el capital más los intereses. Hay que tener en cuenta que Calímaco, deudor, ha incumplido lo convenido, lo cual quiere decir que el riesgo corre por su cuenta y no por cuenta del prestamista (121).

Queda por analizar la parte final del texto que dice lo siguiente: *Item quaero si Callimacho post diem supra scriptam naviganti Eros supra scriptus servus consenserit, an actionem domino suo semel adquisitam adimere poterit. Respondit non potuisse, sed fore exceptioni locum, si servo arbitrium datum esset eam pecuniam quocumque tempore in quemvis locum reddi*. Nuevamente llama la atención la redacción del texto: 1.—Aquí se hace referencia a la cuestión en primera persona del singular (*quaero*), mientras que la primera pregunta se realiza de otra manera (*quaesitum est*); 2.—También se repite de nuevo el hecho de que el esclavo Eros consintió navegar después de la fecha; 3.—La cuestión que se formula ahora es diferente: admitiendo que el prestamista puede ejercitar la acción, ¿puede lograrse que ésta no prospere? A ello, el jurista no responde que no, como hubiera sido lo normal (122), sino que añade que habría lugar a una excepción en el caso de que al esclavo se le hubieran dado facultades para cobrar la cantidad en cualquier momento y en cualquier lugar.

Ante todas estas cuestiones, pienso que no es excesivamente aventurado reconstruir esta parte final de la siguiente forma: *Item quaero, [si Callimacho post diem supra scriptam naviganti Eros supra scriptus servus consenserit] an actionem domino suo semel adquisitam adimere poterit. Respondit non*

(120) El uso de esta acción no ha sido unánimemente admitido por la doctrina. Se ha indicado que debido a la rigidez de la estipulación, es difícil creer que fuera aceptada en la época clásica como un instrumento jurídico adecuado para contraer un negocio jurídico como el préstamo marital, institución procedente del mundo mercantil y por lo tanto, alérgica a los esquemas rígidos del *ius civile*. Ante este problema BISCARDI, *APT*⁶, 12-36, ha propuesto en base a Dig 15,1,3,8, y mediante una comparación de la *actio de peculio ex compromisso* con la *actio de peculio traiecitiae*, que la *actio pecuniae traiecitiae* debe ser una *actio ex poenae traiecitiae pecuniae*, y que esta acción es la única en defensa del acreedor. Posteriormente, este autor [n 81] 278 habla de un mosaico de acciones: *actio pecuniae creditae pecuniae, actio ex stipulatu, actio in factum*. Otros sectores de romanistas han propuesto acciones como la *condictio certae pecuniae* HUELLIN, *DCR*, 205; CUQ, *nauticum foemus*, DS 4, 15); la *condictio ex lege* (BISCARDI, *APT*⁶, 141-142, la admite durante el período Justiniano. Últimamente CASTRESANA, *Préstamo marital*, 179-187 ha insistido en la *condictio* o *actio certae creditae pecuniae* como medio de tutela procesal. DAUVILLIER, [n 1] 330 habla de una *actio pecuniae traiecitiae* o de una *actio ex nautico fenore*.

(121) Ver nota 84.

(122) Como ha demostrado SCHULZ, *Überlieferungsgeschichte der Responsa der Cervidius Scaevola*, *SymbLenei*, 167-168, lo habitual en las respuestas es que sean muy cortas y que no tengan fundamentación. Este dato induce a sospechar fuertemente de esta parte final. Por ello no debe extrañar que autores como HUELLIN, *DCR*, 202 considere esta parte del texto (*sed fore-reddi*) como interpolada.

potuisse, [sed fore exceptioni locum, si servo arbitrium datum esset eam pecuniam quocumque tempore in quemvis locum reddi].

Con base en este análisis, creo que del texto es posible establecer las siguientes conclusiones: 1.—Según mi hipótesis interpretativa hace referencia a un préstamo marítimo otorgado para un período de 200 días con garantía pignoraticia sobre las mercancías compradas en el puerto de origen, y transportadas al puerto de destino, y las adquiridas en el puerto de destino y transportadas al de origen. 2.—Las partes contratantes parece que no apreciaron mayor dificultad en que el objeto que garantizara la devolución del préstamo, fueran unas mercancías. Sin embargo, el acreedor hace que un esclavo suyo acompañe a dichas mercancías y al deudor durante el viaje de regreso. 3.—De este hecho, la existencia de un esclavo acompañante, del funcionamiento del derecho de garantía sobre las mercancías en el derecho ático, y de la dificultad de encontrar un medio procesal adecuado a favor del acreedor cuando las mercancías hubieran pasado a poder de un tercero sin previamente haber sido identificadas concluyo la dificultad de concebir en algunos supuestos la pignoración de mercancías en garantía del préstamo marítimo como un auténtico derecho real, unívocamente equiparable a lo que tradicionalmente se considera como *pignus*.

§ 61.—DIG 22,2,4,pr (Pap, Resp 3)

Nihil interest, traieciticia pecunia sine periculo creditoris accepta sit an post diem praestitutum et condicionem impletam periculum esse creditore vis desierit. Utrubique igitur maius legitima (123) usura faenus non debetur, sed in priore quidem specie semper, in altera vero discusso periculo: nec pignora vel hypothecae titulo maioris usurae tenebuntur.

Este texto procedente de las *Responsa* de Papiniano (124), está situado en la compilación Justiniana dentro del libro 22, título segundo dedicado al préstamo marítimo. Lenel en cambio, creyó que el mismo no tenía como tema central al préstamo marítimo, sino que su contexto inmediato era el que trataba de la petición de una cantidad cierta derivada de un crédito real. Ahora bien, los 51 fragmentos que se han transmitido de este libro tercero, ponen de manifiesto que en el mismo, Papiniano trataba de múltiples temas, tales como: la fianza, la acción pignoraticia, los gastos de entierro y funeral, la compensación, la acción institoria, el senadoconsulto Veleyano, el depósito, etc. (125).

(123) HUSCHKE, cree que el término *legitima* es una glosa. Ver la edición del Digesto de

(124) Sobre la problemática planteada por la transmisión de este texto, ver el análisis de Pap, Resp 11 (Dig 19,2,53) dentro del capítulo dedicado a la pignoración de frutos (§ 44).

(125) LENEL, *Palingenesia* 1, 889-896; nrs 440-490; nrs 440-441, de *fideiusore et sponsore*; nrs 442-444, de *religiosis et sumptibus funerum*; nrs 445-446, de *rebus creditiis: si certum petetur*; nr

En mi opinión este pasaje tiene interés, en cuanto que en el mismo se hace referencia a *pignora vel hypothecae* como garantía de un préstamo marítimo. Sin embargo, normalmente ha sido analizado dentro de la problemática del riesgo, en cuanto elemento natural, esencial, o accidental en el préstamo marítimo.

Según indica Papiniano en este texto, no existe diferencia alguna entre un préstamo marítimo hecho sin riesgo del acreedor o el préstamo en el que se acuerda que el riesgo deje de ser del acreedor en un momento determinado. Con base en esta afirmación, se puede pensar que las partes podían realizar un préstamo marítimo en el que acordaran que la asunción del riesgo era para el deudor. Esta posibilidad reflejada en el texto, supondría aceptar que la asunción del riesgo por parte del acreedor en el préstamo marítimo romano era un elemento accidental del negocio. Pero esto, ¿fue realmente así? Esta cuestión es uno de los problemas más debatidos por la romanística actual dentro de esta institución. En el derecho ático, la asunción del riesgo por parte del acreedor era considerada como un elemento esencial en el negocio (126). Igualmente, la mayoría de los romanistas creen que ésto ocurría también en el derecho romano (127). Sin embargo De Martino (128), seguido por Kupiszewski (129) y por Litewski (130), estima que la asunción del riesgo por parte del acreedor, se debe considerar como un elemento accidental del préstamo. Originariamente Biscardi pensó que la asunción del riesgo por parte del acreedor era un elemento natural del negocio (131). Posteriormente modificó su postura, y actualmente mantiene que la asunción del riesgo por parte del acreedor fue un elemento esencial en el préstamo marítimo romano (132). La diversidad de posturas adoptadas por los diferentes autores que han estudiado el tema surge debido a la diversidad y contradicción que se encuentra en las fuentes que tratan del mismo (133) por ello no debe extrañar que según

447, *de eo quod certo loco dari oportet*; nrs 448-453, *de pignoriibus et pignoratitia actio*; nr 454, *de compensationibus*; nrs 445-457, *de institoria actio*; nr 458, *ad senatus consultum Velleianum*; nrs 459-460, *de deposito*; nr 461-463 *de mandato*; nrs 464-465, *de Societate*; nr 466, *Praescriptis verbis*; nrs 467-490, *de emptiõibus et venditiõibus*.

(126) En este sentido ver PAOLI, *SDA*, 77-84; F. PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremden Geld* (Leipzig 1916 = New York 1979) 4 ss; PAOLI-BISCARDI, [n 47] 752; CAMPANIO, [n 1] 320; CASTRESANA, *Préstamo marítimo*, 26.

(127) En este sentido se pronuncian HUVELIN, *DCR*, 196 ss; PRINGSHEIM, [n 126] 143-146; ANKUN, [n 1] 168 n 40.

(128) DE MARTINO, [n 2] 226-227 y [n 85] 435-439.

(129) KUPISZEWSKI, [n 1] 371-372, 378 n 29.

(130) LITEWSKI, [n 1/1] 128-137.

(131) BISCARDI, [n 46] 350-357.

(132) BISCARDI, *APT*², 119-128 y [n 81] 282; CASTRESANA, *Préstamo marítimo*, 76-86 considera igualmente que estamos ante un elemento esencial.

(133) Hablan del riesgo Mod, Pand 10 (Dig 22.2.1); Mod, Reg 4 (Dig 22.2.3); Pap, Resp 3 (Dig 22.2.4.pr); Paul, Quaest 5 (Dig 22.2.6); Paul, Ed 3 (Dig 22.2.7); CJ 4,33,2 (Sever y Anton); CJ 4,33 (Diocle y Max); CJ 4,33,5 (Diocle y Max); PS 2,14,3 comenta estos textos CASTRESANA, *Préstamo marítimo*, 76-86.

analicen el presente texto autores que mantengan una postura (asunción del riesgo como elemento accidental) u otra (asunción del riesgo por parte del acreedor como elemento esencial), lo consideren como auténtico (134) o como interpolado (135).

Pero al margen de este problema, el texto, en su parte final, recoge una afirmación referente a la garantía pignoraticia en el préstamo marítimo, que es precisamente el tema que se intenta analizar en este trabajo. Según Papiiano, en aquellos supuestos en que las partes hubieran acordado que el riesgo era para el deudor, el acreedor no podría exigir un interés mayor al legal. En aquellos otros en que se hubiera acordado que el riesgo dejara de ser del acreedor en un momento determinado, dicho acreedor tendría derecho a exigir un interés superior al legal únicamente durante el espacio de tiempo en que él corriera con el riesgo; en el momento en que el mismo pasara al deudor, el interés sería el máximo legal. Y en el supuesto en que la devolución del préstamo hubiera quedado garantizada con *pignora vel hypothecae*, estos objetos no responderían tampoco por un interés superior al legal. En este contexto, un sector de romanistas ha considerado que la locución *vel hypothecae* está interpolada (136). Sin embargo otro, encabezado por Manigk (137) y Ermann (138), admite su autenticidad. Pienso que esta última postura puede aceptarse como correcta, ya que, como se ha visto en el análisis de Dig 45,1,122,1 (139) y se verá en el Dig 22,2,6 (140), la duplicidad de los términos *pignus* e *hypothecae* en cualquiera de sus variantes es un hecho frecuente en estos textos, de origen probablemente oriental, dedicados al préstamo marítimo. Para nosotros esta acumulación podría reflejar la terminología usual en la zona oriental del Imperio, y en este sentido pienso que la duplicidad terminológica puede ser auténtica. Llamo la atención en este texto, estudiado desde la perspectiva del objeto sobre el que se ha constituido el gravamen, el que no se mencione el objeto pignorado en garantía de la devolución de la cantidad prestada. Únicamente se habla de *pignora vel hypothecae*. Creo que estos objetos pignorados, que no se especifican, pueden ser un conjunto de mercancías por analogía con lo que ocurre en otros supuestos de préstamo marítimo (141). Y estas mercancías garantizan la devolución del

(134) LITEWSKI, [n 1/1] 129 e IDEM, [n 1/2] 384-389.

(135) BISCARDI, *APF*², 121-122 reconstruye el mismo de la siguiente forma: [*Nihil interest - ar*] <*st*> *post diem - desierit*. [*Utrisque igitur*] *maius [legitima]* <*centesima*> *usura faenus non debentur*, [*sed - periculo*]: *nec pignora [vel hypothecae] titulo maioris usurae tenebuntur*.

(136) EBRARD, *Digestenfragmente*, 53 alude a esta posibilidad. Igualmente en la nota 9 pone en duda la autenticidad de *sed-periculo* en base sobre todo a motivos estilísticos: *Species, quidem-vero: sed*, etc. FEHR, *Beiträge*, 95 es de la misma opinión.

(137) MANIGK, *Hypotheca*, 378.

(138) ERMANN, *Pignus-hypothecae*, 447.

(139) Ver dicho análisis en este mismo capítulo § 60.

(140) Ver dicho análisis en este capítulo § 62.

(141) Hablan de la pignoración de mercancías Scaev, Dig 28 (Dig 45,1,122,1); Paul, Quaest 25 (Dig 22,2,6); Ulp, Ed 14 (Dig 4,9,1,7); Ulp, Ed 73 (Dig 20,4,6,1).

capital más los intereses establecidos por las partes: superiores a los legales si el riesgo corre a cargo del acreedor; el máximo legal si es para el deudor (142).

Con base en el análisis realizado, creo que del presente pasaje es posible extraer entre otras las siguientes conclusiones: 1.—El texto se centra en el problema del riesgo en el préstamo marítimo; 2.—Papiniano establece que no hay diferencia entre hacer un préstamo marítimo sin que el acreedor corra con el riesgo, o que el riesgo deje de ser del acreedor en un momento determinado. En ninguno de los dos casos se puede pedir un interés superior al legal; 3.—Por lo que se refiere al tema objeto de estudio en este capítulo, funcionamiento de la garantía en el préstamo marítimo, del presente pasaje en mi opinión sólo cabe deducir que en la época de Papiniano se garantiza la devolución de la cantidad prestada más los intereses con una serie de objetos, que si bien no se mencionan expresamente, en mi opinión probablemente serían las mercancías.

§ 62.—DIG 22,2,6 (Paul, Quaest 25)

Faenerator precuniam usuris maritimis mutuum dando quasdam merces in nave pignori accepit, ex quibus si non potuisset totum debitum exsolvit, aliarum mercium aliis navibus impositarum propriisque faeneratoribus obligatarum si quid superfuisset, pignori accepit. Quaesitum est nave propria perempta, ex qua totum solvi potuit <intra praestitutos dies>. An id damnum ad creditorem pertineat, [intra praestitutos dies amissa nave], <et> an ad [ceterarum navium] <aliarum mercium aliis navibus> superfluum admitti possit. Respondi: alias quidem pignoris deminutio ad damnum debitoris non etiam ad creditoris pertinet: Sed cum traiecitia pecunia ita datur, ut non alias petito eius creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit, ipsius crediti obligatio non existente condicione defecisse videtur, et ideo pignorum quotique persecutio perempta est etiam eorum, quae non sunt amissa. Si navis intra praestitutos dies perisset, et condicionem stipulationis defecisse videri, ideoque sine causa de pignorum persecutione, quae in aliis navibus fuerunt, quaeri. Quando ergo al illorum pignorum persecutionem creditor admitti poterit? Scilicet tunc cum condicio exstiterit obligatio[nis] [et] <aut> alio casu pignus amissum fuerit vel vitius distractum vel si navis postea perierit, quam dies praefinitus periculo exactus fuerit.

El texto procede del jurista Paulo (143), en concreto de sus *Quaestiones*. Esta obra recoge una serie de debates sobre cuestiones sacadas de la práctica,

(142) El límite máximo en la época clásica debió ser el 12 % según indica KASER, *RPR* 1², 406-407. Sobre dicha regulación en la época postclásica ver CJ 4,32,26,2 (Just).

(143) Sobre este jurista ver lo indicado en el análisis de Dig 43,1,2,3 en el capítulo primero (§ 9).

de disputas orales, de consultas escritas y de fallos judiciales (144). Se sabe que fue reelaborada en la época postclásica y que sufrió una profunda modificación (145).

El pasaje está recogido en el Digesto dentro del título segundo del libro 22, dedicado al préstamo marítimo. Lenel sin embargo (146), creyó que el contexto originario del mismo no era el del préstamo marítimo, ya que situó el texto, junto con Dig 22,1,11 bajo un epígrafe que él denominaba *Ad leges de fenore latas* y que al parecer se refería al préstamo a interés en general y no al marítimo en particular.

El contenido del pasaje es el siguiente: un prestamista se hace garantizar la devolución de una cantidad prestada a interés marítimo con unas mercancías. Para el caso de que estas mercancías no fueran suficientes, la garantía pignoraticia también se extiende a lo que pudiera sobrar de otras mercancías ya pignoradas a otros acreedores y cargadas en otras naves. La nave donde van las mercancías se pierde; ante este hecho, se pregunta al jurista si el acreedor puede cobrarse del superfluo de las otras naves. Por lo tanto la cuestión central del texto es la de si el acreedor tiene derecho o no a cobrarse del sobrante en el caso de que el objeto sobre el que se ha constituido la garantía principal perezca, siendo el riesgo de la pérdida para el acreedor.

En el texto se han detectado diferentes interpolaciones que plantean dudas acerca de su autenticidad. Schulz (147) expuso este texto como el típico ejemplo de un pasaje clásico en el que el reelaborador ha resumido el original. Consideró que la frase *nave propria perempta, ex qua totum sibi potuit, an id damnatum ad creditorem pertinereat* no es clásica. Esta afirmación la fundamentó en los siguientes: 1.—La locución *nave propria* es incorrecta, ya que el barco en absoluto es propiedad del acreedor; 2.—La frase *ex qua totum sibi potuit*, sobra, ya que en la exposición de hechos no se había dicho que la obligación estuviera ya cubierta por el primer derecho de prenda, y además, debido a que este dato de cara a la decisión era totalmente irrelevante; 3.—La parte final *si navis intra-exactus fuerit* también estaba interpolada. Para justificar semejante afirmación adujo sobre todo defectos de estilo: el uso de *potuerit* en lugar de *poterit*; el uso de *alio casu* en lugar de *aliquo casu*; el empleo

(144) A. BERGER, *Iulius Paulus*, PWRE 10/1, 728-729. Según C. A. MASCHI, *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi*, *Iulius Paulus*, ANRW 15/2, 685, los casos se presentaban ante el jurista no directamente sino mediante un intermediario.

(145) En este sentido se pronuncian SCHULZ, *GRR*, 302-303; M. KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* (Wien 1972) 67 n 136.

(146) LENEL, *Palingenesia* 1, 1220-1221; nrs 1422-1423. Estos dos fragmentos son los más fragmentos en los libros primeros: por ejemplo 10 en el primero (nrs 1269-1278); 14 en el segundo (nrs 1279-1292); 19 en el tercero (nrs 1293-1311); 10 en el cuarto (nrs 1312-1321), etc.

(147) SCHULZ, *Einführung*, 30-31 seguido por TONDO, *Convalida*, 167; DE MARTINO, [n 2] 239-240 y GRUNOW, *Entwicklung*, 75.

de *pignus* en lugar de *pignora*; la frase *et alio casu-fuerit*. Huschke (148) sostuvo que la frase *si navis-quaeri* se trataba de una adición prejustiniana. Fundamentó esta afirmación en la gran similitud que se encuentra en la frase con las glosas marginales que aparecen en los *Fragmenta Vaticana*. Beseler (149) consideró interpoladas las frases *intra praestitutos dies-admitti possit* y *alias quidem-sunt amissa*. También la parte que *va* desde *videri* hasta el final, a juicio de este autor, sería una interpolación si bien no expuso fundamento alguno para justificar estas afirmaciones.

Los romanistas modernos que han estudiado el texto mantienen diversas posturas. Biscardi, siguiendo a Huschke, considera que *si navis-quaeri* está glosado (150). Miquel (151) sigue la opinión de Schulz; Kupiszewski (152) no analiza el texto desde el punto de vista de las posibles interpolaciones existentes en el mismo; Grunow cree que las frases *nave propria-pertineat* y *si navis intra-rell* se deben considerar como glosas por constituir meras repeticiones (153).

Pero sin lugar a duda, el autor que con más profundidad filológica ha estudiado el texto es Röhle (154). En un análisis realizado recientemente, considera que el pasaje es sustancialmente auténtico. Tras someterlo a una crítica rigurosa, acepta únicamente como postclásica la frase *si navis-videri* por considerarla una glosa marginal. Sin embargo, introduce ligeras matizaciones con el fin de mejorar la dicción del mismo: 1.—Considera que el término *praestitutos* está interpolado. Cree que el plural *dies* exigía una cifra que haría referencia a unos días determinados, por ejemplo, *intra viginti dies*. Por ello propone la sustitución de [*praestitutos*] por *<XX (?)> dies* (155); 2.—Introduce un *<et>* entre *amissa nave* y *an ad ceterarum* (156); 3.—Introduce *<quaeritur>* por [*quaeri*] y *<poterit>* en lugar de [*potuerit*], por considerar que gramaticalmente es más correcto (157); 4.—Introduce en la frase que recoge los supuestos en que entraría en juego el sobranete un *<aut>* en lugar de [*et*] *alio casu* (158). Por mi parte, me voy a ir pronunciando sobre la autenticidad de cada una de las partes a medida que comento el texto.

(148) P. E. HUSCHKE, *Zur Pandektenkritik* (Leipzig 1875) 89-90.

(149) BESELER, *ZSS* 45 (1925) 468.

(150) BISCARDI, [n 46] 362 n 41.

(151) MIQUEL, *Rango hipotecario*, 266.

(152) KUPISZEWSKI, [n 1] 371-372.

(153) GRUNOW, *Entwicklung*, 73-75.

(154) GRUNOW, *Entwicklung*, 73-75.

(154) R. RÖHLE, *Zum Beispiel Dig 22.2.6, SDHI 45* (1979) 549-568.

(155) RÖHLE, [n 154] 556-557.

(156) RÖHLE, [n 154] 555.

(157) RÖHLE, [n 154] 560.

(158) RÖHLE, [n 154] 561.

El fragmento comienza con una exposición de los hechos que dan lugar al problema: un prestamista recibió en prenda las mercancías que estaban en la nave en garantía de una cantidad dada en préstamo marítimo (*faenerator pignori accepit*). No se hace ninguna referencia a la situación de la persona que presta la cantidad; no se sabe si es un capitalista, un banquero, etc., simplemente se le denomina *faenerator*, es decir, persona que da dinero a interés en préstamo (159). Esta persona, de nombre y condición desconocida, ha prestado una cantidad también desconocida a unos intereses marítimos igualmente ignorados. Llama la atención el uso de la expresión *usuris maritima* para referirse al préstamo marítimo. La misma sólo aparece en este texto de Paulo (160). En las otras fuentes referentes a este tipo de préstamo aparece el vocablo *nauticus* (161).

Y como garantía de este préstamo el acreedor recibió en prenda algunas mercancías, que supongo estaban cargadas en la nave (162). La expresión utilizada para designar la pignoración: *pignori accepit*, fue bastante usual (163). Se empleó, tanto para designar los casos en los que el acreedor recibía el objeto en posesión (164), como aquellos otros supuestos en los que dicho traslado no tenía lugar (165). En este caso concreto, presupongo que debido al funcionamiento del préstamo marítimo dicho traslado no se ha producido. Las mercancías no están en poder del acreedor, sino en el del deudor, quien las ha embarcado en la nave para hacer con ellas la ruta prevista, ruta que resulta desconocida.

El texto también establece que el prestamista obtuvo garantía pignorativa de lo que sobraba de otras mercancías, que ya habían sido embarcadas en otras naves y pignoradas a favor de otros prestamistas. Para el caso de que la totalidad de la deuda no pudiera ser pagada con las mercancías embarcadas

(159) Sobre esta acepción ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 207.

(160) En este sentido se manifiesta ROHLE, [n 154] 522 n 15.

(161) En cualquiera de sus manifestaciones: *navtica* [p.e. *pecunia navtica* aparece en Scaev, Dig 28 (Dig 45,1,122,1); Marc, App 1 (Dig 49,1,7) y Mod, Reg (Dig 22,2,3); *navticum* [por ejemplo en la expresión *foenus navticum* Diocle y Max (CJ, 4,33,4)]; *navtico* [aparece en las rúbricas de Dig 22,2 y CJ 4,33].

(162) Sobre el significado de la preposición *in* seguida de ablativo que aparece en el texto ver ROHLE, [n 154] 552-553.

(163) La misma aparece por ejemplo en Gai, Edprov 6 (Dig 5,3,41,1); Ulp, Ed 17 (Dig 7,6,5,5); Jul, Dig 49 (Dig 8,1,16); Ulp, Ed 18 (Dig 9,2,17); Paul, Sab 10 (Dig 9,2,18); Paul, Ed 18 (Dig 9,4,22,1); Ulp, Ed 24 (Dig 10,4,3,15); Ulp, Ed 11 (Dig 13,7,36,1); Paul, Resp 16 (Dig 16,1,29); Ulp, Ed 21 (Dig 20,1,19); Paul, Quaest 3 (Dig 20,1,28); Scaev, Dig 27 (Dig 20,1,34,2); Paul, Sent 5 (Dig 20,3,5); Pap, Resp 11 (Dig 20,4,2); Pap, Quaest 26 (Dig 20,5,1,pr); Marc, FromHypoth (Dig 20,6,8,9); Paul, Resp 3 (Dig 22,2,6); Ulp, Ed 53 (Dig 39,2,15,30); Ulp, Offcons 3 (Dig 42,1,15,5); Ulp, Sab 42 (Dig 47,2,46,4); Jav, Cas 15 (Dig 47,2,74) y Ulp, Adult 3 (Dig 48,5,28,2).

(164) Por ejemplo en Ulp, Ed 21 (Dig 20,1,19); Ulp, Ed 24 (Dig 10,4,3,15) y Paul, Ed 18 (Dig 9,4,22,1).

(165) Por ejemplo en Scaev, Dig 27 (Dig 20,1,34,2); Pap, Resp 11 (Dig 20,4,2) y Marc, FromHypoth (Dig 20,6,8,9).

en la primera nave, se estableció que el acreedor recibiera en prenda *aliamum mercium aliis navibus impositarum*. Esta locución ha planteado algunos problemas de comprensión. Para Röhle el hecho de que el término *alius* se repita dos veces en una misma frase supone una relación partitiva o distributiva (166). Sin embargo Schulz considera que el segundo *alius* es repetitivo (167). Pero esta segunda prenda no abarca a la totalidad de las otras mercancías embarcadas en otras naves, sino sólo a *si quid superfuisset* (168). Esta limitación parece lógica si se tiene en cuenta que estas otras mercancías embarcadas en otras naves han sido previamente pignoradas por el deudor a favor de los correspondientes prestamistas. Ello quiere decir que la entrada en funcionamiento de este *superfuum*, según este texto, está condicionada a: 1.—Que las primeras mercancías sobre las que se ha constituido el derecho de prenda no sean suficientes para pagar la deuda; 2.—Que exista sobrante en el supuesto de que el acreedor pignorativo, que ha constituido un gravamen sobre las mismas ejercite su *ius vendendi*. Esta segunda condición, pienso que es interesante ponerla de manifiesto. Para que exista *superfuum* previamente tiene que haber existido una enajenación del objeto sobre el que se ha constituido la garantía: la mercancía. Y para que se haya producido la enajenación, tiene que haber tenido lugar un previo incumplimiento de la obligación a favor de la cual se habían gravado. El supuesto por lo tanto parece claro: como el deudor no paga en el momento del vencimiento al primer acreedor, éste procede a la ejecución del derecho de prenda sobre las mercancías, por lo que las vende. En esta venta, se supone que existe un sobrante que es precisamente lo que se ha pignorado a favor del segundo acreedor. Pero, ¿qué medio jurídico tendrá a su disposición este segundo acreedor para reclamar el sobrante? Según Kaser (169) este acreedor de rango posterior dispone de una *actio Serviana in personam* contra el primer acreedor para cobrarse con el *superfuum* (170). Por lo tanto, en este caso, cabe pensar que el acreedor, si tiene derecho al sobrante empleará la *actio Serviana* con carácter personal para reclamarlo.

(166) RÖHLE, [n 154], 553 la traducción hecha por el autor al alemán es: «die einen Waren auf diesem, die anderen auf jenem Schiff verladen» (mercancías que han sido embarcadas unas en éste, otras en aquel barco). En contra de esta traducción KRAMPE, ZSS 94 (1977) 428-429. Rebatiendo la errónea puntualización de Krampe, Röhle, [n 154] 553 n 23.

(167) SCHULZ, *Einführung*, 31. En cambio este autor traduce al alemán: «erhielt er noch an anderem in andere Schiffe verladen Waren» (recibió él otras mercancías embarcadas en otros barcos).

(168) Como ya han puesto de manifiesto GRUNOW, *Entwicklung*, 74 y RÖHLE, [n 154] 554 es claro que las palabras *si quid superfuisset* son una circumlocución para el concepto técnico y abstracto de *superfuum*. Sobre este concepto ver MIQUEL, *Rango hipotecario*, 255-267; MANIGK, *Pignus*, 1.279 ss; KOSCHAKER, *Dig 20.4.9.3. Ein Beitrag zur Lehre vom Nachpfandrecht und vom bedingten Rechtsgeschäft*, Ser Ferrini 3, 221 ss; FREZZA, *Garanzie* 2, 247 ss.

(169) KASER, *Studien* 2, 207 n 77 = *Studien*, 71 n 77 e IDEM, *Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht*, StGrosso 1, 71-76 = *AusSchriften* 2, 213-218.

(170) En contra D'ORS, *DPR*², 482-483.

Tras esta exposición de hechos, se pregunta si puede ser admitido que el acreedor cobre del *superfluum* de las otras naves, en el supuesto de que la nave propia, con la que podía ser pagada la totalidad de la deuda, perezca (*quaesitum est-admitti possit*). Como se ha visto ya, el texto en este punto ha sido duramente criticado. Sin embargo pienso que los argumentos que se han aducido no son determinantes para aceptar su interpolación; el hecho de que se emplee el término *proprius* a mi entender no es concluyente. Este abjetivo puede ser entendido como relativo a una persona determinada (171). En este caso, según Röhle (172), es posible pensar que se emplea para indicar que las mercancías han sido pignoradas exclusivamente al acreedor y sólo a él. Pienso que el término puede ser auténtico; a mi entender con el mismo no se quiere decir que el barco era propiedad del acreedor, como parece entender Schulz; en mi opinión este término puede ser interpretado, al menos, de dos formas distintas: 1.—Considerar que *proprius* hace referencia a la nave en la que las mercancías están sometidas al propio derecho de prenda del acreedor, es decir, que el acreedor podía ser pagado con el producto de la venta de las mercancías que se encontraban en esa nave y 2.—pensar que *proprius* hace referencia al deudor. Este personaje desconocido ha tomado dinero en préstamo marítimo, dinero que va a emplear en comprar unas mercancías que viajan en su propia nave. La nave propiedad del deudor se hunde, y se plantea el problema de determinar si el acreedor corre el riesgo de la pérdida, ya que toda la deuda se podía pagar con las mercancías que iban en la nave. Para Schulz este hecho era irrelevante. Esta afirmación, opino que en cierta medida es aceptable, ya que lo interesante en este caso es determinar si el derecho de prenda se ha extinguido o no, para lo cual es indiferente que las mercancías que iban en la nave fueran suficientes para pagar la deuda. Sin embargo, al exponer los hechos, se había dicho expresamente que en el supuesto de que con las mercancías no pudiera pagarse la totalidad de la deuda, se constituía un derecho de prenda sobre el sobrante. Como con las mercancías que iban en la nave se podía pagar toda la deuda, parece lógico que se aluda a ello para que no entre en funcionamiento el derecho de prenda sobre el sobrante.

Seguidamente el texto recoge la respuesta de Paulo, según la cual el riesgo de la disminución de la garantía recae en otros casos sobre el deudor. Sin embargo, en el supuesto consultado, se extingue el derecho de cobrarse con las prendas pignoradas si es que la nave llega a salvo dentro del plazo establecido (*alias-sunt amissa*). La generalidad de los autores que en este punto han estudiado el párrafo aceptan la respuesta como auténtica (173), Paulo parte en su afirmación de un dato: *alias quidem pignoris deminuito ad damnum de-*

(171) Ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 471.

(172) RÖHLE, [n 154] 556.

(173) Se manifiesta únicamente en contra de la misma BESELER, ZSS 45 (1925) 468, a mi entender sin fundamento.

bitoris non etiam ad creditoris pertinet. ¿A qué se puede referir este *alias quidem*? Lógicamente a un supuesto normal de préstamo garantizado con garantía pignoraticia, en el que la pérdida por parte del deudor del objeto gravado con la prenda no le exime del cumplimiento de la obligación principal. Sin embargo, en el préstamo marítimo no ocurre ésto. Aquí el acreedor, a diferencia del préstamo normal, corre con el riesgo hasta que la nave llegue a puerto dentro del plazo establecido (174). El acreedor sólo puede exigir la devolución del capital prestado en este supuesto. Sin embargo en el presente caso, no tiene lugar este fenómeno: el barco no logra llegar a su destino, sino que perece antes. Esto supone que la obligación asumida por el deudor de devolver la cantidad prestada más los intereses supuestamente pactados ha desaparecido. Como la prenda es un contrato de carácter accesorio (175) es lógico que al extinguirse la obligación principal, devolución del préstamo, todo derecho de prenda existente sobre el *superfluum* de otras mercancías desaparezca. Por lo tanto pienso que la respuesta del jurista es totalmente lógica.

Seguidamente el texto vuelve a repetir en parte la respuesta del jurista (*si navis-exactus fuerit*). Como la nave se ha perdido dentro del plazo prefijado, parece que no se ha cumplido la condición de la estipulación, y por lo tanto se pregunta sin causa sobre la reclamación de las prendas que estuvieran en las otras naves (176).

Finalmente el texto menciona los supuestos en los que sería posible al acreedor reclamar el *superfluum*. Pese a existir diferentes defectos de estilo, como han puesto de manifiesto Schulz y Röhle (177), pienso que no hay indicios suficientes para dudar de su autenticidad, en cuanto que el contenido es perfectamente lógico con el funcionamiento de la institución. El texto recoge tres supuestos en los cuales el acreedor podrá reclamar el sobrante: 1.—Cuando se hubiera cumplido la condición de la obligación y la prenda se hubiera perdido por otro acaecimiento. Röhle ha introducido un <*aut*> en lugar de [et] para diferenciar las dos condiciones exigidas en este caso. A mi entender esta matización es aceptable. Se pueden considerar como dos supuestos diferentes los recogidos en el primer caso; ello supone afirmar que el acreedor va a tener derecho a reclamar el sobrante: cuando las mercancías se hubieran perdido por otro acontecimiento. Pero, ¿qué puede querer decir este *alio easu*? Röhle (178) lo interpreta de la siguiente forma: las partes al contratar el préstamo marítimo establecieron los casos en los que el acreedor asumiría el riesgo de la pérdida de las mercancías. Es claro que si la pérdida se producía

(174) En este punto ver KASER, *RPR* 1², 532 con la bibliografía allí citada.

(175) Ver lo indicado en la nota 282 del capítulo primero (Arrendamientos rústicos).

(176) HUSCHKE, [n 148] 89 piensa que esta parte final es una glosa introducida en la época postclásica.

(177) RÖHLE, [n 154] 551, 559-561 pone de manifiesto los defectos.

(178) RÖHLE, [n 154] 562.

por *alio casu* tendría derecho a reclamar el *superfluum*, ya que él no corría con el riesgo aún en el caso de que la pérdida se hubiera producido durante el periodo en el cual el riesgo era para el acreedor; 2.—El otro caso, que no presenta ninguna duda y que da derecho a que el acreedor reclame, es cuando se hubiera cumplido la condición de la obligación. Es claro que si el barco llega a puerto en el plazo convenido el acreedor deja de asumir el riesgo en ese momento. Si el barco o las mercancías se pierden con posterioridad a la llegada en el plazo acordado es indiferente para el acreedor que ya no corre con el riesgo; 3.—El tercero de los supuestos se produce cuando las mercancías se vendieron a bajo precio. Presupone que el barco ha llegado a puerto en el plazo convenido, pero que se ha incumplido la obligación principal: devolución de la cantidad prestada. Por ello se pasa a ejecutar la prenda y la venta de las mercancías se efectúa a bajo precio, de tal forma que no se consigue con las mismas cubrir la cantidad prestada. Es claro que en este supuesto el acreedor tendría derecho al sobrante.

El último de los casos mencionados indica que entrará en juego el *superfluum* si la nave se hubiera perdido después de que hubiera pasado el plazo preestablecido para el riesgo. El acreedor corre con el riesgo hasta un momento determinado; si el barco desaparece después de pasado ese plazo es claro que el riesgo de la pérdida es del deudor, ya que las partes habían acordado que el riesgo había dejado de ser del acreedor y pasado al deudor en una fecha preestablecida, con posterioridad a la cual el barco se hunde.

Con base en este análisis, creo que del texto es posible deducir entre otras cosas las siguientes: 1.—Hace referencia a un préstamo marítimo garantizado con unas mercancías; para el supuesto de que las primeras no fueran suficientes, las partes establecen que puedan igualmente pignoradas lo que pudiera sobrar de otras mercancías ya pignoradas a otros acreedores y cargadas en otras naves; 2.—Si bien en el texto no se dice expresamente, según mi interpretación el acreedor posterior disponía de la *actio Serviana in personam* contra el primer acreedor para cobarse con el *superfluum*; 3.—Según Paulo en el préstamo marítimo el riesgo de la pérdida de las mercancías gravadas es para el acreedor; 4.—Por ello en este caso el acreedor sólo podrá reclamar el *superfluum* en los siguientes supuestos: a) cuando se hubieren cumplido la condición de la obligación (es decir que el barco llegue al puerto en el plazo convenido, momento en el cual el acreedor deja de correr con el riesgo de la pérdida de las mercancías); b) según la interpretación de Röhlle que yo sigo, cuando se hubiera producido la pérdida por *alio casu* diferente a los supuestos establecidos en que el acreedor asumía el riesgo; c) cuando las mercancías se vendieran a bajo precio; d) si la nave se hubiera perdido después del plazo preestablecido para que el deudor asumiera el riesgo.

§ 63.—DIG 4,9,1,7 (Ulp, Ed 14)

Item Pomponius libro trigesimo quarto scribit parvi referre, res nostras an alienas intulerimus, si tamen nostra intersit salvas esse: et inim nobis magis, quam quorum sunt, debent solvi. Et ideo si pignori merces acciperetur ob pecuniam nauticam, mihi magis quam debitori nauta tenebitur, [si ante eas suscepti].

Este fragmento procede del comentario de Ulpiano al Edicto (179). Está situado en el Digesto en el libro cuarto, título noveno dedicado a la responsabilidad asumida por los navieros mesoneros y estableros. Lenel creyó igualmente que este fragmento en su origen estaba situado en un contexto en el que el tema central eran los problemas derivados del *receptum*, ya que tanto los textos inmediatamente anteriores (Dig 4,9,1,pr-6), como los posteriores (Dig 4,9,1,8; Dig 4,9,3,pr-1), tratan de este problema. Sin embargo los 39 fragmentos del libro 14 que se han transmitido, ponen de manifiesto como eran varios los temas comentados a lo largo del mismo (180).

El texto que se analiza es en concreto el párrafo séptimo, que continúa con la temática establecida en el anterior. En Dig 4,9,1,6 se trataba de comentar el alcance de la locución «*quod cuius saluum fore receperint*». Por lo tanto el tema central del texto es el de la responsabilidad del naviero en el supuesto de haberse producido un *receptum nautarum* (181) y solamente de forma subsidiaria se menciona a las mercancías como objeto sobre el que se ha constituido la garantía en un supuesto de préstamo marítimo.

El texto tiene dos partes diferentes unidas por *et ideo*. En la primera de ellas establece Ulpiano que importa poco el que hayamos cargado en la nave cosas nuestras o ajenas siempre que nos interese que queden a salvo. Añade que, en caso de pérdida o deterioro de las mercancías, el naviero nos debe pagar más bien a nosotros que a aquellos que son propietarios de las mercancías pero que nos han encomendado su transporte. Ulpiano para indicar estos hechos habla en primera persona del plural y menciona a tres personas: el naviero, nosotros y los propietarios de algunas mercancías cargadas por nosotros. Estamos según mi hipótesis interpretativa ante un contrato de transporte de mercancías en el que figuran: el naviero transportista, que actúa de *conductor*; nosotros, que por un lado actuamos de *locatores* respecto al naviero y contratamos el transporte de mercancías tanto propias como ajenas, y por

(179) Sobre los problemas planteados por la transmisión de esta obra ver lo indicado en el análisis de Dig 20,1,21,pr (§ 11).

(180) LENEL, *Palíngenesia* 2, 490-497; nrs 467-505 (nrs 467-471, de *receptis: nautae caupones stibularii*; nrs 472-474, de *recepticia actione*; nrs 475-480, de *satisdando*; nrs 481-484, *Quibus causis praeiudicium fieri non oportet*; nrs 485-505, de *inofficioso testamento*).

(181) Sobre el *receptum nautarum* ver KASER, *RPR* 1², 583 y en especial la numerosa bibliografía citada en la nota 25.

otro, respecto a los propietarios de las mercancías ajenas actuamos como *conductores*. El naviero, en virtud del *receptum*, va a asumir una responsabilidad objetiva respecto a todas las cosas cargadas en la nave. Y estos objetos van a ser tanto nuestros como ajenos (propiedad de quienes no han encargado su transporte) pero que sin embargo han sido introducidos por nosotros en la nave.

Ulpiano, al establecer estos principios de que el naviero responde de todos los objetos cargados en la nave, acepta la autoridad de Pomponio. Indica que ya este jurista clásico en su libro 34 (182) ponía de manifiesto la escasa importancia que tenía el hecho de que las cosas cargadas en la nave fueran propias o ajenas. Para Pomponio lo determinante era que el *locator* tuviera interés en que las cosas llegaran a salvo a su destino. A continuación el texto establece la consecuencia derivada de la afirmación inicial: es a nosotros que no somos propietarios de las cosas embarcadas a quienes hay que pagar.

La segunda parte del texto recoge un supuesto diferentes que automáticamente hace pensar en una ruptura respecto al primer supuesto, y que induce a pensar que el mismo en su estado actual ha sido abreviado por los comentaristas. La segunda parte del texto en el estado actual, según mi hipótesis interpretativa, no tiene sentido y probablemente entre *soivi* y *et ideo* se ha eliminado algo. Y esta afirmación se basa en diferentes hechos. Por un lado, hay indicios de orden formal: en la segunda parte no se sigue hablando en primera persona del plural (*intulerimus*) sino que se pasa a la primera del singular (*accepero*). Por otra parte, hay indicios de orden lógico. Ahora intervienen tres personas distintas a las del caso anterior: una *navita*, yo, acreedor pignoraticio que hago un préstamo marítimo con garantía pignoraticia sobre mercancías, y un deudor propietario de las mismas. Según el texto resulta que yo, acreedor pignoraticio, tengo sobre las mercancías gravadas con la prenda un derecho preferente al del propietario deudor. La hipótesis es claro que es totalmente diferente al de la expuesta en la primera parte: el yo de esta segunda parte y el nosotros de la primera ocupan posiciones jurídicas totalmente distintas; nosotros somos los transportistas marítimos de mercancías propias y ajenas; yo soy el prestamista marítimo y acreedor pignoraticio de esas mercancías pero no el transportista. En este caso ocupa esa posición en la relación jurídica el *debitor*. El único punto de conexión que existe entre ambas partes expresada en el texto con el *et ideo* (por tanto) es que la determinación de la persona ante la que responde primariamente el naviero se establece en base al interés. Hay que tener en cuenta que en una relación de préstamo marítimo es el acreedor pignoraticio el que asume el riesgo de la pérdida de las

(182) Creemos que se podía referir el comentario al edicto de Pomponio, obra cercana a los 150 libros y desgraciadamente perdida. Sobre la misma ver SCHULZ, *GRR*, 148, 238, 246; KASER, *RRG*², 191; FREZZA, *Storia*², 497.

mercancías durante el tiempo para el que se ha concedido el préstamo. Por lo tanto es fácil comprender su interés en que las mercancías se salven.

Dentro del contexto tanto originario como justiniano del párrafo (*receptum nautarum*), el derecho de prenda sobre mercancías se materializaría en que el acreedor pignoraticio está legitimado para ejercitar según mi interpretación la *actio recepticia* frente al *nauta* con preferencia al deudor cargador y probablemente propietario de las mercancías (183). Este hecho, el que se legitime al acreedor pignoraticio para ejercitar la *actio recepticia* a pesar de no haber tenido relación alguna directa con el naviero es un hecho sorprendente. Se está ante una cesión automática de la acción del propietario de las mercancías y contratante del transporte a favor del acreedor pignoraticio. Pero, ¿hasta qué punto puede considerarse a la misma como clásica? En mi opinión la respuesta es clara. En el texto no se menciona ninguna de las formas prevista en la época clásica para efectuar la cesión del crédito del propietario deudor al acreedor pignoraticio (184). Por lo tanto, según mi interpretación, el texto en este punto muestra claros indicios de ser de carácter justiniano.

Puede confirmar el carácter controvertido del texto la frase final *si ante eas susceptit*. Formalmente presenta claros indicios de ser una adición secundaria (del reelaborador?). En su estado actual es difícil de entender ya que viene a precisar que esa responsabilidad del *nauta* sólo se da cuando haya recibido las mercancías anteriormente. No se precisa anteriormente a qué, y tampoco se ve cómo puede influir una anterioridad en la responsabilidad del naviero. Mommsen (185) ha sugerido una corrección del texto del tipo *si [ante] <a me> eas susceptit*. El texto afirmaría en tal caso que el naviero responde ante el acreedor pignoraticio sólo en el caso de que fuera éste el que contratara con el *nauta* el transporte de las mercancías y las entregara. Tal supuesto en la práctica resulta inconcebible. Como se ha visto en un caso de pignoración de mercancías en garantía de un préstamo marítimo, lo normal es que las mercancías no pasen a poder del acreedor y que sea el propio deudor el que realice el transporte. Por ello pienso que habría que considerar *si ante eas susceptit* como una glosa posterior, posiblemente corrompida e incorporada secundariamente al texto procedente de alguien a quien extrañó la responsabilidad del *nauta* frente al prestamista acreedor pignoraticio e intentó excluirla de forma poco afortunada.

(183) Cabría pensar que el acreedor pignorativo podría exigir responsabilidades al naviero mediante la *actio Serviana*. Pero en mi opinión el contexto, dedicado a analizar pos problemas derivados del *receptum nautarum* induce a pensar que se está refiriendo el pasaje a la *actio recepticia* y no a la *Serviana*.

(184) Sobre las mismas en época clásica ver KASER, *RPR* 1², 652-655 con la abundante bibliografía allí reseñada.

(185) Edición del Digesto de Mommsen, 102 n 2.

Con base en este análisis creo que el pasaje es posible extraer entre otras las siguientes consideraciones: 1.—Posiblemente está manipulado. La incoherencia entre las dos partes indica como mínimo que probablemente se ha suprimido algo que en el original aparecía entre ambas partes. La parte final está también como se ha visto probablemente perturbada. Todo ello hace que en el momento de sacar conclusiones de este texto haya que actuar con la máxima reserva; 2.—Con estas salvedades en lo que se refiere al tema objeto de estudio del pasaje se deduce el hecho, sorprendente según el funcionamiento de la cesión de créditos en la época clásica del derecho romano, de que en un caso de préstamo marítimo garantizado con un derecho de prenda sobre las mercancías y en el caso de que éstas sean cargadas por el prestatario-proprietario en una nave ajena con acuerdo de *receptum* y en el supuesto de que las mercancías se hayan perdido o deteriorado, el derecho de prenda se materializaría en que el acreedor pignoraticio quede legitimado con preferencia al propietario deudor para ejercer contra el *nauta* según mi hipótesis interpretativa la acción recepticia en base al principio de interés afirmado en la primera parte.

§ 64.—DIG 20,4,6,1 (Ulp, Ed 73)

Item si quis in mercēs [sibi] obligatas crediderit, vel ut salvae fiant vel ut nauum exsolvatur, [potentior] <potior> erit, licet posterior sit: nam et ipsum nauum [potentius] <potius> est (185).

El texto procede del comentario al edicto de Ulpiano (187). En el Digesto está situado en el título cuarto dedicado a los acreedores que son preferentes en los casos de prenda o hipoteca. Lenel sin embargo lo situó con varios textos más dentro del apartado existente en el libro 73 dedicado al interdicto Salviano, la acción Serviana y la quasi-Serviana, si bien en este libro se comentaba también el interdicto de migrando y el fraudatorio (188).

En el texto precedente del comentario al edicto de Ulpiano se recoge el siguiente supuesto: una persona presta con relación a unas mercancías que ya le estaban pignoradas. El acreedor es preferente aunque sea posterior en aquellos casos en el que el préstamo está destinado a que las mercancías se salven, o a que se pague el precio del transporte.

No se dice en el texto que las mercancías estén gravadas como consecuencia del préstamo marítimo, pero como se ha visto a lo largo de los textos

(186) Sobre las diferentes correcciones gramaticales introducidas en este texto ver la edición del Digesto de Mommsen, 229 ns 15-16.

(187) Ver lo indicado en el análisis de Dig 20,1,21,pr (§ 11).

(188) LENEL, *Palingenesia* 2, 849-854; nrs 1626-1649 (nr 1626, *De interdictis: de migrando*; nrs 1627-1639, *de interdicto Salviano et actione Serviana et quasi Serviana*; nrs 1640-1649, *de interdicto fraudatorio*).

dedicados a la pignoración en garantía de este tipo de préstamos, en el mundo romano fue muy normal la pignoración de mercancías, por lo que bien se puede pensar que el primer gravamen se ha constituido sobre las mercancías como garantía de un préstamo marítimo.

Según el pasaje se producen los siguientes hechos: hay un acreedor pignoraticio que, según mi hipótesis, ha concedido un préstamo marítimo al deudor de una cuantía desconocida. Estas mercancías, por las circunstancias que sean, están a punto de perderse, (imaginemos por ejemplo, que las mercancías están siendo atacadas por una plaga de roedores que hay en la nave y el deudor no tiene dinero para intentar acabar con ellos). Para evitar la pérdida, según el texto, el acreedor vuelve a prestar dinero, haciéndose garantizar nuevamente la devolución con las mercancías que ya le estaban pignoradas. Pero esta última afirmación, que las mercancías *sibi obligatas* pienso que es errónea. Creo que el término *sibi* debe ser eliminado; no tiene sentido que a un acreedor que ya es preferente se le otorgue una preferencia. La preferencia únicamente tiene lógica cuando hay un segundo acreedor (en este caso el presentamista que da el dinero para salvar las mercancías o pagar el precio del transporte) frente a un acreedor anterior (según mi hipótesis el que ha concedido un préstamo marítimo).

Según el texto podía ocurrir que el préstamo en lugar de dedicarse a salvar las mercancías se dedicara a pagar el precio del transporte de las mismas. También en este caso tiene preferencia el acreedor. El jurista fundamenta la respuesta en la esencialidad del precio del transporte. Este razonamiento me parece lógico. Al acreedor le interesa que las mercancías sobre las que él tiene un derecho de prenda lleguen al puerto de destino en el plazo establecido para el caso de incumplimiento de la obligación principal proceder a la ejecución. ¿Qué ocurriría en el supuesto de que el transporte de las mismas no fuera posible por una avería del barco del deudor? Es claro que el acreedor ve peligrar su derecho, ya que las mercancías no van a estar en el puerto de destino en la fecha acordada. Por ello es lógico que se supedita su derecho al del segundo acreedor, ya que si no llega a ser por el préstamo otorgado por este segundo acreedor para que se transporten las mercancías, su derecho sobre las mismas hubiera peligrado.

Por lo tanto, en base a este texto parece lógico afirmar que no siempre se va a seguir el criterio tradicional por el que se rige la pluralidad de derechos pignoraticios sobre un mismo objeto (*prior in tempore potior in iure*) sino que se va a otorgar una preferencia o privilegio al acreedor posterior frente al primero. Pero este privilegio a favor del acreedor posterior no es exclusivo del préstamo marítimo. Se estableció por primera vez en un senadoconsulto de la

época de Marco Aurelio (189) a favor del acreedor que prestara dinero para reparar un edificio. Posteriormente con toda probabilidad se extendió a todos los supuestos en que el acreedor prestaba dinero para conservar la cosa (190), por lo que no debe extrañar que en el caso que se analiza se conceda el privilegio al acreedor posterior, ya que su préstamo ha sido necesario para que las mercancías se conserven a favor del acreedor.

Con base en lo indicado hasta ahora, creo que sobre la materia referente a nuestro tema, del texto es posible deducir lo siguiente: 1.—Cuando un acreedor preste dinero para salvar las mercancías o pagar su transporte, tiene un crédito privilegiado frente a los acreedores anteriores a él, que habían otorgado un préstamo marítimo; 2.—Según mi interpretación esta preferencia se establece por considerar que el préstamo ha sido fundamental para la conservación de la cosa y por lo tanto para salvar el objeto sobre el que se ha constituido el derecho de prenda de los anteriores acreedores.

§ 65.—DIG 20,4,5, (Ulp, Disp 3)

Interdum posterior potior est priori, ut puta si in rem [istam] <ipsam> conservandam impensum est quod sequens crediti: veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam vel reficiendam ego credidero:

El texto pertenece a las *Disputationes* de Ulpiano, obra que tuvo una transmisión complicada como ya ha sido puesto de manifiesto (191). En el Digesto está situado en el título cuarto del libro veinte donde se trata de los acreedores preferentes. En cambio, el texto originario parece que fue otro, según se desprende de Dig 20,4,7,pr, texto que también procede de este libro tercero, y que Lenel sitúa junto con el texto que ahora se analiza y Dig 40,9,4 y Dig 49,14,28 bajo la rúbrica *de tutelis*. Pero este libro tercero no trataba sólo de este tema, sino de otros como la compraventa, el patrimonio de la mujer, el robo, etc, según se deduce de los dos fragmentos que se han transmitido de esta obra (192).

Según el pasaje, el segundo acreedor pignoraticio es preferente al anterior cuando por ejemplo se presta dinero para armar o reparar una nave que estaba en garantía (193). El hecho de que esté en garantía una nave, no quiere decir que necesariamente se garantice con la misma la devolución de un prés-

(189) Ver Ulp, Ed 63 (Dig 42,5,24,1); Pap, Resp 10 (Dig 20,2,1); Ulp, OffCons (Dig 12,1,2,5) y Ulp, Ed 17 (Dig 42,3,1).

(190) Ver Ulp, Disp 3 (Dig 20,4,5) que va a ser analizado a continuación (§ 65).

(191) Sobre la problemática de la misma ver el comentario hecho en Ulp, Disp 3 (Dig 20,4,7,1) texto analizado en el capítulo dedicado a la prenda general (§ 78).

(192) LENEL, *Palingenesia* 2, 393-396; nrs 54,75 (nr 54, *de emptione et venditione*; nrs 55-66, *de re uxoria*; nrs 67-69; *de tutelis*; nr 70, *de suspectis tutoribus*; nrs 71-72, *de magistratibus comitendis*, nrs 73-75, *de furtis*).

(193) Paul, BreEd 16 (Dig 42,5,26) y Marc, Reg 5 (Dig 42, 5,34) confirman lo que aquí se establece sobre el crédito privilegiado.

tamo marítimo. Sin embargo, como se ha indicado ya (194) la pignoración de la nave era un fenómeno relativamente frecuente en el mundo helenístico y que se pudo repetir en el derecho romano, en el que lo habitual era pignorar las mercancías en garantía del préstamo marítimo.

Con base en el análisis del pasaje, creo que del mismo es posible extraer las siguientes conclusiones: 1.—El texto vuelve a insistir en la afirmación establecida en el anterior pasaje de Ulpiano. Aquí el jurista comienza afirmando que el acreedor posterior puede ser preferente al anterior; ahora bien, esta posibilidad se va a producir por ejemplo cuando se invierte la cantidad que el segundo acreedor dio en crédito en la conservación de la cosa misma; 2.—Nuevamente, por lo tanto, se establece la posibilidad de que el criterio tradicional, por el que se rige la pluralidad de gravámenes sobre un mismo objeto, no entre en funcionamiento y el segundo acreedor en el tiempo sea preferente al primero. Pero esta excepción no se va a producir siempre, sino cuando se emplee la cantidad prestada por el segundo en conservar la cosa sobre la cual el primero tiene el derecho de prenda. Y un caso en que este supuesto se puede producir es cuando un acreedor posterior da dinero para armar o reparar una nave. Y este privilegio se entiende que surge según mi interpretación porque el préstamo otorgado por el segundo ha sido esencial para la conservación de la nave.

§ 66.—CONCLUSIONES

Una vez efectuado el análisis de las diferentes fuentes jurídicas y papirológicas que tratan de la pignoración de mercancías en el préstamo marítimo en el derecho romano clásico, y aún reconociendo que alguna de estas fuentes posiblemente recoge derecho helenístico, creo que de este estudio es posible extraer, entre otras, las siguientes conclusiones.

1. Aparición

La primera fuente jurídica en la que sin lugar a dudas se menciona la pignoración de mercancías en garantía de la devolución de un préstamo marítimo es un texto de Escévola (Dig 45,1,122,1). Existe un papiro (*Vindob G* 19.792) que trata también del tema, pero que probablemente no recoge derecho romano, sino derecho helenístico.

2. Constitución

A lo largo de los textos analizados en este capítulo, no se hace una alusión expresa a los requisitos necesarios para la constitución de esta prenda, por lo que creo posible pensar que la misma surgía por el mero acuerdo de las partes.

(194) Ver nota 23.

Para hacer referencia a la pignoración, la locución habitual registrada en las fuentes en sus diversas variantes es *pignora vel hypothecae*. Pienso que esta acumulación podría reflejar la terminología usual en la zona oriental del imperio donde fue frecuente este tipo de contrato.

3. *Sujetos*

Las personas que habitualmente intervienen en este tipo de prenda son por un lado el prestamista, en calidad de acreedor pignoraticio y el prestatario, en calidad de deudor según se deduce de Escévola (Dig 45,1,122,1); Papiiano (Dig 22,2,4,pr); Paulo (Dig 22,2,6).

4. *Objeto*

Como se ha visto a lo largo del análisis de estos textos (Escévola, Dig 45,1,122,1; Paulo, Dig 22,2,6; Ulpiano, Dig 4,9,1,7; Dig 20,4,6,1) las mercancías son el objeto más frecuentemente mencionado en las fuentes como garantía. Sin embargo en un papiro (Vindob G 19.792) que probablemente recoge derecho helenístico; se habla del buque, los aparejos y el flete como objeto grabado. Ulpiano en Dig 20,4,5 parece aludir al buque como posible objeto de prenda.

5. *Relación jurídica garantizada*

El derecho de prenda garantiza la devolución de la cantidad prestada (Escévola, Dig 45,1,122,1; Paulo, Dig 22,2,6; Ulpiano, Dig 4,9,1,7). De estos mismos textos también se deduce que a diferencia del préstamo normal, en el préstamo marítimo es el acreedor el que corre con el riesgo (derivado de la navegación) de destrucción de las mercancías pignoradas, siempre que el deudor cumpla los plazos y las condiciones establecidas para efectuar los viajes acordados.

6. *Derechos del deudor*

El deudor tiene derecho a constituir un segundo gravamen sobre las mercancías según se deduce de Paulo, Dig 22,2,6.

7. *Derechos del acreedor*

En el supuesto de que se constituya a favor del acreedor un derecho de prenda sobre el *superfluum* de las mercancías que previamente se habían pignorado, el acreedor titular del derecho de prenda sobre el *superfluum* sólo podrá reclamar el mismo según mi interpretación mediante una acción Serviana personal. Según un texto en mi opinión manipulado de Ulpiano (Dig 4,9,1,7) el acreedor pignoraticio está legitimado para ejercitar la *actio recepticia* contra el *nauta* con preferencia al deudor cargador y probablemente propietario

de las mercancías. Sin embargo semejante afirmación parece excesiva según el funcionamiento de la cesión de créditos en la época clásica.

8. Protección

A lo largo de las fuentes analizadas no se encuentra una sola referencia expresa a la *actio Serviana*, como medio jurídico existente a favor del acreedor pignoraticio.

9. Derechos preferentes

El criterio tradicional *prior in tempore potior in iure*, que impera en los supuestos de pluralidad de derechos pignoraticios sobre un mismo objeto, sufre una modificación en el caso de que el acreedor posterior preste dinero al deudor para armar o reparar la nave, para salvar las mercancías o para pagar el flete de las mismas. Este privilegio a favor del acreedor segundo se fundamenta según mi opinión en que su préstamo ha sido necesario para la conservación de la cosa, según se deduce de Ulpiano (Dig 20,4,6,1 y Dig 20,4,5).

10. Cuestiones acerca de la naturaleza jurídica del derecho de prenda sobre las mercancías

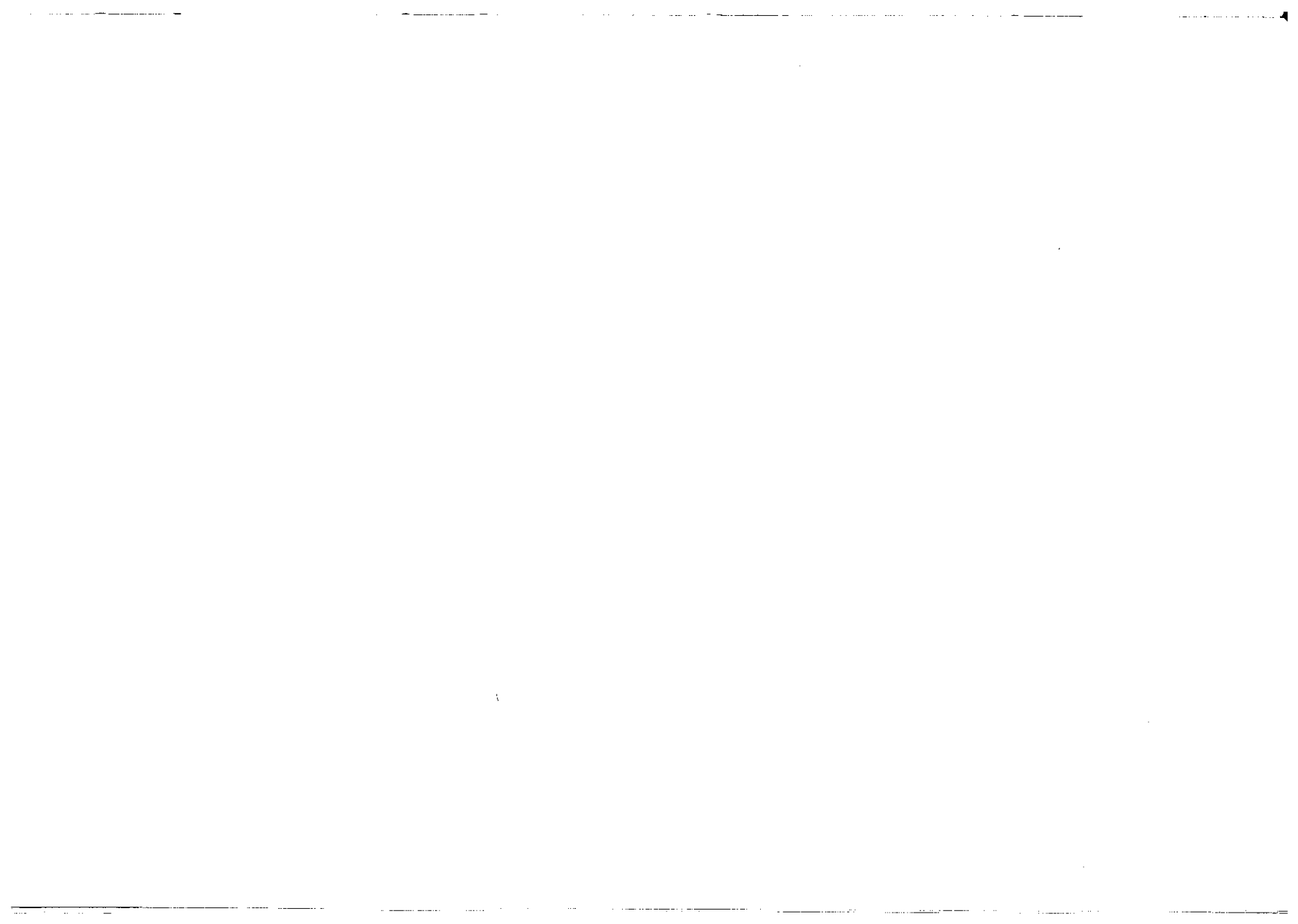
Las partes contratantes no encontraron dificultades en que el objeto que garantizaba la devolución de la cantidad prestada fueran unas mercancías. A lo largo de ninguno de los textos se cuestionan los juristas sobre la validez o no de la pignoración de las mercancías. Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto en el análisis de Dig 45,1,122,1 pienso que hay, puede haber razones suficientes para plantear serias dudas en algunos casos (cuando las mercancías no se han especificado) respecto a la consideración del *pignus* sobre las mercancías como un derecho real equiparable a lo que tradicionalmente se considera como *pignus* en el derecho romano clásico. Y esta afirmación se basa en los siguientes datos: a.—Si la prenda sobre las mercancías se concibe como un auténtico derecho real que permite al acreedor pignoraticio, mediante el empleo de la acción Serviana, dirigirse tanto frente al deudor pignoraticio como frente a terceros para posesionarse de las mercancías, ¿qué sentido tiene el esclavo del acreedor que acompaña al deudor y por lo tanto a las mercancías? Al parecer no le debería preocupar que el deudor poseyera las mercancías ya que él como titular de un derecho real de *pignus* gozaría de una acción real para dirigirse contra cualquiera que estuviera en posesión de las mercancías. Pero, ¿fue esto posible en el supuesto de que el objeto pignorado fuera un conjunto de bienes fungibles que no podían ser identificados? Creo que no. A mi entender, cuando las mercancías pasaban a poder de un tercero, lógicamente sin consentimiento del acreedor, éste no disponía de un medio procesal adecuado derivado de su situación de titular de un derecho de prenda sobre las mercancías; b.—Si la pignoración sobre mercancías era concebi-

da como un auténtico derecho real, ¿por qué se encuentra repetidas veces en las fuentes la figura de la estipulación penal como posible medio de garantía en el préstamo marítimo?; c.—Finalmente, creo que puede ser interesante mencionar el funcionamiento de la garantía en el préstamo marítimo en el derecho ático, ya que el mismo puede iluminar sobre el funcionamiento en el derecho romano. Según Paoli (195) en el derecho ático, en el préstamo marítimo la garantía pasaba por dos estadios: en el primero, según el autor italiano, se estaba únicamente ante una relación de carácter obligatorio entre el acreedor y el deudor; en el segundo, surgía el derecho real de garantía a favor del acreedor en virtud de la posesión. Cuando el comerciante llegaba al puerto transmitía al acreedor la posesión de las mercancías designadas en la sinagrá. Buscaba un comprador que entregaba el precio al comerciante y el acreedor permitía que el comprador tomara posesión de las mercancías sólo si el deudor le satisfacía el capital más los intereses debidos. ¿Qué ocurría en el derecho romano? ¿Se puede hablar también de la existencia de estas dos hipotéticas fases? En los textos analizados no se hace la más mínima referencia a las mismas. Sin embargo, pienso que en el derecho romano, al igual que el ático, era determinante que el acreedor llegado el momento del vencimiento tuviera la posesión de las mercancías, ya que si las mismas habían sido transmittidas antes del vencimiento por el deudor, el acreedor se podía encontrar a mi entender sin medio procesal adecuado para recuperarlas y proceder tras la toma de posesión de las mismas a la venta.

(195) PAOLI, *SDA*, 85-88; 118-120.

CAPITULO 6

PRENDA GENERAL



§ 67.—INTRODUCCION: DELIMITACION DE NUESTRO ESTUDIO

Tradicionalmente se ha calificado como prenda general aquella que abarca el patrimonio del deudor, es decir, tanto sus bienes presentes como futuros (1). Sin embargo, Wagner en una monografía del año 1967 (2), se mostró contrario a esta acepción. Para él lo característico de la prenda general era la forma en que se realizaba: globalmente, en bloque. Según esto, la pignoración de todo el patrimonio era sólo una clase de prenda general. Sin embargo yo no comparto esta concepción (3). Si lo hiciera, los supuestos que son objeto de estudio en el presente trabajo podrían ser considerados como tales, ya que a mi entender en todos ellos se da el fenómeno de la pignoración global. Ahora bien, en las fuentes, como se ha visto a lo largo de los capítulos precedentes, semejantes supuestos jamás son denominados de esa manera. Por todo ello, considero como prenda general la que abarca el patrimonio del deudor, tanto sus bienes presentes como futuros.

Sin embargo, en el presente capítulo no voy a analizar únicamente los casos de prenda general, sino que también voy a estudiar algunos supuestos que, en sentido estricto, no pueden ser considerados como tal, ya que no va a ser la totalidad del patrimonio del deudor el objeto gravado, sino sólo una parte de él, por ejemplo los bienes futuros.

Por todo ello, en este capítulo se van a analizar: 1.—Las fuentes que hacen referencia a una *conventio generalis* (4); 2.—Las que tratan de la pignoración de *universa bona* o de *omnia bona* (5); 3.—Las que hablan de pignoración de todos los bienes presentes y futuros: *quae habet habiturusque esset*

(1) Ver por ejemplo KASER, *RPR* 1², 466; FREZZA, *Garanzie* 2, 170.

(2) WAGNER, *Voraussetzungen*, 8-9.

(3) Se muestra igualmente contrario a la misma KASER, *Studien* 3, n 88 = *Studien* 153 n 88.

(4) Por ejemplo Dig 20,1,1,1,pr (Pap, Resp 11); Dig 20,1,6 (Ulp, Ed 73); Dig 20,1,8 (Ulp, Ed 73); Dig 20,1,29,pr (Paul, Resp 5); CJ 8,16,1 (197 p.C.); CJ 8,27,17 (294 p.C.); CJ 8,16,5 (233 p.C.); CJ 8,13,2 (204 p.C.); CJ 8,13,17 (293 p.C.); CJ 8,16,4 (225 p.C.); CJ 8,33,1 (229 p.C.).

(5) Por ejemplo Dig 20,1,29,3 (Paul, Resp 5); Dig 40,8,6 (Mare, *FomHypoeth*); CJ 8,33,1 (229 p.C.); CJ 8,13,2 (204 p.C.); CJ 8,25,3 (227 p.C.).

(6); 4.—Las que hablan de una pignoración de bienes futuros (7); 5.—Las que mencionan la pignoración del resto de los bienes del deudor (8); 6.—Las que hablan de una pignoración de cosas del deudor (9), siempre que una expresión tan ambigua permita pensar que se está ante una prenda general.

Y voy a analizar los pasajes en los que aparecen estas expresiones, siempre que hagan referencia a una prenda general nacida de forma contractual, es decir, por el acuerdo de voluntades de las partes contratantes. Esta referencia inicial supone que aquellos casos de prenda general que no nacen de forma contractual, sino de forma legal, por ejemplo la prenda del Fisco (10), van a quedar excluidos del presente análisis.

§ 68.—DIG 20,1,15,1 (Gai, FormHypoth)

Quod dicitur creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, quae cottidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea adquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae.

El texto es de Gayo (11), en concreto de su obra *Ad o de Formula(m) Hypothecaria(m)*, que como he indicado ya (12), ha planteado a los romanistas problemas de autenticidad.

En el Digesto está situado en el título primero del libro 20, dedicado a las diferentes formas de constitución del derecho de prenda. Los cinco fragmentos que se han transmitido de esta obra (13) ponen de manifiesto cómo Gayo a lo largo de la misma, no trató única y exclusivamente de un tema, sino de diferentes aspectos relacionados con el derecho de prenda, como por ejemplo la constitución (Dig 20,1,4; Dig 20,4,1,1,2), el objeto (Dig 20,1,15,pr-2; Dig 20,3,2; Dig, 20,4,1,1,3), el régimen de pluralidad de acreedores (Dig 20,4,11,pr-1,4), etc.

(6) Por ejemplo Dig 20,1,34,2 (Scaev, Dig 27); Dig 20, 1,6 (Ulp, Ed 73); Dig 49,14,28 (Ulp, Disput 3); Dig 20,4,21,pr (Scaev, Dig 27); Dig 40,8,6 (Marc, FormHypoth); Dig 20,1,1,pr (Pap, Resp 11); Dig 20,1,15,1 (Gai, FormHypoth); CJ 7,8,3 (209 p.C.). No se va a analizar PS 5,6,16 donde también se encuentra esta locución por considerar que es una fuente postclásica.

(7) Dig 20,4,7,1 (Ulp, Disput 3).

(8) Dig 20,1,15,1 (Gai, FormHypoth).

(9) Dig 20,6,4,pr (Ulp, Ed 73); Dig 20,5,1 (Pap, Quaest. 26).

(10) Por ejemplo Dig 40,1,10 (Paul, ImpSent 2); Dig 46,1,68,1 (Paul, Decret 3); Dig 42,5,37 (Pap, Resp 10).

(11) Sobre autor, ver el análisis de Dig 20,4,11,2 en el capítulo dedicado a la pignoración de *invecta et filata* en arrendamientos rústicos (§ 7).

(12) Sobre la problemática de esta obra y su transmisión ver el análisis de Dig 20,4,11,2 en el capítulo dedicado a la pignoración de *invecta et filata* en arrendamientos rústicos (§ 7).

(13) LENEL, *Paltingenesia* 1, 240-242; nrs 399-403.

El texto establece que el acreedor pignoraticio debe probar que los bienes habían estado *in bonis debitoris* en el momento del acuerdo, únicamente en el supuesto de que se hubiera constituido una prenda especial. Cuando el gravamen se hubiera constituido sobre todos los bienes que el deudor tenía en el momento del acuerdo y los que adquiriera después, este requisito no era exigido al acreedor.

Los romanistas que han analizado el pasaje, consideran que el mismo ha sido manipulado. Así por ejemplo tanto Fehr (14) como Ebrard (15) creen que *quae cottidie teneantur* es una interpolación. El primero, justifica esta afirmación en el carácter compilador de los términos *cottidie* e *hypotheca*; el segundo sin embargo, cree que la interpolación no fue debida a Triboniano, sino que nos encontramos ante una glosa de carácter exegético. Manigk (16) no se muestra de acuerdo con semejante postura; niega el carácter sospechoso de *cottidie* y considera la necesidad de mantener la frase *ut specialiter... bona teneantur* para comprender el fragmento. Según él, únicamente podría aceptarse como interpolada la frase *quae cottidie inseri solet cautionibus*. Para Volterra (17), la frase *ut specialiter rebus hypothecae nomine datis*, está manipulada, como lo pone de manifiesto su estilo. Igualmente, según este autor italiano, *perinde-obligatae* es una interpolación de carácter bizantino. Por todo ello, reconstruye el texto de la siguiente forma: *Quod dicitur creditorem probare debere cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinere, quae specialiter facta est, non ad illam (qua) etiam bona teneantur debitoris quae postea adquisierit*. Por mi parte, a medida que analizo el pasaje, voy a poner de manifiesto la opinión que el mismo merece.

Creo que el texto trata de comentar uno de los requisitos exigidos por la *actio Serviana*: que la cosa pignorada de la que se litiga, hubiera estado *in bonis debitoris* en el momento de la *conventio pignoris* (18). Como se sabe, el significado de esta locución ha sido muy debatido. Al igual que la mayor parte de la romanística, creo que la locución debe entenderse no sólo como sinónimo de propiedad pretoria sino también como propiedad civil (19). Sin embargo, Wubbe (20) no está de acuerdo con esta concepción. Para él, la locución *in bonis esse* implica un contenido más amplio e indeterminado: la mera tenencia de hecho por parte del pignorante en el momento de la *conventio pignoris*.

(14) FEHR, *Beiträge*, 76.

(15) EBRARD, *Digestenfragmente*, 83.

(16) MANIGK, *Hypotheca*, 368. Le siguen WAGNER, *Voraussetzungen*, 65 n 436.

(17) VOLTERRA, *Osservazioni*, 26-27.

(18) Este requisito no es nuevo, sino que se menciona repetidas veces a lo largo de las fuentes. Ver por ejemplo Dig 20,1,3 (Pap, Quaest 20); Dig 22,3,23 (Marc, FormHypoth); Dig 20,4,9 (Afric, Quaest 8); Dig 43,32,1,5 (Ulp, Ed 73); CJ 8,15,5 (286 p.C.); CJ 8,15,6 (293 p.C.) y CJ 8,16,6 (293 p.C.).

(19) Ver lo indicado en la nota 303 del capítulo segundo.

(20) WUBBE, *Res aliena*, 266-268 y 288-292.

Pero cualquiera que sea el significado de esta locución, lo que establece claramente el comienzo del texto es que la carga de la prueba la tiene el acreedor (21). Ahora bien, el acreedor no siempre tiene que probar que el deudor tenía el bien pignorado en propiedad en el momento de la *conventio pignoris*. Esta carga sólo se le imponía en el supuesto de que la *conventio specialiter facta est*. Pero ¿qué quiere decir que el acuerdo de prenda se ha contraído *specialiter*? A mi entender, este adverbio significa que en el momento del acuerdo pignoraticio, el bien o bienes que garantizan el cumplimiento de la obligación ha(n) quedado específicamente, expresamente determinado(s) (22); es decir, no sólo que el convenio de prenda se ha constituido mediante un acuerdo expreso, sino que el objeto que garantiza el cumplimiento se ha determinado expresamente en dicho momento.

Según esta afirmación, en aquellos supuestos en los que la pignoración sea *specialis*, al acreedor no se le exige la carga de la prueba del requisito exigido por la *actio Serviana*. Este hecho, a mi entender, determina que dicha acción Serviana se conceda al acreedor en calidad de útil. Por ello, no parece excesivo afirmar que, en los supuestos de prenda de un conjunto de elementos presentes y futuros que lógicamente no están *in bonis debitoris* en el momento de la *conventio pignoris*, se conceda al acreedor la posibilidad de emplear la *actio Serviana utilis*.

El pasaje establece seguidamente que al acreedor pignoraticio no se le exige la carga de la prueba respecto a la *conventio* que *cotidie inseri solet cautionibus*. Como he indicado ya, para algunos romanistas esta frase no es auténtica (23) debido al empleo de los términos *cotidie* e *hypotheca*. Sin embargo a mi entender, el empleo de dichos vocablos no es determinante. Como he expuesto repetidas veces a lo largo de este trabajo (24), el término *hypotheca* en Gayo puede ser perfectamente clásico. Por lo que se refiere al adverbio *cotidie*, que en este caso según el VIR (25) se emplea con la aceptación de *saepissime*, es una palabra utilizada por diferentes juristas clásicos (26). Según esta frase, este convenio muy frecuente suele *inseri cautionibus*. El empleo del término *cautio* en esta frase creo que es bastante claro. El mismo no hace referencia a una forma de garantía de carácter estipulatorio, sino al documento escrito donde el deudor reconoce la deuda (27). Y en este documento se ha introducido (28), al margen de dicho reconocimiento una cláusula de

(21) En este sentido también se pronuncia WAGNER, *Voraussetzungen*, 64-65.

(22) En este sentido también lo interpreta WAGNER, *Voraussetzungen*, 65.

(23) Ver las notas 14 y 15.

(24) Ver, por ejemplo, el análisis de Dig 20,4,1,1,2 en el capítulo primero (§ 7).

(25) VIR 1, 1043.

(26) Ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 110; VIR 1, 1043.

(27) Sobre esta acepción del término *cautio* ver KASER, *RPR* 1.², 231 n 11.

(28) Sobre los posibles significados del término *inserere* ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 272.

garantía pignoraticia general. Con base en todas estas consideraciones, creo que la frase puede ser aceptada como clásica, y que lo único que hace el jurista en la misma es poner de manifiesto la existencia de una práctica cotidiana de introducir, en el escrito de reconocimiento de deuda por parte del deudor, una *conventio pignoris* referente a los *cetera bona* (29).

Y en estos convenios pignoraticios se establecía al parecer *ut specialiter rebus hypothecae nomine datis cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea adquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae*.

Esta parte final del pasaje, como he indicado ya, ha dado lugar a diversas interpretaciones: para algunos, la frase *specialiter rebus hypothecae nomine datis* debe considerarse como una interpolación, ya que desde el punto de vista gramatical constituye una mera repetición del *specialiter facta est*. Sin embargo Wagner (30) se ha mostrado, a mi entender acertadamente, contrario a esta interpretación. Para él, la frase puede ser auténtica y mediante ella Gayo se está refiriendo a la pignoración combinada. Para este autor alemán es posible que las partes hubieran establecido en un documento (*cautio*) que, aparte de unos bienes concretos y determinados del deudor, garantizaban también el cumplimiento de la obligación, los otros bienes que el deudor tenía en aquel momento y que llegara a tener después. Se entiende que la pignoración sobre los *cetera bona debitoris* sólo entraría en funcionamiento en el supuesto de que el bien o bienes concretos y determinados que garantizan el cumplimiento no fueran suficientes.

Esta pignoración combinada, según Manigk (31), supuso la base para la posterior autonomía de la pignoración general. Ahora bien, como muy bien ha puntualizado Wagner (32), pienso que no siempre fue exigido dicho acuerdo previo especial.

El texto finaliza con la siguiente frase: *perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae*. Esta mención no es nueva, aparece igualmente en Dig 20,2,6 (33): *ut perinde teneantur invecta et inlata, ac si specialiter convenisset*. En estas frases el empleo de la locución *perinde... atque* (34), puede plantear

(29) También en este sentido se pronuncia WAGNER, *Voraussetzungen*, 65 n 437. Confirma esta idea de la escrituriedad del acuerdo pignoraticio Dig 20,1,34,1 (§ 54).

(30) WAGNER, *Voraussetzungen*, 67-69.

(31) MANIGK, *Hypotheca*, 368.

(32) WAGNER, *Voraussetzungen*, 69.

(33) Ver el análisis de este texto en el capítulo II dedicado a la pignoración de *invecta et inlata* en garantía del pago de la renta urbana (§ 30).

(34) Sobre esta locución ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 421; R. KÜHNER-C. STEGMANN, *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache*, 2/2^e (Hannover 1914) 18, 449, 459.

problemas interpretativos. ¿Qué sentido tiene? Para Riccobono (35), la misma es una prueba de que los juristas romanos emplearon la analogía. Desde esta perspectiva se puede pensar que el significado de la expresión es el siguiente: la prenda general tiene afectos análogos a la prenda especial a pesar de su diferenciación estructural. Otra posible interpretación sería considerar que la expresión hace referencia a una ficción (36); como en una pignoración general hay unos bienes que han entrado en el patrimonio del deudor con posterioridad al acuerdo pignoratorio y por lo tanto en pura teoría no están pignorados, se finge que dichos bienes han formado parte del patrimonio del deudor en el momento de la *conventio* y que en dicho momento habían sido pignorados mediante un acuerdo de prenda en el que se determinaba que eran esos bienes en concreto y no otros los que garantizaban el cumplimiento de la obligación.

Pero al margen de estas posibles interpretaciones, creo interesante poner de manifiesto que esta locución referente a la pignoración especial, no aparece en todas las fuentes referentes a la prenda general. ¿Por qué? Una hipotética explicación puede ser la siguiente: esta cláusula sólo aparece en este pasaje de Gayo y no en otros textos de juristas posteriores, porque el texto que ahora se analiza es el primero en el que se menciona una pignoración de un conjunto de bienes presentes y futuros del deudor. Como aún la prenda general no está totalmente evolucionada y desarrollada, se hace esta referencia a la prenda especial. En el momento en que la pignoración de la prenda general alcanza autonomía propia, la cláusula ya no se menciona en las frases.

Con base en este análisis, creo que del texto de Gayo es posible extraer las condiciones siguientes: 1.—El contenido del texto se puede aceptar sustancialmente como clásico; 2.—Según mi interpretación no trata de una pignoración general en sentido estricto, sino de una pignoración combinada; es decir, una pignoración especial y otra pignoración que abarca al resto de los bienes futuros; 3.—Respecto al régimen jurídico de este tipo de pignoración, Gayo señala, indirectamente pero de forma expresa, la diferencia con un punto básico del régimen del *pignus* normal: la exigencia de la propiedad del deudor sobre los bienes pignorados en el momento de la constitución del *pignus*; 4.—Esta diferencia me induce a pensar que el acreedor pignoratorio en este supuesto podría emplear la *actio Serviana utilis*; 5.—El texto gayano, según mi opinión, permite suponer que la aplicación del régimen general del *pignus* a los casos de *pignus* general es un caso típico de interpretación extensiva basa-

(35) S. RICCOBONO, *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione nel diritto romano*, ScFerriniPav, 54. Sobre la analogía como fundamento de la solución ver E. BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians* (Köln-Graz 1965) 97-121.

(36) En este sentido M. GARCIA GARRIDO, *Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano*, AHDE 27-28 (1957-1958) 333. Sobre la ficción como fundamento de la solución ver BUND, [n 35] 122-177.

da fundamentalmente en la analogía de supuestos y (o) en cierto sentido de la ficción (*perinde ac*).

§ 69.—DIG 40,9,29,pr (Gai, Manum 1)

Generaliter pignori datus servus sine dubio pleno iure debitoris est et iustam libertatem ab eo consequi potest, si lex Aelia Sentia non impedit libertatem, [id est si solvendo sit nec ob id creditores videantur fraudari]

El texto es de Gayo, en concreto de su obra *De manumissionibus*. De los tres libros que constituyeron la misma, únicamente se nos ha transmitido cinco fragmentos (37). Para Schulz (38) la monografía podía ser, tanto una edición separada clásica o postclásica, como un resumen postclásico de una obra más amplia. Ante el poco material que se ha transmitido de esta obra, creo que es muy difícil pronunciarse expresamente sobre su autenticidad.

En el Digesto el texto está situado en el título noveno del libro 40, dedicado a analizar los problemas planteados por los esclavos que pese a ser manumitidos no se hacen libres, así como a determinar las personas que no pueden manumitir. Dado el escaso número de fragmentos procedentes de la monografía atribuida a Gayo (39), es difícil reconstruir el contexto originario de este texto. Sin embargo, del contenido de los mismos cabe deducir que estaba situado en un campo en el que el tema central era el de manumisión.

No todos los romanistas han aceptado la autenticidad del pasaje. Schulz (40), por considerar que el texto no trataba de la hipoteca general sino de la fiducia, reconstruyó el texto de la siguiente forma: [*Generaliter pignori <Fiducia> datus servus sine dubio iure [debitoris] <creditoris> est et iustam libertatem ab eo consequi potest, si lex Aelia Sentia non impedit libertatem, [id est si solvendo sit nec ob id creditores videantur fraudari] <per vindicationem>*].

En parecidos términos lo reconstruyó Beseler (41): [...] *servus <fiduciae causa creditori mancipio datus quia creditoris est ex iure Quiritium> [...] iustam libertatem ab eo consequi potest, si lex Aelia Sentia non impedit libertatem, [id est si solvendo sit nec ob id creditores videantur fraudari] <per vindicationem>*.

(37) En concreto Dig 27,10,17; Dig 40,2,25; Dig 40,1,25; Dig 40,4,57 y el que se analiza.

(38) SCHULZ, *GRR*, 325.

(39) LENEL, *Palingenesia* 1, 250; nrs 476-479.

(40) SCHULZ, *Fraudatorische Freilassung*, 278-279. Rebatío esta opinión W. ERBE, *Die Fiktion im römischen Recht* (Weimar 1940) 53 n. 5.

(41) BESELER, *Textkritische Studien*, ZSS 53 (1933) 15.

Ambas reconstrucciones pienso que pueden ser bastante discutibles. Schulz la fundamenta en la indistinción que, según él, se produjo en el derecho clásico entre prenda general y especial a efectos de manumisión. Este argumento sin embargo parece criticable, ya que como se va a ver a lo largo de este capítulo y se ha visto en el análisis de Dig 20,2,9 (Paul, OffPraefVig) (42) y de Dig 20,2,6 (Ulp, Ed 73) (43), se estableció en las fuentes una regulación diferente según que la pignoración hubiera sido general o especial.

Wagner considera la frase final: *id-fraudari* como una glosa aclaratoria pero acepta la autenticidad del resto (44). A mi entender, el contenido del texto puede aceptarse como clásico, si bien como voy a intentar poner de manifiesto a lo largo de este análisis, tanto la expresión inicial, *generaliter pignori datus servus*, como la frase final, *id est-fraudari*, pueden hacer dudar de su autenticidad.

El pasaje comienza con la expresión *generaliter pignori datus servus*, que plantea el problema inicial de determinar el posible significado y la autenticidad del adverbio *generaliter*. Este término, junto con el adjetivo *generalis*, aparece repetidamente en las fuentes (45). El adjetivo, unas veces se limita a calificar a la *conventio* (46) o la *obligatio* (47) como *generalis* sin especificar nada más; otras veces hace referencia a los bienes presentes y futuros del deudor (48). El adverbio en relación con el *pignus*, al margen de este texto de Gayo, lo he encontrado en Dig 20,4,2 (Pap, Resp 3). En el texto de Papiniano, que analizo también en este capítulo (49), el adverbio aparece en la expresión *Qui generaliter bona debitoris pignori accepit*, que como se puede apreciar se diferencia bastante de la del texto de Gayo que ahora estudio. Mientras que Papiniano utiliza el neutro plural para referirse a la pignoración de, se entiende, todos los bienes del deudor, Gayo habla de un bien concreto y determinado: un *servus*, que *generaliter pignori datus*. Sin embargo, creo que la peculiaridad de la expresión no es indicio suficiente para descartar la autenticidad del texto. Al igual que Wagner (50), pienso que el adverbio puede ser considerado como auténtico; en mi opinión, el mismo está haciendo referencia a la existencia de una pignoración general, siendo el esclavo uno de los elementos de los bienes del deudor que ha sido pignorados de forma general.

(42) Ver el párrafo 26 en el capítulo segundo.

(43) Ver el análisis de este texto en el capítulo segundo, párrafo 30.

(44) WAGNER, *Freiheitserteilung*, 188. En este punto sigue a TUMEDEL, *Sui requisiti che deve avere il servo per essere istituito erede dal suo padrone*, RISG 64 (1920) 75 n 1 (obra que sólo conozco a través de la cita de Wagner).

(45) *VIR* 2, 983-985 y HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 227.

(46) Por ejemplo Dig 20,1,29,pr (Paul, Resp 5).

(47) Dig 20,1,8 (Ulp, Ed 73).

(48) Por ejemplo Dig 20,1,1,pr (Pap, Resp 11); Dig 20,1,6 (Ulp, Ed 73).

(49) Ver § 74.

(50) WAGNER, *Freiheitserteilung*, 163-165.

Y creo que el adverbio es auténtico y que sólo puede referirse a la prenda general fundamentalmente por la siguiente razón: en el supuesto hipotético de que la pignoración hubiera sido especial, es decir, que el esclavo hubiera sido el objeto específicamente gravado en garantía de una obligación mediante un acuerdo expreso, dicha manumisión no hubiera sido permitida (51), ya que con dicho acto se está defraudando abiertamente al acreedor. Dicha manumisión sólo tiene sentido, desde mi perspectiva interpretativa, en un contexto de prenda general, en la cual, no es un bien en concreto el gravado sino un conjunto de bienes que constituyen el patrimonio del deudor. Aunque el deudor manumita el esclavo, se supone que hay bienes suficientes en el patrimonio que garanticen el cumplimiento de la obligación. Igualmente, creo que permite mantener esta interpretación de que se está ante un supuesto de pignoración general, el paralelismo que se establece entre la facultad de enajenar y la de manumitir de un deudor pignoraticio. Se ha visto al analizar las fuentes referentes al *pignus tabernae* y al *pignus gregis* (52), que el acreedor podía enajenar libremente los ejemplos que constituían el objeto pignorado, ya que el gravamen recaía no sobre dichos elementos a título individual, sino sobre la tienda o el rebaño. El realizar este acto de disposición (la enajenación) no le estaba prohibida al deudor. Por ello en este supuesto en el que el objeto pignorado, según mi interpretación, es el patrimonio del deudor, es lógico que, de forma análoga a lo que ocurre en los otros supuestos de pignoración de colectividad, al deudor se le permita manumitir al esclavo pignorado de forma general. Por todo ello, creo que el adverbio tiene sentido interpretado como una referencia a la prenda general.

En este inicio del fragmento resulta igualmente chocante la expresión *pignori datus servus*. Puede sorprender que si se está ante una pignoración global del patrimonio del deudor, se hable de un esclavo dado en prenda. Es claro que dicho traslado de posesión no se ha producido, y que, por lo tanto, como ocurre otras veces, la locución se debe entender no en sentido estricto, sino como referida a una prenda sin desplazamiento (53).

Partiendo de esta premisa, indica Gayo que el esclavo es del deudor y que puede alcanzar la libertad, libertad que es calificada como *iusta*. Este adjetivo en la locución *iustam libertatem consequi*, que no es extraña a las fuentes (54), creo que tiene un significado muy claro: al calificar la libertad de *iusta*, se quiere decir que la misma es legítima, es decir, que se realiza conforme a derecho, en concreto conforme al *Ius civile* (55).

(51) En este sentido se pronuncia al menos Dig 40,9,4 (Ulp, Disput 3).

(52) Ver §§ 53-56.

(53) Ver la relación de fuentes que menciona WAGNER, *Freiheitserteilung*, 182-183, en que la locución tiene este significado.

(54) Ver por ejemplo Dig 36,1,17,17 (Ulp, Fideic 4); Dig 40,1,8,3 (Marc, FormHypoth); CJ 7,4,2 (213 p.C.?).

(55) Ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 302-303.

Ahora bien, según el pasaje de Gayo, esta manumisión es posible siempre que la *Lex Aelia Sentia non impediatur libertatem* (56). Como se sabe, esta ley impedía realizar manumisiones en fraude de acreedores (57). Parece lógico por lo tanto que en el presente caso, al igual que en cualquier tipo de manumisión, se condicione la misma a la existencia o no de fraude. En el supuesto de que no hubiera tenido lugar fraude alguno, la manumisión era *iusta*, en el supuesto contrario no lo era.

El texto finaliza señalando la hipótesis en que la Ley Sencia no impide la manumisión: cuando el deudor es solvente y no se defrauda a los acreedores. Coincidió con Wagner (58) en que esta frase final *id est-fraudari*, tal como está formulada, tiene el aspecto de ser una glosa postclásica de carácter aclaratorio: si la ley no impide la libertad del esclavo manumitido es porque se entiende que no hay fraude de acreedores. Por lo tanto, donde esta perspectiva no parece excesivo considerar la frase *id est-in fine*, por su carácter reiterativo, una aclaración postclásica.

Tras haber realizado este análisis del pasaje gayano, creo que es posible deducir del mismo lo siguiente: 1.—Por lo que hace referencia a su claridad, si bien hay indicios de una posible manipulación (la locución inicial: *generaliter pignori datus servus*, la frase final: *id est-fraudari*) el contenido del texto se puede aceptar como clásico; 2.—Para Gayo la manumisión del esclavo pignorado es válida, siempre y cuando no suponga un fraude a los acreedores; 3.—Si bien el texto de Gayo no lo dice expresamente, según mi hipótesis interpretativa, dicha manumisión es válida porque se está ante un objeto gravado mediante una prenda general y, por lo tanto, el deudor, análogamente a lo que ocurría en los casos de *pignus tabernae* y *gregis* en que se le reconocía la posibilidad de enajenar, puede realizar dicha manumisión. Si el esclavo hubiera sido pignorado de forma especial, es claro que su enajenación o manumisión no hubiera estado permitida, pero como, tal como he interpretado el pasaje, el objeto gravado está constituido por todo un patrimonio. En este caso es lógico que se le permita al deudor realizar actos de disposición, ya que se supone que hay otros bienes en su patrimonio que permitirán al acreedor satisficarse, caso de que incumpla la obligación.

(56) Esta locución también aparece en Dig 40,9,24 (Terenc, LeglulPap 9); Dig 40,9,8,1 (Afric, Quaest 3); Dig 40,9,11 (Marc, Inst 13); Dig 40,9,16,5 (Paul, AelSent 3); II 1,6,3.

(57) Comenta este aspecto en especial, al margen de SCHULZ, *Fraudatorische Freilassung*, 187 ss; W. W. BUCKLAND, *The roman law of slavery* (Cambridge 1908 = 1970) 573; A. METRO, *La lex Aelia Sentia e le manomissioni fraudolente*, Labeo 7 (1961) 147-200; X. D'ORS, *La ley «Aelia Sentia» y las manumisiones testamentarias*, SDHI 40 (1974) 425-434.

(58) Ver lo indicado en la nota 44.

§ 70.—DIG 20,1,34,2 (Scaev, Dig 27)

Creditor pignori accepit a debitore quidquid in bonis habet habiturusve esset: quaesitum est, an corpora pecuniae, quam idem debitor ab alio mutuam accepit, cum in bonis eius facta sint, obligata creditori pignori[s] esse coeperint. Respondit coepisse.

El texto procede de los *Digesta* (S9) de Escévola (60). En el Digesto el pasaje está situado en el título primero del libro 20 que trata de la constitución del derecho de prenda o hipoteca. La reconstrucción palingenésica (51) permite deducir que Escévola en el libro 27 se dedicó a comentar diferentes problemas que podían plantearse en las relaciones de prenda.

De la redacción actual del pasaje, se deduce que el problema consultado al jurista es el siguiente: En la pignoración de todos los bienes presentes y futuros del deudor, ¿entra aquel dinero que éste recibió en préstamo y pasó a ser propiedad del deudor? Cuestión a la que el jurista responde de forma afirmativa.

El único indicio de reelaboración que se encuentra en el pasaje, es el término *pignoris* en la locución *obligata creditor pignoris esse*. Por ello se ha procurado su desaparición, o su sustitución por *pignori* (62), solución esta última que me parece correcta.

El texto comienza haciendo referencia a una pignoración de todos los bienes. No se califica a la misma de *generalis*, sino que para referirse a ella se utiliza la locución *quidquid bonis habet habiturusve*. Y en esta locución me llama la atención el uso de los términos *in bonis*, ya que en otras fuentes en las que se utiliza este giro para referirse a esta pignoración, las palabras *in bonis* no aparecen (63).

Esta mención ha dado lugar a discrepancias en los romanistas a la hora de interpretar su significado en este texto. Mientras que para Wubbe el mismo no plantea problemas de cara a su interpretación: al exigir la *actio Serviana* este requisito, exigiría que el deudor tuviera simplemente el objeto (64); para Wagner (65) el texto es una muestra de como *in bonis* no puede ser interpretado de esta forma, ya que en ese caso, la respuesta planteada al jurista sería

(59) Sobre los problemas planteados por la transmisión de la obra ver lo indicado en el análisis de Dig 20,4,21,1 (§ 24).

(60) Sobre este jurista ver lo indicado en el análisis de Dig 20,1,32 (§ 8).

(61) LENEL, *Palingenesia* 2, 264-265; nrs 117-118.

(62) Esta es la solución propuesta por MANICK, *Pfandrechtliche Untersuchungen*, 106. FREZZA, *Garanzie* 2, 135 cree que el término es una glosa.

(63) Por ejemplo Dig 20,1,6 (Ulp, Ed 73); Dig 49,14,28 (Ulp, Disput 3); Dig 20,4,21.pr (Scaev, Dig 27); Dig 40,8,6 (Marc, FormHypoth); CJ 7,8,3 (209 p.C.).

(64) F. WUBBE, *ZSS* 89 (1972) 436.

(65) WAGNER, *Voraussetzungen*, 110 n 695.

supérflua. Y pienso que esta argumentación es correcta, ya que evidentemente el deudor mutuario tiene la cantidad prestada, lo cual, desde la perspectiva de Wubbe, no hubiera dado lugar al litigio. Ello demuestra, por lo tanto, que la locución *in bonis* no puede ser interpretada en el sentido en que lo hace Wubbe, y que la misma en este caso tiene que ser interpretada al menos como sinónimo de propiedad, puesto que en el mutuo, como se sabe, el mutuario entrega al mutuario la propiedad del objeto, en este caso dinero (66).

Con base en este análisis creo que del presente texto es posible deducir lo siguiente: 1.—Por lo que se refiere a su autenticidad, en el pasaje, salvo el *pignoris* final, no parecen existir indicios de manipulación; 2.—Hace referencia a una pignoración general mediante la locución *quidquid in bonis habet habiturusve esset*; 3.—Establece que el dinero otorgado en préstamo al deudor desde el momento en que pasa a ser propiedad suya queda pignorado.

§ 71.—DIG 20,4,21,pr (Scaev, Dig 27)

Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua quae habebat quaeque habiturus esset: postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit: et intulit Seiae partem debiti et reliquam summam novatione facta eidem promissit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. Quaesitum est, an Seia praefenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habituit, item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequatur. Respondit nihil proponi, cur non sit praefenda.

El presente texto procede de los *Digesta* de Escévola (67). En el Digesto el pasaje está situado en el título cuarto del libro veinte, dedicado a establecer los criterios por los que se regulan los supuestos de pluralidad de prendas sobre un mismo objeto. En la reconstrucción palingenésica se aprecia como este fragmento, junto con Dig 20,1,34 constituían parte del libro 27 de los *Digesta* de Escévola, donde se trataban de comentar diferentes problemas derivados de la relación de prenda, entre los cuales estaba evidentemente el planteado por este texto.

El pasaje, que no presenta a mi entender muestras de reelaboración (69), plantea el siguiente problema: Ticio ha pignorado todos los bienes presentes y

(66) Sobre el mutuo ver KASER, *RPR* 1², 530-533, con la bibliografía allí citada.

(67) Sobre la problemática planteada por la transmisión de la obra ver lo indicado en el análisis de Dig 20,4,21,1, texto estudiado en el capítulo II de este trabajo (§ 21).

(68) LENELE, *Palingenesia* 2, 264-265; nrs 117-118. Pero este tema de prenda no era el único tratado en el libro 27, ya que se nos ha transmitido un fragmento (Dig 44,4,12) dedicado a la excepción de dolo malo.

(69) G. BESELER, *Miszellen*, ZSS 45 (1925) 477.

futuros (*omnia bona sua quae habebat quaeque habiturus esset*) a Seia. Después pignora al Fisco todas sus cosas (*res suas omnes*). Paga parte de la deuda a Seia, y por el resto constituye una nueva obligación mediante novación, garantizándola de nuevo mediante una prenda general. Se pregunta al jurista si Seia es preferente respecto al segundo acreedor (el Fisco) en las cosas que Ticio tenía en el momento de constituir la primera obligación, o también en las cosas que éste adquirió después. Ante esta cuestión, Escévola establece la preferencia de Seia.

El texto comienza haciendo referencia a una prenda general de todos los bienes presentes y futuros, constituida por Ticio a favor de Seia. Y este derecho de prenda ha surgido para garantizar el pago de la cantidad de dinero a la que había sido condenado Ticio, tutor de Seia, a consecuencia de la tutela. A continuación Ticio toma dinero en préstamo del Fisco, y garantiza la devolución de esa cantidad con *res suas omnes*. El que a diferencia de la primera prenda, se emplee en esta segunda esta locución, ha planteado problemas de interpretación: ¿se está ante una pignoración general, es decir, de todos los bienes presentes y futuros del acreedor, o, por el contrario, Ticio, en este supuesto, ha pignorado a favor del Fisco únicamente los bienes presentes? Los estudiosos del pasaje no han sido unánimes en su respuesta. Para unos la prenda a favor del Fisco es indudablemente de carácter general (70), para otros no (71). En mi opinión interpretar esta locución *res suas omnes* en uno u otro sentido no tiene mayor trascendencia, ya que, según mi interpretación la respuesta del jurista no afecta a estos bienes, ya sean únicamente presentes o sean también futuros.

Seguidamente el pasaje indica cómo Ticio pagó parte de la cantidad que debía abonar a Seya. Respecto al resto de la deuda, se realizó una estipulación novatoria, en la cual Ticio prometió a Seya abonar la cantidad debida. Pero, como se indica en el texto, esta nueva obligación surgida de la estipulación fue convenida *similiter* (72) *ut supra de pignore*, es decir, que Ticio constituyó a favor de Seya un derecho de prenda semejante al constituido anteriormente por él, por lo tanto, una prenda general sobre los bienes presentes y futuros.

En principio, esta tercera pignoración parece que no debe ocasionar un problema de rango. Teóricamente Seya respecto a la nueva prenda general surgida de la estipulación parece que debe ser posterior al Fisco, en cuanto que el convenio de prenda se ha realizado después. Sin embargo, la respuesta

(70) En este sentido DERNBURG, P. I, 249; FREZZA, *Garanzie* 2, 174; E. WEISS, *Principale rechtliche Untersuchungen* 1 (Weimar 1909) 143 n 1; WIEACKER, *Protopraxis*, 246; MIQUEL, *Rango hipotecario*, 291.

(71) CARCATERRA, *Cose future*, 158; WAGNER, *Legalhypothesen*, 185.

(72) Sobre los posibles significados del término ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 540-541.

de Escévola parece otorgarle preferencia absoluta. ¿Cómo se entiende esta respuesta? La romanística actual ha dado dos posibles fundamentaciones a la misma. Kaser (73) la justifica en virtud de la *successio in locum*, que tácitamente ha debido realizarse mediante la estipulación novatoria. Sin embargo Ankum (74) se muestra contrario a esta afirmación; para él el primer jurista que recoge expresamente la locución *succedere in locum suum* es Papiniano (75), jurista algo posterior a Escévola. Por lo tanto, según él, la preferencia de Seya se debe justificar de otra forma, que podría ser la siguiente: en la época de Escévola la estipulación novatoria no daba lugar a la extinción del derecho de prenda. Y esta respuesta de Ankum, pese a tener la dificultad de no aclarar convincentemente la existencia del segundo derecho de prenda constituido por Ticio a favor de Seya, creo que se debe aceptar como válida, ya que está sólidamente fundamentada en las fuentes.

Y esta preferencia, en mi opinión, es sobre todos los objetos que hubieran estado a disposición del acreedor primero llegado el momento de la ejecución. Esto es: a) las cosas existentes en el patrimonio del deudor cuando se constituyó la garantía y que permanecieran en el mismo en el momento del vencimiento; estos objetos no presentan ningún problema, ya que como cosas *in bonis* del deudor quedan pignoradas a favor del acreedor desde el momento del acuerdo; b) las cosas que el deudor ha introducido en su patrimonio después de la constitución de la prenda a favor de Seia, siempre que permanezcan en él hasta el momento del vencimiento de la obligación. Estas cosas futuras quedan gravadas a favor de Seia, siempre que adquieran consistencia real, lo cual ocurrirá en el momento que entren en el patrimonio del deudor.

Según se ha visto en este texto, Seia es preferente al Fisco. El problema surge cuando se compara este contenido con lo que Ulpiano establece en Dig 49,14,28 (76), pasaje en el que se declara preferente al Fisco. Para hacer compatibles el contenido contrapuesto de los textos se han dado diferentes respuestas: Kaser (77), Carcaterra (78) y Ankum (79) consideran que para Escévola el derecho del Fisco era aún desconocido. Frezza (80) considera que la respuesta de Papiniano recogida por Ulpiano (Dig 49,14,28) puede ser considerada como una innovación respecto a la disciplina jurídica de la época anterior, en cuanto que desde Augusto a los Antoninos el Fisco tenía sólo un privilegio respecto a los créditos de derecho público (tributos) funcionando

(73) KASER, *RPR* 1², 468 n 60.

(74) H. ANKUM, *Pignus und Novatio im klassischen römischen Recht*, FstSeidl, 12-13.

(75) En Dig 20,4,12,5 (Marc, FormHypoth).

(76) Pasaje que se va a analizar en este mismo capítulo (§ 81).

(77) KASER, *RPR* 1², 466 n 36.

(78) CARCATERRA, *Cose future*, 158.

(79) ANKUM, [74] 12 n 56.

(80) FREZZA, *Garanzie* 2, 123 n 1-2 y 124.

como un particular más en los otros créditos. Wieacker (81), seguido por Mi-quel (82), ante esta dualidad de criterios, considera con base en las fuentes que no se puede demostrar la preferencia del Fisco respecto a derechos de prenda anteriores. Para este autor alemán, las diferencias locales suponen una aplicación diferente de la protopraxia: mientras que en Egipto funcionó ya desde el año 68 p.C., su paso a la administración provincial y finalmente a la imperial se realizó con posterioridad. Ello puede explicar el hecho de que en unas fuentes se otorgue preferencia al Fisco, mientras que en otras ocurre lo contrario.

En mi opinión la discrepancia no tiene mayor importancia, y únicamente sirve para poner de manifiesto como la prenda general a favor del Fisco sufrió una evolución en su regulación. En esta época de Escévola, el Fisco podía actuar como un particular, y como tal ser titular de un derecho de prenda.

Con base en este análisis del texto de Escévola, creo que es posible extraer las siguientes conclusiones: 1.—De la exposición de hechos efectuada en el pasaje, parece claro que el tema a solucionar por Escévola hacia referencia a un supuesto de pluralidad de regímenes pignoraticios sobre un mismo objeto (la totalidad de los bienes presentes y futuros del deudor); 2.—Desde el punto de vista terminológico, de este pasaje se puede deducir que para referirse a la pignoración de todo el patrimonio del deudor, Escévola emplea la perifrasis: *omnia bona sua quae habebat quaeque habiturus esset*; 3.—Según la hipótesis interpretativa de Ankum, aceptada por mí, la novación en época de este jurista no producía la extinción automática del derecho de prenda; 4.—Seya como primer acreedor en el tiempo era preferente al Fisco, segundo acreedor que, tal como se ha interpretado el pasaje, actúa como un particular respecto a todos los bienes del deudor.

§ 72.—DIG 31,89,4 (Scaev, Resp 4)

Quattuor filios aequis partibus instituit et fundum per praeceptionem singulis legavit: filii, cum universa bona patris obligata essent, mutua accepta pecunia hereditario creditori solverunt et posteriori obligaverunt, qui, cum ei debitum, non solveretur, praedia universa lege pignoris uni ex heredibus vendidit: quaeritur, an, cum iste filius ex causa emptio-nis ea possideat, fratribus et coheredibus fideicommissi petitio esset an vero ea perempta esset, cum communiter universa sequenti creditori obligaverint. Respondi actionem quidem fideicommissi in personam competentem omnibus invicem manere: non autem fideicommissum restitutum est, nisi prius debitum ab eis emptori eidemque coheredi persolveretur.

(81) WIEACKER, *Protopraxite*, 218-257, en especial de la página 252 en adelante, donde el autor estudia las fuentes griegas y romanas del Principado.

(82) MIQUEL, *Rango hipotecario*, 292.

El pasaje es de Escévola (83), en concreto de sus *Responsa* (84). En el Digesto está situado en el fragmento 89 del libro 31, donde se trata de los legados y fideicomisos. Igualmente, la reconstrucción palingénica que Lenel efectuó del libro cuarto, permite pensar que el tema central planteado en esta parte del mismo hacía referencia a los legados y fideicomisos (85), ya que hay siete fragmentos dedicados a este tema. Por lo que hace referencia al contexto inmediato, cabe señalar que tanto los párrafos anteriores (Dig 31,89.pr-3), como los posteriores (Dig 31,89,5-7) también hacen referencia a estos problemas.

El asunto tratado en el pasaje según la redacción actual del texto parece ser el siguiente: muere el causante nombrando herederos a partes iguales a sus cuatro hijos y prelegando un fundo a cada uno de ellos. Como los hijos del testador, que había pignorado *universa bona*, no tienen bienes suficientes en la herencia para pagar al acreedor, piden dinero en préstamo, garantizando la devolución del mismo con un derecho de prenda sobre esos mismos bienes. Como no devuelven la cantidad recibida en préstamo en el momento del vencimiento, el acreedor pignoraticio enajena la totalidad de los fondos pignorados resarcándose de su deuda con el dinero obtenido en la venta. El comprador de los bienes pignorados es uno de los coherederos, planteándose la cuestión de si sus hermanos podían pedirle el fideicomiso. A ello Escévola responde que sí lo podían hacer, siempre y cuando paguen previamente la totalidad de la deuda.

Del contenido del texto, sólo me interesa la referencia que en el mismo se hace a la pignoración de *universa bona*. Esta locución no es la única vez que aparece en las fuentes para referirse a la pignoración general. Como se va a ver a lo largo de este capítulo, también se menciona en tres constituciones imperiales: CJ 8,13,2 (204 p.C.) (86); CJ 8,25,3 (227p.C.) (87) y CJ 8,33,1 (229 p.C.) (88). En concreto, en una de ellas se dice que *universa bona generatiter... pignori accepisse*, lo que permite pensar que esta locución se empleó para referirse a la pignoración general, es decir, a la pignoración de todos los bienes presentes y futuros del deudor.

Como en el caso que se analiza el deudor muere, parece lógico considerar que la pignoración general se ha concretado en los bienes que en el momento de la muerte del deudor componían su patrimonio. Estos bienes habían sido gravados por el padre con garantía de una obligación desconocida. Le-

(83) Sobre la problemática planteada por este autor ver lo indicado en el análisis de Dig 20,1,32, texto estudiado en el capítulo I (§ 8).

(84) Sobre la problemática planteada por la transmisión de esta obra ver lo indicado en el análisis de Dig 20,1,32, texto estudiado en el capítulo I (§ 8).

(85) LENEL, *Palinnesia* 2, 306-309, nrs 278-284.

(86) Ver el análisis de este texto en este mismo capítulo (§ 84).

(87) Ver el análisis de este texto en este mismo capítulo (§ 87).

(88) Ver el análisis de este texto en este mismo capítulo (§ 88).

gado el momento del vencimiento, el acreedor pide que se le abone su deuda. Como los herederos no tienen dinero, solicitan una cantidad en préstamo, garantizando la devolución de la misma con los bienes de la herencia. Se entienda de que con el dinero obtenido pagan al primer acreedor, desapareciendo con ello el derecho de prenda existente a su favor. Pero llega el momento de la devolución del préstamo y, ante el impago, el acreedor ejercita su *ius vendendi* sobre parte de los bienes de la herencia, en concreto los fundos. El comprador de estos fundos resulta ser uno de los coherederos. Los otros coherederos plantean la cuestión de si tienen o no derecho a pedirle el fideicomiso (89). Esta cuestión permite pensar que el prelegado ha sido considerado como un prefideicomiso (90). Según el texto, en este caso los hermanos coherederos van a poder emplear la *actio fideicommissi* (91) para dirigirse contra el comprador sólo en el caso de que le paguen previamente la deuda. Lógicamente cabe pensar que la cantidad pagada por el coheredero comprador, que ha comprado los *praedia hereditatis* era idéntica a la cantidad debida. Este heredero comprador ha pagado la totalidad de la deuda. Una parte de la misma lógicamente la debe de pagar él, las otras tres deben ser pagadas por los otros hijos del causante. Por lo tanto, hasta que ellos no abonen estas tres partes restantes no tendrán derecho a emplear la acción.

El análisis de este pasaje no tiene interés directo en el tema objeto de estudio, ya que el problema central hace referencia a los legados y los fideicomisos. Sin embargo creo que el pasaje tiene interés: 1.—Por la mención que hace a una pignoración que tenía por objeto *universa bona*, locución que según mi interpretación, se puede referir a la pignoración general; 2.—El texto no dice nada acerca del contenido de esta pignoración pero, tal como he indicado en el análisis, creo posible mantener la hipótesis de que la prenda general se concretaba en todos los bienes que el deudor tuviera en su patrimonio en el momento de su muerte.

§ 73.—DIG 20,1,1,pr (Pap, Resp 11)

Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei qui pignus dabat debita, postea debitori dominio quaesito difficilium creditor, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilius erit possidenti retentio.

(89) Se podría pensar que las palabras *fideicommissi petitio* son de carácter compilatorio, ya que en este época no se distinguía entre legado y fideicomiso.

(90) Ver P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*, 2^o (Milano 1963) 245-246.

(91) Cuestiona la autenticidad de la misma KASER, *RPR* 1^o, 759 n 29.

El pasaje es de Papiniano, en concreto de su obra *Responsa* (92). En el Digesto el texto está situado en el título primero del libro 20, dedicado a exponer las formas de contracción del derecho de prenda e hipoteca. Los siete fragmentos que referidos a la prenda (93) se nos ha transmitido en el libro once, permiten deducir que el pasaje se situaba en un contexto en el que el tema central consistía en comentar la *formula hypothecaria*. Por lo que se refiere al contexto inmediato, los párrafos que siguen al *principium* ponen de manifiesto cómo Papiniano en este pasaje analizaba diferentes supuestos de derecho de prenda en los que variaba el objeto sobre el que se había constituido el gravamen: frutos en los párrafos segundo y tercero y un fundo en el párrafo cuarto.

El texto comienza poniendo de manifiesto la posibilidad de constituir un convenio de prenda que abarque tanto a los bienes presentes como futuros del deudor. A continuación, cuestiona la posibilidad de que el acreedor pignoraticio emplee la *actio* <*Serviana*> *utilis* cuando el objeto pignorado de forma especial por el deudor haya sido un bien ajeno.

El pasaje, que se ha calificado como importante y difícil (94), ha sido objeto de un detenido estudio crítico por parte de los romanistas. Así por ejemplo Rabel (95) considera interpolada la frase *qui non ignoravit alienum*; Siber (96) elimina *difficilius* y *facilior* añadiendo *non* delante de *dabitur*; Volterra (97) reconstruye el párrafo de la siguiente manera: *Conventio generalis in pig-nore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei qui pignus dabat debita, postea debitori dominio quaesito [difficilius] creditori, [qui non ignoravit alienum] utilis actio dabitur, [sed facilior erit possidente retentio]*. Koschaker (98), al margen de mostrarse de acuerdo con algunas de estas matizaciones, pone de manifiesto la impresión global de no claridad que produce el texto y su posición de reelaboración. Sin embargo, Frezza (99), Wagner (100), Tondo (101) y

(92) Sobre la problemática planteada por este autor y esta obra, ver el análisis de Dig 19,2,53 en el capítulo dedicado a la pignoración de frutos (§ 44).

(93) LENEL, *Palingenesia* 1, 930-931; nrs 652-658. Pero en este libro once Papiniano trataba también de otros temas diferentes a la prenda como por ejemplo: *de interdicto fraudatorio* (nr 659); *de exceptione temporis* (nr 660); *de exceptione rei iudicatae* (nr 661); *de stipulationibus* (nrs 662-666); *de adpromissoribus* (nrs 667-668); *de solutionibus et liberationibus* (nrs 669-673) y de *conferenda dote* (nr 674).

(94) TONDO, *Convalida*, 7.

(95) E. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts* (München, Leipzig, Berlin 1915) 495 n 4 que conozco a través de *Index Interpolationum* 1, 379.

(96) H. SIBER, *Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio* (Leipzig 1907) 122-123.

(97) VOLTERRA, *Osservazioni*, 38-41.

(98) P. KOSCHAKER, *Fr 9, 3 D. 20, 4, Ein Beitrag zur Lehre vom Nachpfandrecht und vom Bedingten Rechtsgeschäft*, ScrfFerrini 3, 243.

(99) FREZZA, *Garanzie* 2, 139.

(100) WAGNER, *Voraussetzungen*, 6-9.

(101) TONDO, *Convalida*, 7-14.

Kaser (102) mantienen que la doctrina contenida en el mismo es clásica. En mi opinión, el texto en su estado actual puede aceptarse como clásico, ya que la contraposición que en el mismo se establece entre *conventio generalis-conventio specialis* creo que tiene pleno sentido.

A mi entender, en el texto se pueden diferenciar claramente dos partes: a) la afirmación inicial referente a la *conventio generalis* y b) desde *in speciem* hasta el final, donde se plantea un problema de prenda especial.

La primera fase es la que a mí me interesa más, ya que en la misma se habla de una *conventio generalis*. Pero ¿cómo se puede entender esta locución? Para Wagner el que en este caso a la pignoración de los bienes presentes y futuros se le califique de general, no quiere decir que la pignoración del patrimonio constituya el único caso de convención general (103). Como he indicado ya (104), para este autor prenda general significa pignoración en bloque. Por lo tanto, la pignoración de los bienes presentes y futuros que aparece en el texto es sólo una clase de prenda general. Yo sin embargo, discrepo de esta interpretación. En este caso concreto, la pignoración de bienes presentes y futuros del deudor es calificada de general. Por lo tanto, con base en este texto, creo que se puede considerar como *conventio generalis* aquel acuerdo en virtud del cual los bienes presentes y futuros del deudor quedan gravados.

Desde el punto de vista gramatical, en esta primera parte del texto nos llaman la atención la frase *in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum*. A pesar de que aparentemente, debido al empleo de la locución *pignus datum*, se podría pensar que se está ante un supuesto de prenda con desplazamiento, es claro que no es así. Sin lugar a dudas el caso es de prenda sin desplazamiento (105). Y la prenda abarca *bonorum vel postea quaesitorum*. Estas últimas palabras parece lógico pensar que se refieren a una pignoración de los bienes presentes y futuros del deudor. Sin embargo, Papiniano, en lugar de emplear las expresiones *quae habet habiturusve esset* (106), *quae habet quaeque habiturus esset* (107), etc., habituales en las fuentes para referirse a este tipo de pignoración, ha empleado esta otra menos frecuente, en la cual el *postea* parece hacer referencia a los bienes que entren en el patrimonio del deudor después del acuerdo de prenda.

(102) KASER, ZSS 78 (1961) 465-469.

(103) WAGNER, *Voraussetzungen*, 6.

(104) Ver introducción a este capítulo (§ 67).

(105) Sobre el múltiple significado de la locución *pignus datum* ver lo indicado en el análisis de Dig 40.9.29-pr (Gai, Manum 1) (§ 69).

(106) Ver por ejemplo Dig 40.8.6 (Marc, FormHypoth) (§ 82).

(107) Ver por ejemplo CJ 7.8.3 (209 p.C.) (§ 85).

Se pone fin a esta primera parte indicando que la *conventio generalis recepta est*, es decir, que en época de Papiniano la posibilidad de constituir un gravamen sobre bienes presentes y futuros estaba totalmente admitida (108).

A continuación el texto de Papiniano cambia de problemática; deja a un lado el tema de la *conventio generalis*. Comienza con las palabras *in speciem*, que en mi opinión, se deben entender referidas a la *conventio*. Respecto a esta locución cabe indicar que quizás hubiera sido más lógico emplear el adjetivo *specialis* en contraposición al de *generalis* en lugar de esta construcción. Sin embargo, el empleo de la misma, a mi entender, no deja dudas sobre la existencia de una *prenda specialis* (109). Ahora bien, ¿qué significa *prenda specialis* en contraposición a *generalis*? El adjetivo *specialis* y el adverbio *specialiter* aparece frecuentemente en las fuentes referidas a la *prenda* (110). En mi opinión una posible interpretación del mismo, cuando va unido al término *conventio* como he indicado en el análisis de Dig 20,1,15,1 (111) puede ser la siguiente: hace referencia a aquella *prenda* en virtud de la cual uno o varios bienes concretos y determinados quedan gravados a favor del acreedor mediante un acuerdo expreso. Según esta interpretación de *conventio specialis*, Papiniano en este texto establece que: el acreedor pignoraticio que tenga a su favor en base a una *conventio specialis* un derecho de *prenda* sobre una cosa ajena y no debida al deudor, difícilmente podrá emplear la *actio utilis*, incluso en el supuesto en que el deudor adquiriera la propiedad del objeto ajeno, en cambio podrá retener el objeto pignorado oponiendo una *exceptio doli*, se entendiende siempre que lo posea.

La cuestión previa que esta segunda parte del texto plantea es en mi opinión la siguiente: ¿Por qué Papiniano pasa a tratar de la pignoración de una cosa ajena, después de hablar de una pignoración surgida en base a una *conventio generalis*? ¿existe acaso entre ambas algún tipo de relación? una posible respuesta a esta cuestión podría ser el que en ambos casos existe un problema común. En la *prenda* que grava bienes presentes y futuros del deudor, hay una serie de bienes que por hipótesis van a entrar en el patrimonio del deudor *post conventionem generalem*. En la *prenda* surgida de esta *conventio specialis* parece que se está ante un supuesto en el que el bien, por ser una cosa debida al deudor, entra en su patrimonio *post conventionem specialem*. Por lo tanto, en ambos casos estamos ante unos supuestos en que el objeto gravado, que se intenta conseguir mediante el empleo de la *actio Serviana*, no

(108) Sobre las múltiples acepciones del término *recipere* y sus derivados ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 493-494.

(109) En este mismo sentido se manifiesta también KASER, *Studien* 3,78 = *Studien*, 204 n 272.

(110) Ver por ejemplo Dig 20,1,1,1 (Pap, Resp 11) (§ 73); Dig 20,1,15,1 (Gai, *FormHypoth*) (§ 68); Dig 20,2,6 (Ulp, Ed 73) (§ 30).

(111) Ver este mismo capítulo (§ 68).

(112) Ver el capítulo dedicado a la pignoración de frutos (§ 40).

estaba *in bonis debitoris* en el momento de la *conventio*. De ahí que se hable de una *actio* <*Serviana*> *utilis*. En el caso de la prenda general dicha acción se concede al acreedor sin ningún tipo de dificultad, ya que por tratarse de una prenda general, parece bastante probable que el bien que no está aún en el patrimonio del deudor entrará en el mismo; en el segundo caso, el de una *res aliena non debita*, parece lógico que dicha acción difícilmente se conceda, ya que parece bastante improbable que dicho objeto entre en el patrimonio del deudor.

Partiendo por lo tanto, según mi hipótesis, de la adquisición posterior al acuerdo de prenda como lazo común a ambos supuestos, voy a exponer brevemente el contenido de esta segunda parte del pasaje. Según la misma, el acreedor que no ignore la ajenidad del objeto que ha pignorado a su favor el deudor, difícilmente se le otorgará la *actio* <*Serviana*> *utilis*; en cambio podrá retener el objeto. Esta afirmación, a mi entender, plantea entre otras las siguientes cuestiones: 1.—¿Qué pasaría si el acreedor ignoraba que el objeto pignorado era ajeno?; 2.—¿Qué acción es ésta que difícilmente se le otorgaba, y por qué se habla de ella como *utilis*?; 4.—¿Qué pasaba cuando el deudor pignoraba una cosa ajena pero que le era debida? 5.—¿Cómo se debía entender la afirmación final de Papiniano según la cual *facilior erit possidenti retentio*?

Todas estas preguntas y otras, a las que la romanística moderna (113) ha procurado dar soluciones, muestran la dificultad de esta segunda parte del pasaje referida a la pignoración especial de cosa ajena, y no a la pignoración general y que por lo tanto no entro a estudiar con detenimiento.

Con base en este análisis, y teniendo en cuenta que la segunda parte del texto que hace referencia a una pignoración especial de cosa ajena no ha sido objeto de un estudio profundo por no tratar de la prenda general, pienso que del pasaje de Papiniano es posible extraer las conclusiones siguientes: 1.—Re-coge la posibilidad de pignorar un conjunto de bienes presentes y futuros; 2.—Dicha pignoración surge de un convenio que es calificado por Papiniano como *generalis*; 3.—En la época de este jurista, según se deduce del pasaje, parece que este tipo de prenda general está plenamente desarrollada (*recepta est*); 4.—Papiniano en el pasaje según mi hipótesis interpretativa trata de dos temas diferentes: a) pignoración general de bienes presentes y futuros del deudor y b) pignoración especial de cosa ajena; 5.—En mi opinión el jurista trata ambos supuestos de hecho juntos, por considerar que existe entre ellos un nexo común: en los dos casos el bien pignorado entra en el patrimonio del

(113) Ver especialmente el análisis de TONDO, *Convalidata*, 7-14 y la recensión de KASER, ZSS 78 (1961) 465-467 donde el autor alemán discrepa de las opiniones mantenidas por Tondo. Recientemente ha analizado el texto con detenimiento A. BURGE, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (Zürich 1979) 125-133.

deudor después del acuerdo de prenda. Ante ello, el jurista, según mi interpretación, considera que en el caso de la prenda general la *actio Serviana utilis* debe ser otorgada sin dificultad; en cambio, cuando la cosa pignorada de forma especial es una *res aliena non debita*, la *actio Serviana utilis* se concede al acreedor con dificultad.

§ 74.—DIG 20,4,2 (Pap, Resp 3)

Qui generaliter bona debitoris pignori accepti eo potior est, cui postea praedium ex his bonis <pignori> datur, quamvis ex ceteris pecuniam suam redigere possit. Quod si ea conventio prioris fuit, ut ita demum cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae [generaliter] <specialiter> accepti, servari non potuisset, deficiente secunda conventione secundus creditor in pignore postea dato non tam potior quam solus invenietur.

El texto es de Papiniano (114), en concreto de sus *Responsa* (115). En el Digesto está situado en el título cuarto del libro veinte, dedicado a los acreedores preferentes. La reconstrucción palinagésica que Lenel hizo de esta parte del libro tercero de los *Responsa*, de la cual se nos han transmitido seis fragmentos, permite pensar que el contexto del pasaje no trataba únicamente el problema de los acreedores preferentes, sino cualquier problema relacionado con el derecho de prenda (116).

La primera fase del texto establece la preferencia del acreedor pignoraticio general sobre el acreedor posterior especial. A continuación, se matiza esta afirmación indicando que puede haber casos en los que el nacimiento de la prenda sobre el conjunto de bienes del deudor (el texto habla en concreto de los *cetera bona*) se condiciona al impago de la cantidad debida garantizada igualmente mediante una prenda que el texto califica, pienso que erróneamente, de general.

Una lectura detallada del pasaje pone inmediatamente de manifiesto la manipulación del texto. Para Wagner (117) el segundo *generaliter* es fruto de un reelaborador postclásico tardío. Al igual que Lenel (118) cree que debe ser sustituido por <*pignori aliter*>, por considerar que esta reconstrucción es más ventajosa que la propuesta de Mommsen (119) de introducir un *non de*

(114) Sobre este autor ver lo indicado en el análisis de Dig 19,2,53 (§ 44), texto analizado en el capítulo dedicado a la pignoración de frutos.

(115) Sobre la problemática planteada por esta obra ver lo indicado en el análisis de Dig 19,2,53 (§ 44), texto analizado en el capítulo dedicado a la pignoración de frutos.

(116) LENEL, *Palinagesia* 1, 891-892; nrs 448-453.

(117) WAGNER, *Voraussetzungen*, 77.

(118) LENEL, *Palinagesia* 1, 891; nr 451 n 2.

(119) Conozco a través de WAGNER, *Voraussetzungen*, 78.

lante de *generaliter* y que la de Huscke (120) de sustituir el adverbio por *iam aliter*. Igualmente, Wagner (121) considera que las palabras *non tam potior quam* son probablemente de carácter compilatorio. Me voy a manifestar sobre la autenticidad de cada una de las partes del texto, a medida que efectue el análisis del mismo.

El texto comienza afirmando la preferencia de un acreedor que recibió en prenda general los bienes del deudor. Para hacer referencia a esta prenda, Papiniano emplea la locución *pignori acceptit*, expresión muy utilizada en las fuentes (122) para referirse a la constitución del derecho de prenda. En este caso concreto el objeto gravado a favor del acreedor son los *bona debitoris*. El empleo de este plural neutro plantea un problema de interpretación. No se habla como en otros casos de *omnia bona* (123) o de *universa bona* (124); tampoco se dice que los bienes pignorados sean *quae habet habituruse esset* (125). El que no se empleen estas expresiones a mi entender plantea entre otros problemas, los siguientes: 1.—¿Implica que en este caso no se está ante una pignoración de los bienes presentes y futuros del deudor, de su patrimonio; 2.—¿Qué relevancia tiene el que se emplee el adverbio *generaliter* prestando a *bona debitoris*; quiere decirse que han sido la totalidad de los bienes los pignorados? 3.—¿Cambia de significado la frase si relacionamos el adverbio *generalitater* con *pignori acceptit*?

Tal como está redactado el texto pienso que están abiertas ambas hipótesis: 1.—Considerar que *generaliter* hace referencia a que han sido la generalidad de bienes presentes y futuros del deudor los pignorados; 2.—Considerar que los bienes del deudor (pero no la generalidad de los mismos, no todos) se han pignorado mediante un acuerdo de prenda genérico, es decir, un acuerdo en el que, como dice Wagner, se pignora un conjunto de bienes en bloque, pero no necesariamente la totalidad de los mismos. Ante esta doble hipótesis interpretativa, sobre todo con base en Dig 20,1,1,pr (126), me inclino por la primera; considerar que el acreedor recibió en prenda la generalidad de los bienes del deudor.

(120) HUSCHKE, *Zur Pandektenkritik* (Leipzig 1875) 21.

(121) WAGNER, *Voraussetzungen*, 81.

(122) Dig 5,3,4,1,1 (Gai, Edporv 6); Dig 7,6,5,5 (Ulp, Ed 17); Dig 8,1,1,16 (Jul, Dig 49); Dig 9,2,17 (Ulp, Ed 18); Dig 9,2,18 (Paul, Sab 10); Dig 9,4,22,1 (Paul, Ed 18); Dig 10,4,3,15 (Ulp, Ed 24); Dig 13,7,36,1 (Ulp, Ed 11); Dig 16,1,29 (Paul, Resp 16); Dig 20,1,19 (Ulp, Ed 21); Dig 20,1,28 (Paul, Quaest 3); Dig 20,1,34,2 (Scaev, Dig 27); Dig 20,3,5 (Paul, Sent 5); Dig 20,4,2 (Pap, Resp 3); Dig 20,5,1 (Pap, Quaest 26); Dig 47,2,74 (Iavol, ExCas 15); Dig 48, 5,28,2 (Ulp, Adult 3).

(123) Por ejemplo en Dig 20,1,29,3 (Paul, Resp 5); Dig 40,8,6 (Marc, FormHypoth); Dig 40,1,10 (Paul, ImpSent 2); CJ 8,33,1 (229 p.C.).

(124) Por ejemplo CJ 8,13,2 (204 p.C.); CJ 8,14,1 (213 p.C.) CJ 8,25,3 (227 p.C.).

(125) Por ejemplo Dig 40,8,6 (Marc, FormHypoth); CJ 7,8,3 (209 p.C.); Dig 49,1,4,28 (Ulp, Disput 3); Dig 20,1,34,2 (Scaev, Dig 27).

(126) El texto se ha realizado en este mismo capítulo (§ 73).

Pues bien, según Papiniano este acreedor que tiene a su favor una prenda general, es preferente a un segundo acreedor al que con posterioridad de forma especial se le ha pignorado un bien concreto: un fundo. Esta afirmación del jurista parece perfectamente lógica, ya que en un supuesto de pluralidad de acreedores sobre un mismo objeto, el primer acreedor en el tiempo es el preferente (127).

Sin embargo, tras esta afirmación inicial, añade Papiniano una frase: *quavis ex ceteris pecuniam suam redigere possit*, que plantea algunas cuestiones, como por ejemplo: ¿qué relación guarda con la afirmación preferente?; ¿quién es el que puede cobrar su deuda del resto de los bienes, el acreedor preferente que tiene a su favor una prenda general, o el segundo acreedor que tiene a su favor una prenda especial?; ¿por qué se habla aquí de *ceteris*, cuando anteriormente se han mencionado únicamente una primera prenda general y una segunda prenda especial sobre un fundo?

Las explicaciones a estas cuestiones vienen recogidas en la siguiente parte del texto: *quod-in fine*. Según permite deducir el comienzo de la misma, el acuerdo del primer acreedor con el deudor pudo ser como sigue: en lugar de constituir una prenda general sobre todos los bienes del deudor, el acreedor y el deudor establecieron una hipoteca especial combinada con otra sobre los *cetera bona*, estando esta segunda hipoteca sobre el resto de los bienes condicionada a que los bienes pignorados de forma especial no fueran suficientes para abonar la cantidad debida. Al margen de este acuerdo pignoraticio, el deudor pignoró de forma especial un bien que formaba parte del resto de los bienes (el fundo) y que por lo tanto sólo estaba pignorado de forma condicionada al primer acreedor. Sin embargo, el texto en esta segunda parte es equivoco, ya que condiciona el nacimiento de la prenda del primer acreedor sobre los *cetera bona* a que los bienes que han sido pignorados de forma general (*quae generaliter accepit*) no sean suficientes para pagar la deuda. Lógicamente esta afirmación, como ha puesto de manifiesto la romanística, es totalmente ilógica. El nacimiento de la prenda sobre una parte de los bienes no se puede condicionar a la suficiencia de la ejecución de la prenda general, si se ejecutan todos los bienes del deudor, es claro que por hipótesis no hay resto de los bienes. El intentar hacer congruente esta afirmación me conduce a eliminar la referencia a la prenda general existente en esta parte del texto. Creo que la misma puede ser sustituida por una referencia a la prenda especial, ya que de esta forma la hipótesis tomaría un mayor sentido. El nacimiento de la prenda sobre el resto de los bienes del deudor queda condicionada a que la ejecución de la prenda especial no sea suficiente. Únicamente en este supuesto se ejecutará la prenda sobre los otros bienes.

(127) Sobre la regla *prior tempore potior iure* ver lo indicado en la nota 158 del capítulo primero (§ 7).

Según el texto, en el supuesto de que no sea preciso ejecutar el resto de los bienes del deudor, *deficiente secunda conventione*, ¿cómo se debe interpretar esta frase?; ¿cuál es esta *secunda conventione* que cesa? Lógicamente es la pignoración constituida sobre el resto de los bienes del deudor a favor del primer acreedor. Y como consecuencia de la extinción de esta segunda prenda sobre el resto de los bienes del deudor, *secundus creditor in pignore postea dato non tam potior quam solus inventietur*. Esta afirmación, según la hipótesis interpretativa por mí propuesta parece plenamente lógica. Al extinguirse el derecho de prenda a favor del primer acreedor, ya que la ejecución del objeto pignorado a su favor de forma especial ha hecho innecesario el nacimiento de la hipoteca sobre el resto de sus bienes, el segundo acreedor que tiene a su favor un derecho de prenda especial ha pasado a ser el único acreedor pignoraticio.

Con base en este análisis pienso que del texto de Papinianiano se pueden establecer entre otras las siguientes conclusiones: 1.—Salvo el adverbio *generaliter*, que creo debe ser sustituido por *specialiter*, el contenido del texto puede aceptarse como clásico; 2.—Si bien no se manifiesta expresamente en el pasaje, en mi opinión el supuesto de hecho que fundamenta la respuesta del jurista es el siguiente: un acreedor constituye a su favor una hipoteca combinada: en primer lugar acuerda con el deudor que sea un bien concreto y determinado el que garantiza el cumplimiento de la obligación, y sólo para el caso de que el dinero obtenido mediante la ejecución de ese bien no sea suficiente para abonar la cantidad debida, podrá el acreedor pedir la ejecución del resto de los bienes del deudor. Seguidamente pignora de forma especial a otro acreedor segundo un bien pignorado de forma condicionada (pertenecía a los *cetera bona*) al primer acreedor; 3.—El primer acreedor pignoraticio lógicamente es preferente al segundo, cuando ambos concurren con un derecho de prenda sobre el mismo objeto; ahora bien, en el supuesto que el primer acreedor haya visto satisfecha su deuda con el dinero obtenido de la ejecución del bien pignorado de forma especial, como la hipoteca sobre el resto de los bienes no ha nacido, el segundo acreedor, titular de un derecho de prenda especial sobre uno de esos bienes, pasa a ser único acreedor pignoraticio.

§ 75.—DIG 20,5,1 (Pap, Quaest 26)

Creditor qui praedia pignori accepit et post alium creditorem, qui pignorum conversionem ad bona debitoris contulit, ipse quoque simile pactum bonorum [ob alium aut eundem contractum] interposuit, ante secundum creditorem dimissum nullo iure cetera bona titulo pignoris vendidit. Sed ob eam rem in personam actio contra eum creditor, quia pignora sua re-quirit, non competit nec utilis danda est: nec furti rerum mobilium gratia recte convenietur, quia propriam causam ordinis errore ductus persecutus videtur, praesertim cum alter creditor possessionem, quae non

fuit apud eum, non amiserit. Ad exhibendum quoque frustra litem excipiet, quia neque possidet neque dolo fecit, ut desineret possidere. Sequitur, ut secundus creditor possessores interpellare debeat.

El pasaje es de Papiniano, en concreto de sus *Quaestiones*, obra de 37 libros realizada posiblemente entre los años 193 y 200 p.C. (128). Es una colección de *problemata* al estío de los *Digesta* de Juliano y se nos ha transmitido a través de los *Fragmenta Vaticana* y del Digesto (129). Según Wieacker (130) la obra tuvo dos ediciones diferentes ya en la época clásica, codificándose al final del siglo III p.C. en opinión de Schulz (131) los compiladores no tuvieron el texto clásico, sino un original intensamente reelaborado al comienzo de la época postclásica.

En el Digesto se encuentra en el título quinto del libro 20, donde se trata de la venta de las prendas e hipotecas. La reconstrucción palinésica de la obra, pone de manifiesto cómo éste es el único fragmento referente a la *actio Serviana* y *quasi Serviana* que se ha transmitido en el libro veintiséis de las *Quaestiones* (132).

El texto comienza indicando que un acreedor recibió en garantía de una obligación desconocida unos predios. Después el deudor constituyó una garantía sobre sus bienes a favor de un segundo acreedor para en última instancia volver a realizar un *simile pactum bonorum* a favor del primer acreedor. Este realizó una venta que abarcó no sólo a los predios sobre los que tenía un derecho preferente sino también a otros objetos gravados a favor de otro acreedor antes que a él. Ello plantea un problema de posible responsabilidad por parte del primer acreedor frente al segundo, en cuanto que efectúa una venta ilegal. Según Papiniano, en este caso no se van a poder utilizar ni la *actio in personam*, ni la *actio furti*, ni la *actio ad exhibendum*. Al acreedor le queda únicamente la posibilidad de dirigirse frente a los terceros adquirentes de los objetos pignoralos que los poseen mediante una acción que no se menciona en el texto, y que en mi opinión puede ser la *Serviana*.

En el pasaje se han indicado múltiples manipulaciones. Para D'Ors (133) *nullo iure* y *titulo* debían ser considerados como una interpolación (*nu-*

(128) En este sentido se manifiesta al menos A. M. HONORÉ, *The Severan lawyers: a preliminary survey*, SDHI 28 (1962) 206-207. Según GUARINO, *Storia*², 483 la obra se realizó entre el 193 y el 198 p.C.

(129) SCHULZ, *GRR*, 296; V. GIUFFRÉ, *Papiniano: fra tradizione ed innovazione*, ANRW 15/2, 658-659.

(130) WIEACKER, *Textstufen*, 333.

(131) SCHULZ, *GRR*, 296-297; IDEM, *The postclassical edition of Papinian's «Libri Quaestiones»*, SerFerrini 4,254; le sigue S. SOLAZZI, *Per la storia della giurisprudenza romana*, AG 133 (1946) 9-10 = *Sergiuiridici* 4, 521-522.

(132) Pero en este libro Papiniano, al margen del tema de la prenda, trataba también del interdicto *unde vi* (nr 318), del *utrubi* (nr 319) y del *fraudatorio* (nr 321).

(133) A. D'ORS, *Tiulus*, AHDE 23 (1950) 500-501.

llo iure] *cetera bona [titulo iure]*, ya que la venta que realizó el acreedor fue *iure pignoris* en cuanto que no podía ser impugnada por el acreedor preferente. Miquel (134) creyó que las frases: *ob alium aut eundem contractum, titulo pignoris y rerum mobillium gratia*, estaban interpoladas. Para Burillo (135), el término *contractus* empleado en este caso pierde su referencia específica al ser incluido en la compilación; Wagner (136), al igual que Miquel, considera interpolado *ob alium aut eundem contractum* y pone en duda la autenticidad de *sed ob-in fine*. Voy a dar mi opinión sobre la autenticidad del texto a medida que lo analizo.

El pasaje comienza haciendo referencia a un acreedor que, en garantía de una obligación desconocida, recibe en prenda del deudor una serie de fondos. Después de establecer este gravamen, el deudor acuerda con otro acreedor la pignoración de sus bienes. Este segundo gravamen se dice que abarca simplemente a los *bona debitoris*. A continuación el mismo deudor constituye un tercer gravamen mediante un *simile pactum* a favor del primer acreedor, es decir, el que tenía el derecho de prenda sobre los fondos.

Esta pluralidad de gravámenes plantea a mi entender entre otras las siguientes cuestiones: 1.—¿Cuál es el objeto de la prenda constituida a favor del acreedor segundo se dice que son los *bona debitoris* los objetos gravados: todos los bienes del deudor o sólo algunos bienes? 2.—¿El gravamen segundo y tercero, tienen el mismo objeto o no?; 3.—¿En garantía de qué se ha constituido el tercer gravamen, de la misma o de una obligación diferente?

Por lo que se refiere a la primera cuestión, cree que ambas posibilidades interpretativas están abiertas; se puede pensar que el deudor ha constituido a favor del segundo acreedor un gravamen sobre todos sus bienes, es decir, una prenda general, o por el contrario, considerar que el segundo gravamen se ha constituido sólo sobre los bienes del deudor que no habían sido previamente pignorados a favor del primer acreedor. Particularmente me inclino por la primera hipótesis: considerar que el primer acreedor tiene a su favor un derecho de prenda especial sobre los fondos y que el segundo tiene un derecho de prenda general sobre todos los bienes del deudor, por lo tanto también sobre los fondos.

La segunda cuestión puede recibir diversas respuestas según cual haya sido la hipótesis interpretativa inicial. Si se parte, como he hecho yo, de la existencia de una prenda general a favor del segundo acreedor, es claro que el segundo y el tercer gravamen difieren en el objeto; el segundo se ha constituido sobre todos los bienes del deudor; el tercer gravamen constituido a favor del primer acreedor, por el contrario, tiene por objeto los *cetera bona*, ya que

(134) MIQUEL, *Rango hipotecario*, 271-272.

(135) BURILLO, *Contrahere y Contractus*, Temis 13 (1963) 125.

(136) WAGNER, *Voraussetzungen*, 73-75.

los *praedia* le han sido pignorados de forma especial anteriormente. En el supuesto de considerar que el segundo acreedor tiene a su favor un derecho de prenda sobre los bienes del deudor que no habían sido pignorados de forma especial, lógicamente el segundo y el tercer gravamen tendrían el mismo objeto (los *cetera bona*).

Por lo que se refiere a la tercera cuestión (el objeto del tercer gravamen) supone pronunciarse sobre la autenticidad o no de las palabras *ob alium aut eundem contractum*. Wagner (137) las considera como un añadido posterior; no dice claramente si se está ante una glosa o una interpolación. A mi entender, tal como está concebido el texto, pueden ser consideradas como una glosa de carácter aclaratorio, ya que teóricamente ambas posibilidades son lógicas; puede ocurrir que el primer acreedor constituyera en garantía de la obligación un derecho de prenda *specialis* sobre los fondos. Posteriormente, pensó que quizás estos fondos, no fueran suficientes en caso de incumplimiento, por lo que se dirigió de nuevo al deudor y le propuso completar la garantía: al margen de los fondos, quería constituir un nuevo derecho de prenda sobre el resto de sus bienes. A ello accedió el deudor pero sin indicarle que esos bienes ya habían sido gravados. Igualmente, pudo ocurrir que el primer acreedor tratara con el deudor de nuevo y estableciera con él un acuerdo de garantía sobre el resto de sus bienes, ya que algunos de ellos (los fondos) habían sido ya gravados de forma especial.

Y en estas circunstancias (gravámenes diferentes constituidos sucesivamente: 1.—prenda especial sobre los fondos a favor de A; 2.—prenda sobre todos los bienes a favor de B; 3.—prenda sobre el resto de los bienes a favor de A) el acreedor A, ante el incumplimiento de la primera obligación garantizada con los fondos, vende el resto de los bienes del deudor. El texto en concreto narra estos hechos de la siguiente forma: *ante secundum creditorem dimissum nullo iure cetera bona titulo pignoris vendidit*. Como he indicado ya, para D'Ors el segundo acreedor no es cierto que haya vendido *nullo iure*, ya que dicha venta no puede ser impugnada por el acreedor hipotecario preferente. Sin embargo, al igual que Wagner (138), pienso que dicha venta sí que puede ser considerada como realizada *nullo iure*, ya que el acreedor A, sobre esos objetos no tenía un derecho de prenda preferente, sino que era preferente el acreedor B.

La cuestión que esta enajenación plantea parece clara: ¿qué medio jurídico tenía el acreedor preferente B para dirigirse frente al segundo acreedor A? Ante esta pregunta el jurista manifiesta las siguientes consideraciones: al acreedor preferente (B), no le compete la acción personal contra el segundo acreedor (A). Esta respuesta creo que es totalmente lógica, ya que la *actio*

(137) WAGNER, *Voraussetzungen*, 74 p 118.

(138) WAGNER, *Legalthypothesen*, 78.

pigneraticia in personam, que a mi entender es la mencionada, compete al deudor pignoraticio contra el acreedor pignoraticio o viceversa (139), ya que, como muy bien indica su nombre, no es una acción real sino personal. Igualmente tampoco se le puede conceder al acreedor B esta acción personal en calidad de *util* (140) por los mismos motivos por los que se denegaba en el caso anterior. La tercera acción mencionada es la *actio furti*. Las razones existentes para denegar esta acción son lógicas: el hurto, exige tanto un desplazamiento de la cosa (*contractatio*) como una conducta dolosa encaminada al mismo (*animus fraudandi*) (141). En este supuesto claramente falta el segundo de los requisitos. El acreedor A ha tenido un error en el orden; al pedir la ejecución de los bienes que él cree garantizan el cumplimiento de la obligación del deudor, no sólo pide la ejecución de los predios sobre los que es indudablemente primer acreedor, sino también erróneamente la ejecución de los *cetera bona*, sobre los cuales tiene un acreedor preferente (B).

A continuación Papiniano indica por qué el acreedor B no puede emplear la *actio ad exhibendum* contra A (142). Fundamenta esta solución, a mi entender correctamente, en que el acreedor no posee el objeto que se quiere exhibir ni ha actuado con dolo al enajenar el objeto, ya que, como se ha indicado antes, el acreedor ha tenido un error en el orden.

Después de indicar la imposibilidad de emplear estas acciones finaliza el texto con la siguiente frase: *sequitur, ut secundus creditor possessores interpellare debent*. Pero ¿con qué medio? El acreedor pignoraticio, como supuestamente titular de un derecho real, puede utilizar la *actio Serviana* tanto frente a terceros como frente al deudor. Ahora bien, puede ocurrir que el acreedor al margen de los fondos haya pignorado bienes muebles fungibles que no pueden ser identificados o especificados. En este caso, al igual que he indicado en la pignoración de mercancías en el préstamo marítimo (143), creo que el acreedor no podría emplear con éxito la *actio Serviana*, ya que dicha acción sigue a la *revindicatio* que, como se sabe, no puede ejercitarse cuándo se trata de pedir la propiedad de bienes fungibles.

Tras haber efectuado este análisis creo que del texto de Papiniano se puede extraer diferentes conclusiones: 1.—El pasaje, según mi hipótesis interpretativa, menciona una pignoración general refiriéndose a la misma con las palabras *bona debitoris*; 2.—El supuesto de hecho que da lugar al problema

(139) Sobre la *actio pigneraticia in personam* ver lo indicado en la nota 203 del capítulo segundo.

(140) Discrepamos de E. VALIÑO, *Actiones utiles* (Pamplona 1974) 190, para quien la acción *util* mencionada aquí es una acción no clásica que se deriva de la cesión necesaria de deudas.

(141) Sobre estos requisitos ver KASER, *RPR* 1^o, 614-615.

(142) Sobre la *actio ad exhibendum* y su funcionamiento ver KASER, *RPR* 1^o, 434. Por lo que se refiere a su funcionamiento en los supuestos de prenda ver KASER, *Studien* 2, 227 = *Studien*, 99.

(143) Al analizar Dig 45,1,122,1 (Scaev, Dig 28) (§ 60).

planteado (enajenación indebida por parte de un acreedor pignoraticio de una serie de bienes sobre los que tenía un derecho de prenda secundario) creo que pudo ser el siguiente: un deudor constituye a favor de un acreedor pignoraticio (A) un derecho de prenda especial sobre un fundo; seguidamente constituye a favor de otro acreedor (B) un derecho de prenda sobre todos sus bienes, finalmente constituye a favor del primer acreedor pignoraticio (A) un derecho de prenda suplementario sobre el resto de los bienes, que ya habían sido pignora a B; 3.—Según mi interpretación, y si bien el texto no lo dice expresamente, creo que la protección otorgada a B, acreedor preferente a A por lo que respecta al derecho de prenda sobre los *cetera bona*, para dirigirse contra A por la enajenación por él realizada de forma errónea, pudo ser la *actio Serviana*, ya que, en cuanto acción real, es la que puede emplear el acreedor pignoraticio tanto contra el propio deudor como contra terceros. Ahora bien, en la hipótesis de que el acreedor B pretendiera mediante el empleo de dicha acción tomar posesión de los bienes muebles fungibles que A hubiera enajenado a terceros, pienso que dicha acción no sería ejercitable.

§ 76.—DIG 20,1,29,pr (Paul, Resp 5)

Paulus respondit generalem quidem conventionem sufficere ad obligationem pignorum: sed ea, quae ex bonis defuncti non fuerunt, sed postea ab herede eius ex alia causa adquisita sunt, vindicari non posse a creditore testatoris.

El pasaje procede de las *Responsa* de Paulo (144). En el Digesto está situado en el título primero del libro 20, dedicado a las diferentes formas de constitución del derecho de prenda. La obra es una colección de 23 libros que recoge respuestas surgidas de la práctica (145). Probablemente fue escrita durante los reinados de los emperadores Eliogábalo y Alejandro (146). Se ha transmitido al margen del Digesto, a través de los *Fragmenta Vaticana*, los *Scholia Sinaitica* y la *Collatio* (147). La obra probablemente sufrió una revisión postclásica (148) produciéndose en algunos supuestos una extensión del texto original (149). La reconstrucción palinagésica permite pensar que el libro quinto, al menos en parte, trataba de diferentes temas relacionados con el derecho de prenda (150) y no sólo de su constitución. El contexto inmediato del fragmento (párrafos 1-3), demuestra cómo Papiniano en el mismo comentaba diferentes temas: la continuidad del derecho de prenda (párrafos 2 y 3) y

(144) Sobre Paulo ver el análisis de Dig 43,1,2,3 en el capítulo 1 (§ 9).

(145) SCHULZ, *GRR*, 298.

(146) HONORÉ, [n 128] 219.

(147) WIEACKER, *Textstufen*, 377-381; SCHULZ, *GRR*, 299-302.

(148) SCHULZ, *GRR*, 300.

(149) WIEACKER, *Textstufen*, 447.

(150) LENEL, *Palinagesis* 1, 1230; nrs 1481-1484. En este libro quinto Papiniano, al margen de este tema, trataba también del arrendamiento (nrs 1485-1486).

la constitución de un derecho de prenda general a través de un esclavo interpuesto.

El texto comienza recogiendo una respuesta de Paulo, según la cual el acreedor pignoraticio no podrá vindicar del heredero los bienes que éste haya adquirido después de la muerte del testador por otra causa.

Lo primero que llama la atención en el texto, es que el mismo comience directamente con la respuesta de Paulo, omitiendo toda referencia a la cuestión realizada al jurista. Ello obliga a intentar reconstruir en primer lugar la supuesta pregunta. Según Lenel (151), debido a la conexión existente entre el principio y el párrafo primero, la pregunta formulada al jurista pudo ser ésta: *Conventione generali facta, an ancillae partus apud heredem editus vindicari possit a creditore*. Según él, los compiladores dividieron la respuesta en dos partes: principio y párrafo primero, introduciendo en este último desde *quod tamen* hasta el final. Se piensa sin embargo, que la pregunta hubiera podido ser otra. A diferencia de Lenel, considero que los párrafos inicial y primero no necesariamente estaban unidos; me resulta extraño que Paulo comience afirmando la validez de la *conventio generalis* para seguidamente referirse a los bienes *quae ex boni defuncti non fuerunt*. Si el tema central hubiera sido el del *partus ancillae*, parece lógico pensar que se hubiera respondido directamente al mismo. Por ello creo que la redacción actual del texto permite considerar que en el principio y en el párrafo primero Paulo trataba dos problemas diferentes relacionados entre sí. En el principio del texto, según mi hipótesis, intentaba establecer: a) si era válida la *conventio generalis* para constituir un gravamen sobre todos los bienes del deudor y b) si el acreedor pignoraticio en un supuesto de prenda general podía dirigirse contra el heredero del deudor y vindicar los objetos que éste hubiera adquirido por otra causa tras la muerte del deudor. En el párrafo primero sin embargo, pretendía determinar si el *partus ancillae* quedaba gravado o no, en el supuesto que se hubiera constituido un derecho de prenda sobre la esclava. Ambos problemas por lo tanto tienen en común un punto: tratarse de una pignoración de bienes que no estaban en el patrimonio del deudor en el momento del acuerdo pignoraticio (bienes futuros). Quizás por ello, el propio Paulo les pretendió dar un tratamiento semejante. Sin embargo, yo no voy a entrar en el análisis de este párrafo primero (152), por considerar que el mismo no hace referencia a una prenda general, sino a la pignoración de un bien concreto y determinado: la esclava.

(151) LENEL, *Palingenesia*, I, 1230 n. l.

(152) Sobre la amplia problemática planteada por este párrafo ver por ejemplo: ASCOLI, *Origi- gini*, 142-145; BERGER, ZSS 31 (1910) 448-449; DERNBURG, P 1, 451-452; EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesten interpolationen*, ZSS 13 (1892) 126; FREZZA, *Garanzie* 2, 152; MUHL, *Tacere*, 21-24; ROMANO, *Appunti*, 23-25; SCHLICHTING, *Verfügungsbeschränkungen*, 83-86; SCHULZ, *Zwischenverfügungen*, 137-139; VOLTERRA, *Osservazioni*, 48; KASER, *Partus ancillae*, 188; WAGNER, *Voraussetzungen*, 121-225; CARCATERRA, *Estensione*, 26-33.

Con base en esta hipótesis interpretativa voy a proceder al análisis del principio del texto. El mismo comienza estableciendo que la *conventio generalis* es suficiente para constituir una *pignoris obligatio*. Esta afirmación, que a mi entender se refuerza con el empleo del adverbio *quidem*, puede plantear el problema de determinar la posible acepción de la locución *conventio generalis*: ¿debe entenderse que está haciéndose referencia a una pignoración de todos los bienes presentes y futuros del deudor o, como piensa Wagner, con esta locución quiere únicamente señalarse que la prenda se ha constituido en bloque sobre un conjunto de bienes? Creo que en este texto ambas posibilidades interpretativas están abiertas; pese a todo, me inclino por la primera, por pensar en este caso que si los bienes futuros no hubieran estado gravados, el litigio por los adquiridos *postea* no hubiera surgido (153). Según ello, considero que en el presente supuesto el deudor había pignorado todos sus bienes presentes y futuros. A continuación Paulo matiza esta afirmación general mediante el empleo de *sed*, indicando que los bienes que *ex bonis defuncti non fuerunt, sed postea ab herede eius ex alia causa adquisita sunt, vindicari non posse a creditore testatoris*. Esta matización creo que plantea al menos las siguientes cuestiones: 1.—¿Cómo se ha de interpretar *ex bonis defuncti non fuerunt*? 2.—¿A qué momento se refiere *postea*? 3.—¿Qué se quiere decir cuando se habla de *ex alia causa*? 4.—¿Qué se debe entender por *vindicare*?

Por lo que se refiere a la primera cuestión, se podría pensar que con las palabras *ex bonis defuncti* se estaba haciendo referencia a la locución *in bonis debitoris*. Sin embargo, tal como está redactado el pasaje, cabe pensar con dicha locución se está haciendo referencia a los bienes que no pertenecían al patrimonio del deudor en el momento de la muerte del causante; como se trata de una pignoración de todo el patrimonio del deudor, en tanto no perteneciera al patrimonio cabe pensar que no formarían parte del objeto de la prenda general.

La segunda cuestión surge, a mi entender, debido a la dificultad de referir el término *postea*. Se puede pensar que el mismo se refiere o bien a los objetos introducidos en el patrimonio después de la *conventio generalis* (155), o bien a los introducidos después de la muerte del deudor. Creo que tal como está redactado el texto la solución puede ser la segunda; el hecho de que se mencione al *heres* como titular de unos bienes que han entrado en el patrimonio del deudor, hace pensar que lógicamente son éstos los que dan lugar a la cuestión. Y pienso que confirma igualmente esta hipótesis el hecho de que en otros supuestos de pignoración colectiva (156), la muerte del deudor ha sido

(153) Curiosamente en este sentido se pronuncia también WAGNER, *Voraussetzungen*, 117.

(154) Sobre este requisito ver lo indicado en la nota 303 del capítulo segundo.

(155) En este sentido me parece que se utiliza el «*postea*» en Dig 20,1,13,pr (§ 56).

(156) Ver por ejemplo el análisis de Dig 20,1,34,pr en el capítulo (§ 53).

considerada el momento determinante en lo referente a la delimitación del patrimonio del deudor (157).

Por lo que se refiere a la tercera cuestión (significado de *ex alia causa*), considero que esta locución puede ser interpretada de la siguiente manera: Paulo se refiere con la misma a aquellos objetos que el heredero ha podido adquirir por cualquier otro título diferente al de su condición de heredero. Pensemos por ejemplo en una compraventa, una donación, un legado, etc., es claro que estos bienes nunca han formado parte del patrimonio del deudor, y por lo tanto parece lógico que no queden gravados por el hecho de entrar en el patrimonio del heredero. Como el acreedor tiene un derecho de prenda sobre bienes concretos y determinados, no me parece inexacto pensar que la responsabilidad del heredero se concretaría en los bienes que en el momento de la muerte del deudor constituían su patrimonio, quedando al margen de la misma aquellos otros bienes que el heredero adquiriría por causas totalmente diferentes a la de su condición de heredero. Pero ¿qué ocurriría con aquellos bienes que el heredero adquiriría después de la muerte del *de cuius*, debido precisamente a su condición de heredero? Paulo en este pasaje no se pronuncia directamente sobre el tema, ya que excluye expresamente de la vindicación lo que el heredero adquirió después de la muerte del causante en virtud de otra causa, se entiende diferente a la de heredero. Se puede argumentar diciendo que como sólo se excluye las adquisiciones hechas en virtud de otra causa, las hechas con base en la condición de heredero, incluso después de la muerte del causante, podían ser objeto de la *vindicatio pignoris*. Por otra parte, si se concibe la pignoración general como la que recae sobre el patrimonio del deudor, y no sobre los diferentes componentes del mismo a título individual, parece lógico afirmar que aquella serie de elementos que, llegado el momento del vencimiento de la obligación y por lo tanto el momento de la concreción del derecho de prenda sobre el patrimonio, no forman parte del patrimonio del deudor no quedan gravados. Ante ambas hipótesis interpretativas, yo particularmente me inclino por la segunda.

Queda por hacer referencia a la última de las cuestiones planteadas, que tiene por finalidad el poner de manifiesto el empleo del verbo *vindicare*. La mayoría de las fuentes al mencionar la acción que el acreedor pignoraticio puede emplear contra el deudor o un tercero, hablan de *actio pigneraticia* (158), *actio Serviana* (159), *actio quasi-Serviana* (160), *actio Serviana utilis*

(157) Creo que también en este sentido interpretaría la locución WAGNER, *Voraussetzungen*, I 18-120.

(158) Por ejemplo Dig 20,6,9,pr (Mod, Resp 4); Dig 13,7,41 (Paul, Quaest 3).

(159) Por ejemplo en Dig 43,33,2 (Ulp, Ed [70] <73>) (§ 14).

(160) Por ejemplo en Dig 16,1,13,1 (Gai, Edprov 9).

(161) o *actio hypothecaria* (162). Sin embargo, en este pasaje no se emplea ninguna de estas denominaciones, pese a lo cual hay que pensar que se está haciendo referencia a la acción de la prenda. Este hecho creo que sirve para confirmar la dificultad que la pluralidad terminológica plantea a la hora de estudiar la protección del derecho de prenda (163).

Con base en el análisis realizado, creo que de este pasaje de Paulo es posible extraer las siguientes conclusiones: 1.—Por lo que se refiere a la autenticidad del mismo, el contenido pienso que hay que aceptarlo como clásico. Sin embargo, el hecho de que no se recoja la pregunta formulada al jurista, me permite pensar en una abreviación; 2.—He seleccionado el texto por creer que la locución *generalis conventio* probablemente se está refiriendo a una pignación de todos los bienes presentes y futuros del deudor; 3.—El problema planteado en el pasaje consiste en determinar si el acreedor puede pedir la posesión de los bienes que han entrado a formar parte del patrimonio del heredero del deudor, según mi interpretación, después de la muerte del causante; 4.—La respuesta de Papiniano es muy clara respecto a los bienes que reciba el heredero por cualquier título ajeno al de la herencia: no quedan gravados. 5.—Respecto a los bienes que entren en el patrimonio del heredero después de la muerte del causante, como consecuencia de la sucesión, Papiniano no dice nada. En mi opinión la cuestión, que creo puede permanecer abierta ya que existen argumentos tanto para mantener la pignoración de esos bienes, como para opinar lo contrario, recibe una respuesta negativa: dichos bienes no quedan gravados.

§ 77.—DIG 20,1,29,3 (Paul, Resp 5)

Si sciente et consentiente domino servus, ut omnia bona domini pignori obligata essent, convenit, ipsum quoque qui cavit obligatum esse pignoris iure.

El pasaje es de Paulo, en concreto procede de sus *Responsa* (164). En el Digesto está situado en el título primero del libro 26, donde se trata de las diferentes formas de constitución del derecho de prenda. La reconstrucción paleolingüística, como he indicado en el análisis del texto anterior, permite pensar que el libro quinto, al menos en parte, trataba de diferentes problemas relacionados con el derecho de prenda, y no sólo de problemas derivados de la constitución del *pignus* (165). Los párrafos inmediatamente anteriores a éste tra-

(161) Por ejemplo en Dig 20,1,1,pr (Pap, Resp 11); CJ 8, 15,5 (286 p.C.); Dig 20,1,22 (Mod, Diff 7); Dig 43,33,1,pr (Jul, Dig 49).

(162) Por ejemplo en Dig 20,1,34 (Scaev, Dig 27); Dig 20,4,12,pr (Marc, FormHypoth).

(163) En este sentido se pronuncia también KASER, *Studien* 1, 243 n 58 = *Studien*, II n 58.

(164) Ver lo indicado respecto a esta obra en el análisis de Dig 20,1,29,pr (§ 76).

(165) LENEL, *Palingenesia* 1, 1230; nr 1481-1484.

tan de la continuidad o no del derecho de prenda en determinadas circunstancias.

Según Paulo, el esclavo que ha pignorado, sabiéndolo su dueño, todos los bienes del deudor, se considera él mismo también pignorado. He seleccionado el texto, que creo no presenta indicios de manipulación, debido a la referencia que en el mismo se hace a la pignoración de *omnia bona*. Al parecer a Paulo se le ha cuestionado sobre la situación jurídica del esclavo que pignora todo el patrimonio del deudor; dicho esclavo, ¿está también pignorado? En la respuesta el jurista comienza estableciendo que el esclavo ha constituido el gravamen *sciente et consentiente domino*. Esta afirmación parece indicar que el deudor se ha servido de un esclavo para pignorar sus bienes; le ha autorizado para que grave su patrimonio. Como ha indicado Wagner (166) es claro que el esclavo ha actuado sólo como órgano del *dominus*. Por lo tanto, no se debe considerar que ha gravado bienes ajenos con consentimiento del tercero propietario, sino que ha sido el propio *dominus* el que a través de él ha constituido un gravamen sobre todos los bienes.

A continuación, el texto dice que se han pignorado *omnia bona domini*. Esta afirmación me sugiere al menos dos cuestiones: 1.—Al hablar de todos los bienes, ¿quiere decirse que sólo se han pignorado los bienes presentes o, por el contrario, se puede pensar que también los bienes futuros han quedado gravados?; 2.—El gravamen, ¿sobre qué ha recaído, sobre todos los bienes en cuanto colectividad, o sobre cada uno de ellos en cuanto elemento integrante del conjunto de bienes pignorados?; en otras palabras, ¿existe un único derecho de prenda o hay tantos derechos de prenda como objetos?

Por lo que se refiere a la primera cuestión, creo que puede aceptarse cualquier postura. Desde una perspectiva amplia es posible pensar que son todos los bienes del deudor tanto los bienes presentes como los futuros los gravados. Por el contrario, también se puede mantener que, como el texto no menciona expresamente los bienes futuros, los mismos quedan excluidos de la pignoración. Pues bien, ante ambas posibilidades, es la primera hipótesis interpretativa la que acepto.

La segunda cuestión ha sido objeto de debate entre Leonhard (167) y Wagner (168): mientras que el primero de ellos considera que existe un único derecho de prenda sobre la totalidad, el segundo considera que de la construcción gramatical existente en el texto, no se deduce necesariamente la existencia de un único objeto de prenda. Particularmente acepto la postura de Leonhard. Y fundamentamos esta afirmación en dos argumentos diferentes:

(166) WAGNER, *Voraussetzungen*, 112 n 704.

(167) LEONHARD, *Bona*, PWRE 3/1, 682-683.

(168) WAGNER, *Voraussetzungen*, 114.

por un lado, la interpretación que he hecho de la parte final (*quaestium est - praeferenda*) de Dig 20,4,21,pr (Scaev, Dig 27). En ella se establecía que Seya era preferente al Fisco *item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequatur*. Allí se veía como la preferencia era absoluta, hasta que se pagara la totalidad de la deuda, y no por ejemplo hasta que se constituyera el derecho de prenda a favor del Fisco. Si se hubiera considerado por parte de Escévola que Seya tenía un derecho de prenda sobre los bienes del deudor de forma individual, no se podría, según mi interpretación, haber realizado esta afirmación, ya que como estos bienes futuros habían entrado en el patrimonio del deudor después del acuerdo pignoraticio constituido a favor de Seya y del Fisco, debían de haber quedado gravados a favor de ambos acreedores desde ese momento. Sin embargo, Escévola dice que Seya es preferente no sólo respecto a los bienes entrados en el patrimonio del deudor hasta el momento de la constitución del derecho de prenda a favor del Fisco, sino sobre todos los bienes existentes en el patrimonio del deudor hasta el momento de la satisfacción de la totalidad de la deuda. Pero al margen de este argumento, creo que también puede servir para fundamentar la opinión de que los juristas romanos concibieron el derecho de prenda general como un *pignus* sobre la totalidad, el que, en los otros supuestos que he analizado a lo largo de este trabajo, y en especial en los referentes al *pignus gregis* y al *pignus tabernae*, ésta es la concepción, que según mi interpretación de las fuentes, existía en los juristas. Por lo tanto, si admitían la pignoración de colectividades como algo diferente de la pignoración individual de sus componentes en estos supuestos mencionados, no veo por qué no iban a poder concebir la prenda general del mismo modo.

A continuación el texto pasa a exponer la respuesta que al parecer Paulo dio al problema planteado: el esclavo que constituye para su dueño el derecho de prenda también queda pignorado. Pero ¿por qué se hace esta pregunta? Pienso que la respuesta es tan obvia que puede parecer quizás absurda la cuestión planteada. Si el deudor ha gravado todos los bienes y el esclavo es un bien del deudor, lógicamente el esclavo está gravado. Ahora bien, como se va a ver en el análisis de Ulpiano, Dig 20,1,6, (169), hay unos esclavos del deudor, que por recibir un cierto uso, se entiende que no están gravados. Pues bien, creo que esta posibilidad de excluir del gravamen a un cierto tipo de esclavos es la que pudo dar lugar a la cuestión. El que Paulo considerara que el esclavo estaba también gravado, da pie a pensar que este esclavo no pertenecía a la categoría de los excluidos.

Del análisis de este pasaje de Paulo, el último dentro de los analizados dentro de este capítulo dedicado a la prenda general, creo que se pueden deducir las siguientes conclusiones: 1.—Según mi interpretación, con la locución

(169) Ver § 80 en este mismo capítulo.

omnia bona Paulo está refiriéndose a una prenda general que abarca a todos los bienes presentes y futuros del deudor. 2.—Si bien Paulo no dice nada sobre el tema, a mi entender, los juristas romanos llegaron a concebir la pignoración general como un derecho de prenda único, que abarcaba la totalidad de los bienes que tuviera el deudor en el patrimonio en el momento del vencimiento de la obligación; 3.—Por lo que se refiere a la problemática específica del texto, Paulo establece que en un supuesto de prenda general, el esclavo que ha creado dicha prenda no queda excluido de la misma; el hecho de que haya constituido una prenda general sobre el patrimonio de su *dominus*, no es razón suficiente para considerarlo como uno de los esclavos perteneciente a la categoría de los esclavos excluidos de la prenda general.

§ 78.—DIG 20,4,7,1 (Ulp, Disput 3)

Si tibi quae habiturus sum obligaverim et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius adquisiero, putat Marcellus concurrere utrumque creditorem et in pignore: non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pigneratis empti non sit pignerata, ob hoc solum, quod pecunia pignerata erat.

El texto pertenece a las *Disputationes* de Ulpiano, obra de 10 libros escrita entre los años 214 y 216 (170). Recoge una colección de controversias acontecidas en la escuela y en los tribunales, así como *quaestiones* derivadas de otras fuentes (171). Para Schulz (172) la obra llegó a los compiladores con alteraciones postclásicas. Sin embargo Honoré (173) considera que los textos en su estado actual se pueden considerar sustancialmente auténticos, ya que responden al estilo de Ulpiano. En el Digesto está situado en el título cuarto del libro 20 dedicado a establecer el rango preferente en los supuestos de pluralidad de prendas sobre un mismo objeto. La reconstrucción palingénésica, en cambio, sitúa el pasaje en otro contexto diferente: según Lenel (174) en esta parte de las *Disputationes* no se trataba de un supuesto de pluralidad de prendas, sino de la hipoteca del pupilo.

El pasaje plantea un problema de pluralidad de pignoraciones futuras. Un deudor constituye un gravamen sobre sus bienes futuros a favor de un acreedor. A favor de otro acreedor Ticio pignora un fundo sometiendo dicho gravamen a la condición de que entre en su patrimonio. Según Marcelo ambos acreedores concurren en la prenda.

(170) T. HONORÉ, *Ulpian* (Oxford 1928) 157.

(171) SCHULZ, *GRR*, 305-306.

(172) SCHULZ, *GRR*, 306.

(173) HONORÉ, [n 170] 94.

(174) LENEL, *Palingenesia* 2, 395-396; nr 67-69.

El texto, en sentido estricto, no plantea un problema de prenda general, sino de pignoración de cosas futuras. Sin embargo, por tratarse en un caso de la pignoración de un colectivo (los bienes futuros) voy a analizarlo.

En el pasaje en su estado actual, se han denunciado diferentes irregularidades. Beseler (175) considera *specialiter, et in pignore y de suo-in fine* como interpolaciones, fundamentando lo último tanto por razones gramaticales (*de suo* en lugar de *suos*; *dedit* en lugar de *dedit*; *ex nummis* en lugar de *nummis*), como en lo absurdo del razonamiento. Volterra (176) admite la interpolación del párrafo final. Koschaker (177) alude a la incomprensión del pasaje, a cuestiones gramaticales y a la impropiedad del razonamiento para considerar *non enim-in fine* como un glosema, opinión que comparten Miquel (178), Wagner (179), Kaser (180) y Frezza (181). Por mi parte a medida que analizo el texto, voy a exponer mi opinión sobre el mismo.

La primera parte es en la exposición de los hechos aparentemente clara: un deudor constituye a favor de un acreedor un gravamen sobre un conjunto de bienes futuros (182) y también grava un fundo a favor de otro acreedor, Ticio. Esta última garantía se dice que se constituye en oposición a la anterior que ha sido de carácter colectivo en cuanto que se han pignorado las cosas futuras, y bajo la condición de que el fundo llegue a ser del deudor: *si in dotium meum pervenerit*. No se dice si este gravamen se ha constituido al mismo tiempo que la pignoración de los bienes futuros, o si ha sido posterior a la misma. Igualmente tampoco se especifica en el texto la causa de la pignoración del fundo, aunque la referencia recogida en la parte final del mismo: *quippe cum res ex nummis pigneratis empti non sit...*, puede hacer pensar en una compraventa.

Ante estos hechos, Ulpiano se basa en la autoridad de Marcelo para indicar que ambos acreedores concurren en la prensa. Ello quiere decir que se considera simultáneo el nacimiento de ambos derechos de prenda, el colectivo y el especial. Esta simultaneidad se comprende si se tiene en cuenta que la pignoración sobre cosas futuras está condicionada a la entrada efectiva del objeto en el patrimonio del deudor. Al producirse este hecho, el fundo queda

(175) BESELER, *Beiträge*, 4, 211.

(176) VOLTERRA, *Osservazioni*, 66 n. 1.

(177) KOSCHAKER, [n. 96] 238-240, especialmente 239 n. 2.

(178) MIQUEL, *Rango hipotecario*, 296.

(179) WAGNER, *Voraussetzungen*, 112 n. 711 e IDEM, *Legalthypothecken*, 187.

(180) KASER, *In bonis esse*, 473.

(181) FREZZA, *Garanzie* 2, 259.

(182) En el texto se habla únicamente de *quae habiturus* y no de los bienes presentes y futuros: *quae habet habiturusque esset*. Esta última formulación o sus variantes que se encuentran repetidas veces en las fuentes creo que hubiera sido más normal, ya que me resulta difícil pensar en un acreedor que pudiendo garantizarse el cumplimiento de la obligación con bienes presentes y futuros sólo lo haga con bienes futuros.

gravado automáticamente a favor de ambos acreedores. Por lo tanto, puede tener sentido que el jurista no especifique este punto, ya que el derecho de prenda nace simultáneamente a favor de ambos acreedores. Sin embargo, si el derecho de prenda sobre las cosas futuras se hubiera considerado un derecho de prenda de carácter general, el titular de dicha prenda, análogamente a lo que ocurría en Escévola Dig 20,4,21,pr (183), creo que hubiera sido declarado preferente, ya que según mi hipótesis, la prenda general toma rango a partir de la *conventio pignoris generalis*; es en ese momento cuando el deudor pignora su patrimonio, lo que ocurre es que el contenido de ese patrimonio se modifica después del acuerdo.

Por lo tanto, de la solución del texto tal como la he interpretado, puede deducirse que la pignoración de cosas futuras, a diferencia de la pignoración sobre el patrimonio del deudor, necesita para su nacimiento, al margen del acuerdo de voluntades de las partes, la entrada del objeto en el patrimonio del deudor, y sólo a partir de ese momento se considera que ha nacido el derecho de prenda.

Y se piensa que esta solución es lógica: una garantía constituida sobre un objeto que tiene existencia propia desde el momento mismo del acuerdo, y que queda sometido a un término o a una condición impuesta libremente por las partes, es diferente a una garantía sobre un objeto futuro, que por hipótesis únicamente va a nacer cuando exista dicho objeto. En este caso la condición no se ha impuesto libremente por las partes, sino que es un elemento esencial para el nacimiento de la garantía: mientras que no hay objeto, no puede haber garantía. Se está en mi opinión, ante una *condicio iuris* (184).

Por lo que se refiere a la parte final del pasaje, como ya he indicado, se ha aludido a la posible glosa de *non enim-in fine*. El argumento aducido para sostener esta opinión es la irrelevancia de esta frase respecto al problema expuesto; se considera que el fundo va a estar pignorado siempre, se haya com-prado o no con dinero gravado. Esta postura puede ser correcta. Sin embargo, si se tiene en cuenta que Ulpiano en este pasaje ha podido responder a una pregunta de alguien que ha pensado que la cosa pagada con dinero pignorado está igualmente pignorada, se debe admitir que esta frase final puede ser también auténtica.

Del análisis realizado de este pasaje de Ulpiano, creo que es interesante poner de relieve las siguientes conclusiones: 1.—El texto no trata directamente de un problema de prenda general, sino de una prenda de cosas futuras en co-titularidad con una prenda especial: 2.—Si bien el pasaje no lo indica expresa-

(183) Ver el análisis de este pasaje en este capítulo § 71.

(184) Como se ha visto ya, otro supuesto en el que el mero acuerdo pignoraticio no sirve para la constitución del gravamen, es el de la pignoración de *invecta et illata*. En estos casos la *importatio in fundum* se constituye igualmente en *condicio iuris*.

mente, según mi interpretación, el *pignus* sobre cosas futuras exige, al margen de la *comentio pignoris*, el que dichas cosas entren en el patrimonio del deudor, siendo esta entrada un requisito imprescindible para el nacimiento del derecho de prenda.

§ 79.—DIG 49,14,28 (Ulp, Disput 3)

Si qui mihi obligaverat quae habet habiturusque esset cum fisco contraxerit, sciendum est in re postea adquisita fiscum potiore esse debere Papinianum respondisse: quod et constitutum est. [Praevenit enim causam pignoris fiscus].

El texto pertenece a las *Disputationes* de Ulpiano (185). En el Digesto está situado en el título catorce del libro 49, dedicado a tratar el derecho del Fisco. La reconstrucción palinagésica, en cambio, sitúa el pasaje en un contexto diferente: según Lenel (186) en esta parte del libro tercero de las *Disputationes* no se trataba del derecho del Fisco, sino de la tutela.

El texto presenta el siguiente supuesto de hecho: se ha constituido un derecho de prenda a favor de un acreedor sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor. El mismo deudor contrató con el Fisco, planteándose al parecer el problema de determinar el acreedor preferente ante la pluralidad de gravámenes (el del acreedor general y el del Fisco) sobre el mismo objeto (el patrimonio del deudor). Según la respuesta de Papiniano, el Fisco es preferente al acreedor pignoraticio general en lo adquirido después.

En la redacción actual del pasaje, se ha puesto en duda la autoridad de la parte final *quod-fiscus* (187), duda que como se va a ver a lo largo del análisis del pasaje acepto y comparto.

El texto comienza haciendo referencia a la existencia de un derecho de prenda sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor al que curiosamente no se le califica de general. A continuación se dice que el *debitor cum fisco contraxerit*. Tal como está redactado el texto lo normal es pensar que el deudor contrató con el Fisco después de haber constituido el derecho de prenda general sobre todos sus bienes (188). No se dice nada del contrato establecido entre el Fisco y el deudor. Lo único que se establece, siguiendo en este punto Ulpiano a Papiniano, es que el Fisco, respecto a los bienes que entren

(185) Sobre los problemas planteados por el comentario de Ulpiano al Edicto ver lo indicado en Dig 20,1,21,pr texto analizado en el capítulo I (§ 11).

(186) LENEL, *Palinagésica* 2, 395-396; nrs 67-69. Pero en este libro tercero se trataba también de otros temas tales como: *de emptioe et venditioe* (nr 54); *de re uxoria* (nrs 55-66); *de suspectis tutoribus* (nr 70); *de magistratibus conveniendis* (nr 71) y *de furtis* (nrs 73-75).

(187) CARCATERRA, *Cose future*, 159; MIQUEL, *Rango hipotecario*, 291, en contra WAGNER, *Legalthypoheken*, 189 n 78.

(188) En este sentido también WIEACKER, *Proropraxie*, 247.

en el patrimonio *postea*, es preferente. Esta afirmación plantea los problemas de determinar: 1.—A qué momento se refiere el *postea* y 2.—Cuál es el fundamento de la respuesta del jurista.

Por lo que se refiere al primer tema, a mi entender, con el término *postea* se está haciendo referencia al momento posterior al contrato realizado entre el deudor y el Fisco.

Por lo que respecta al segundo punto, el intentar determinar el posible fundamento de la respuesta conlleva el analizar previamente la actuación del Fisco.

Dicha actuación es contradictoria. En un primer momento parece que el Fisco no ha actuado como un particular, ya que si acepta que su derecho de prenda a favor del patrimonio del deudor se ha constituido después de la prenda general, no tiene sentido que se le otorgue preferencia respecto a un acreedor primero en el tiempo. Por otra parte, creo necesario poner de manifiesto que la preferencia no es total, ya que en los bienes existentes en el patrimonio del deudor hasta el momento del contrato del deudor con el Fisco, el acreedor general es preferente al Fisco. Por lo tanto, la respuesta del jurista parece presuponer dos momentos diferentes en la actuación del Fisco: a) respecto a los bienes existentes en el patrimonio del deudor hasta el momento del contrato funciona como un particular. Ello quiere decir que se le aplica la regla tradicional que regula la pluralidad de créditos pignoraticios sobre un mismo objeto: *prior in tempore potior in iure* (189); b) respecto a los bienes que entran en el patrimonio del deudor después del contrato, el Fisco ya no funciona como particular, ya que se le otorga la preferencia sobre esa serie de bienes.

Pero esta preferencia ¿en qué se fundamenta? Las respuestas que ha dado la romanística a la cuestión han sido varias: Wieacker (190) considera que, con base en la protopraxia, el Fisco tiene un derecho de prenda sobre el patrimonio antes de que la prenda privada se extienda sobre él, de modo que la prenda se constituye ya gravada. Frezza (191) cree que la respuesta de Papiniano se puede considerar: 1.—O bien una innovación respecto a la disciplina jurídica de la época precedente, o 2.—Más bien considerar que el privilegio del Fisco se justifica en la particular causa del crédito, desaparecida en la redacción actual del texto que se nos ha transmitido. Wagner (192) no acepta la solución de Wieacker, y considera que una aclaración verosímil de la preferencia fiscal puede fundamentarse en considerar que el Fisco es titular de un derecho de prenda legal sobre el patrimonio del deudor.

(189) Sobre esta norma ver lo indicado en la nota 158 del capítulo I (§ 7).

(190) WIEACKER, *Protopraxie*, 247 seguido de MIQUEL, *Rango hipotecario*, 291.

(191) FREZZA, *Garanzie* 2, 123.

(192) WAGNER, *Legalthypothesen*, 181-192.

A mi entender, la respuesta de Wagner puede ser aceptada como válida, si bien es cierto que el Fisco no es preferente respecto a todos los bienes del deudor, sino sólo respecto a los que habían entrado en el patrimonio del deudor después del contrato. Este hecho, la preferencia sólo a partir de un determinado momento, puede ser interpretada como una aplicación prudente del derecho de prenda legal del Fisco. Si se tiene en cuenta que según CJ 8,14,2 (214 p.C.) (193), el derecho de prenda legal del Fisco se admite sin problemas en este época, no debe extrañar que Ulpiano, que desarrolla su actividad durante la misma, lo admita también. Lo que ocurre es que él en este texto sigue a Papiniano, jurista que como se sabe murió en el 212 p.C. (194), y que por lo tanto manifestó su opinión en un momento en el cual la prenda legal del Fisco no se había configurado totalmente. Por todo ello, no debe extrañar que se establezca la preferencia del Fisco, pero sólo a partir del momento del contrato.

El texto finaliza con una frase (*praevenit-fiscus*), en la cual se establece de nuevo la preferencia del Fisco. La innecesidad de la repetición, me hace pensar en una glosa de carácter explicativo, introducida posiblemente en una época en la que el Fisco ya es titular claro de un derecho de prenda sobre todos los bienes del deudor.

Después de este análisis del texto de Ulpiano, creemos que del mismo es posible extraer las siguientes conclusiones: 1.—Salvo la frase final (*praevenit-fiscus*), que puede ser una glosa, el contenido del mismo se considera clásico; 2.—Plantea un problema de concurrencia de acreedores (un particular y el Fisco) sobre el patrimonio del deudor; 3.—Se otorga preferencia al Fisco sobre el primer acreedor en el tiempo respecto a los bienes del deudor que hayan entrado en su patrimonio después del contrato con el Fisco; 4.—Esta solución, según mi interpretación, se debe a que el derecho de prenda legal sobre el Fisco en época de Papiniano, aún no está totalmente desarrollado, como lo demuestra el hecho de que la preferencia del Fisco no sea absoluta, sino sólo parcial.

§ 80.—DIG 20,1,6-9,pr

Dig 20,1,6 (Ulp, Ed 73)

Obligatone generali rerum, quas quis habuit habiturusve sit, ea non continebuntur, quae verisimile est quemquam specialiter obligatum non fuisse. Ut puta suppellex, item vestis relinquenda est debitori, et ex mancipiis quae in eo usu habebit, ut certum sit eum pignori datum non

(193) Imp. Antoninus A. Proculo: *Certum est eius qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimitur.* (214 p.C.).

(194) Sobre el año de la muerte de este jurista ver lo indicado en el análisis de Dig 19,2,53 (Pap, Resp 11) (§ 44), en concreto la nota 62.

fuisse. Proinde de ministeriis eius perquam ei necessariis vel quae ad affectionem eius pertineant.

Dig 20,1,7 (Paul, Ed 68)

Vel quae in usum cottidianum habentur Serviana non competit.

Dig 20,1,8 (Ulp, Ed 73)

Denique concubinam filios naturales alumnos constitit generali obligatione non contineri et si qua alia sunt huiusmodi ministeria.

Dig 20,1,9,pr (Gai, EdProv)

Sed et quod ad eas res, quas eo tempore quo paciscebatur in bonis habuit, idem observari debet.

Análizo conjuntamente estos textos por considerar que están íntimamente relacionados, aunque no proceden del mismo autor. Se ha optado por estudiarlos al exponer los textos de Ulpiano que tratan de la prenda general ya que dos proceden de este jurista.

El primer texto procede del comentario de Ulpiano (195) al Edicto (196). En el Digesto está situado en el título primero del libro 20 dedicado a las diferentes formas de constitución del derecho de prenda e hipoteca. La reconstrucción palingenésica (197) permite pensar que el pasaje estaba situado en un contexto en el que se trataba del interdicto Salviano, la *actio Serviana* y *quasi Serviana*.

El pasaje trata de establecer el posible objeto de la prenda general, indicando que en una pignoración de este tipo, no son todas las que componen el patrimonio del deudor las gravadas con la prenda, sino que algunas quedan excluidas.

Beseler (198) ha considerado, a mi entender injustificadamente, que *proinde-in fine* está posiblemente interpolado.

El texto comienza haciendo una referencia a la pignoración general. Dice que esta *obligatio generalis* abarca *quas qui habuit habitursve sit*, es decir, tanto las cosas presentes que uno tiene en el momento de la *conventio pignoris* como aquellas que habrá de tener. Sin embargo, seguidamente Ulpiano

(195) Sobre la problemática planteada por este autor ver lo indicado en Dig 20,1,21,pr, texto analizado en el capítulo primero (§ 11).

(196) Sobre la problemática planteada por la transmisión de esta obra ver lo indicado en Dig 20,1,21,pr, texto analizado en el capítulo I (§ 11).

(197) LENEL, *Paltingenesia* 2, 850-851; nr 1627-1639.

(198) G. BESELER, *Unklassische Wörter*, ZSS 57 (1937) 43.

establece un límite a esta *obligatio generalis*. Indica que la misma no abarca *quae verisimile est quemquam specialiter obligaturum non fuisse*. Esta afirmación no es nueva en las fuentes, puesto que, como vamos a ver al analizar CJ 8,16,1 (197 p.C.), ya a finales del siglo II p.C. se entendía que había una serie de objetos que *neminem credibile est pignoris specialiter daturum fuisse*. El problema surge al interpretar esta frase: ¿qué se debe entender por aquellas cosas que en verdad nadie gravaría de forma especial? El pasaje menciona en concreto los siguientes supuestos: a) el ajuar (*supellex*) (200); b) los vestidos del deudor (*vestis debitoris*); c) aquellos esclavos que se tenían en tal uso que ciertamente no se iban a dar en prenda (*ex mancipiis quae in eo usu habebit, ut certum sit eum pignori daturum non fuisse*). Esta enumeración sugiere dos cuestiones íntimamente relacionadas entre sí: 1.—¿Es de carácter limitativo o no?; 2.—¿Cuál es el elemento común a estos objetos que han dado lugar a la exclusión de los mismos como derecho de prenda?

Por lo que se refiere a la primera cuestión, a mi entender, la respuesta es clara. El hecho de que el pasaje comience con *ut puta* permite pensar que la enumeración que se expone seguidamente tiene carácter meramente explicativo, y en absoluto limitativo. Al margen de los objetos aquí mencionados, pueden existir otros que también queden excluidos de la prenda general, como claramente lo ponen de manifiesto Paul, Ed 68 (Dig 20,1,7); Ulp, Ed 73 (Dig 20,1,8) y CJ 8,16,1 (197 p.C.).

El segundo de los problemas surge al cuestionarse acerca del «por qué» de la exclusión. ¿Tenían todos los objetos exceptuados alguna característica común? Al analizar la ejemplificación de los elementos excluidos en un supuesto de prenda general, tal como está redactado este pasaje de Ulpiano Dig 20,1,6, se podía pensar que era el carácter personal del uso el que determinaba la excepción. Sin embargo, la frase final del texto: *vel quae ad affectionem eius pertineant*, parece añadir otra razón. Parece que un grupo de esclavos han sido eliminados de la prenda general por entender que el deudor tenía un especial afecto sobre ellos.

Según esta interpretación, creo que Ulpiano tuvo en cuenta dos tipos de razones diferentes para excluir determinados objetos de la pignoración general. Por un lado, el uso personal que el deudor realizaba de ellos y, por otro, el especial afecto que el deudor manifiesta por determinados esclavos (201).

El siguiente pasaje procede del comentario al Edicto de Paulo. La reconstrucción palingenésica permite pensar que en parte de este libro, Paulo

(199) Ver el análisis de este texto en este mismo capítulo (§ 3).

(200) Sobre la acepción del término ver la n. 30 en el capítulo dedicado a la pignoración de *in vecta et illata* en arrendamientos urbanos.

(201) DERNBURG, P 1, 507-508, cree que estas excepciones se fundamentaban en razones humanitarias.

comentaba los problemas derivados de la aplicación de la *actio Serviana* y *quasi Serviana* (202).

El texto es una continuación del anterior. Según el comentario de Paulo no es posible emplear la *actio Serviana*, se entiende que para pedir la posesión y posterior ejecución de las cosas que se tienen en uso cotidiano. El hecho de que se haga referencia a esta acción y no a la *actio Serviana utilis*, creo que se debe a que Paulo no está pensando en un supuesto de prenda general de todos los bienes presente y futuros del deudor, sino en un supuesto de pignoración de bienes presente, en el patrimonio del deudor en el momento del acuerdo de prenda.

Pero la afirmación del texto, de que no es posible emplear la *actio Serviana* respecto a los objetos que se tienen en uso cotidiano no hace sino completar los criterios mencionados en el pasaje de Ulpiano. Mientras que Ulpiano no hablaba de un uso personal que ciertamente impediría la entrega de esos objetos en prenda, aquí este uso es calificado como cotidiano (203).

El texto es una continuación del anterior. Según el comentario de Paulo, no es posible emplear la *actio Serviana*, se entiende que para pedir la posesión y posterior ejecución de las cosas que se tienen en uso cotidiano. La redacción actual del pasaje induce a pensar que el mismo ha sido manipulado por los compiladores para que constituya una continuación del anterior. El texto comienza con un *vel quae*, que sólo se entiende si se lee como una continuación del pasaje de Ulpiano. Según Paulo, los esclavos que se tienen en uso cotidiano no pueden ser objeto de la *actio Serviana*, es decir, que quedan excluidos de la prenda general. Se está por lo tanto ante un criterio diferente a los expuestos anteriormente. Mientras que en Dig 20,1,6 parecía que Ulpiano excluía de la prenda general a determinados objetos por ser de uso personal del deudor, o por tener el deudor un especial afecto sobre los mismos, aquí en Dig 20,1,8 Paulo habla de un uso cotidiano, es decir, que el uso habitual o diario de determinados objetos es lo que permite su exclusión de la pignoración general.

El último pasaje de Ulpiano (Dig 20,1,8) menciona igualmente una serie de posibles objetos excluidos de la prenda general. Según el mismo, la concubina del deudor, sus hijos naturales, los niños abandonados y recogidos que se encuentran en una situación semejante a la de los esclavos (204) y otros

(202) LENEL, *Palingenesia* 1, 210-211; nrs 209-212.

(203) Sobre la acepción del término *cotidianus*, *cotidie* ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 110 y *VIR* 1, 1042-1043.

(204) Este es al menos el sentido que D'ORS, *DRP*², 279 da al término. Sobre las posibles acepciones del término *alumnus* ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 29; A. BERGER, *Encyclopedic dictionary of Roman Law* (Philadelphia 1953) 361; MAV, *Alumnus*, *PWRE* 1/2, 1706; DE RUGGIERO, *Alumnus*, *DE* 1, 437-440 y *VIR* 1, 410-411.

esclavos si son de este tipo, no están sujetos a la obligación general. En este caso Ulpiano no habla del motivo de la exclusión. Ahora bien, parece que en este supuesto la exclusión se debe no tanto al uso habitual o personal que el deudor haga de estos esclavos, sino al efecto que siente por los mismos.

En Dig 20,1,8 Ulpiano dice que la concubina, los hijos naturales, los esclavos hijos adoptivos, etc., *generali obligatione non contineri*. Esta afirmación plantea el problema de determinar si pueden ser objeto de una obligación especial. Wagner (205), argumentando a *contrario*, cree que los mismos podrían ser el objeto de una prenda especial. Y esta opinión parece perfectamente aceptable. Si las partes expresamente se manifiestan en este sentido, no hay motivo alguno para no aceptar la validez de dicha pignoración; puede ocurrir que el deudor se encuentre en una situación muy crítica, y para conseguir dinero manifieste expresamente su deseo de pignorar estos bienes, tanto de forma especial como de forma general. Por lo tanto, según esta interpretación, se está ante una presunción en virtud de la cual el deudor no dese gravar esos bienes, presunción que lógicamente no se debe considerar como norma de carácter imperativo, y que por lo tanto admite pacto en contrario.

Queda por analizar el último de los textos citados: Dig 20,1,9. Procede del comentario al Edicto provincial de Gayo (206), trata aparentemente al igual que los supuestos anteriores de las cosas que quedan excepcionadas de la pignoración general: en este caso las que estaban *in bonis* del deudor en el momento del convenio de prenda. La reconstrucción palingénica permite pensar que el tema central comentado por Gayo no era el de la constitución del derecho de prenda, sino diferentes aspectos relacionados con el derecho de prenda (207), en concreto los supuestos en los que la *actio pignericia directa* o *contraria* no era aplicable.

El texto como ha indicado Wagner plantea dos cuestiones íntimamente relacionadas entre sí: a) ¿a qué se refiere la frase *idem observari debet*?; b) ¿cómo se debe interpretar la frase de relativo *quas... habuit*? Respecto a la primera cuestión se puede pensar al menos en dos soluciones. Una es considerar que el *idem* está haciendo referencia al texto anterior de Ulpiano, es decir, a la prenda general, en concreto a la frase *generali obligatione non contineri*. Ello supondría interpretar el texto de la siguiente forma: aquellos objetos que él tenía en propiedad en el momento de la *conventio pignoris* no están sujetos a la prenda general. A mi entender esta interpretación no es la adecuada, ya que no parece coherente con el funcionamiento del derecho de prenda. Como se sabe, al deudor se le exigía tener los bienes *in bonis* para poder constituir

(205) WAGNER, *Voraussetzungen*, 127.

(206) Sobre el edicto provincial ver lo indicado en el análisis de Dig 43,33,2 (§ 14), texto analizado en el capítulo dedicado a la pignoración de *invecta et illata* en arrendamientos urbanos.

(207) LENEL, *Palinnesia* 1, 210-211; nrs 209-212.

sobre ellos un derecho de prenda. En este caso concreto, se indica que precisamente los tenía *in bonis*. Luego desde esta perspectiva no se ve motivo alguno que impida pensar en la existencia de una prenda general sobre los mismos. En mi opinión este planteamiento impide aceptar esta hipótesis interpretativa.

Algunos autores (208) han intentado buscar una explicación a lo dicho en el texto, anteponiendo un *non a habuit*, de forma que el mismo vendría a querer decir que no entrarían en la pignoración general las cosas que el deudor no tenía en propiedad en el momento del acuerdo. Esta afirmación puede ser cierta cuando se considera que la pignoración sobre un conjunto de bienes, o sobre todos los bienes hace referencia a los bienes presentes del deudor en el momento del acuerdo de prenda, pero no será válida cuando se indica que la pignoración abarca a los bienes presentes y futuros, ya que estas cosas futuras no están *in bonis* en el momento del acuerdo y sin embargo están pignoradas.

Como se ve, ninguna de las explicaciones satisface completamente. Por ello, y aún reconociendo la dificultad que la proposición encierra se considera que, ante la imposibilidad de combinar lo establecido por Gayo con lo dicho por Ulpiano y Paulo referido a la prenda general, el texto de Gayo no se refiere al mismo tema, si bien la colocación actual del pasaje en el Digesto puede hacer pensar en lo contrario (209).

Pero al margen de estos problemas derivados del análisis de los textos, se plantean diversas cuestiones en este tema de objetos excluidos de la prenda general, por ejemplo: 1.—¿Es necesario un acuerdo expreso de las partes para que estos objetos enumerados queden excluidos, o este fenómeno se produce tácitamente? A mi entender su exclusión es tácita, sin que sea necesario que las partes lo acuerden expresamente. Ahora bien, el supuesto recogido en Dig 20,1,29,3 (210) puede hacer dudar de esta afirmación. Como se ha visto, el esclavo que realiza la pignoración queda excluido en el patrimonio general con el consentimiento tácito del deudor y sólo en el supuesto de que expresamente se indique que dicho esclavo no queda pignorado no formará parte de la prenda general. Ahora bien, creo que pese a lo que se indica en este caso, el acuerdo expreso no es necesario, ya que si el esclavo que efectuaba la pignoración no pertenecía a la categoría de los esclavos excluidos en estos pasajes analizados (Dig 20,1,6-8), tiene sentido la respuesta de Dig 20,1,29,3 de considerarla tácitamente pignorado; 2.—¿Qué ocurría cuando los bienes aquí mencionados eran los únicos existentes en el patrimonio del deudor? Ante esta cuestión, la lógica induce a pensar que el acreedor no hubiera aceptado

(208) WAGNER, *Voraussetzungen*, 127-129, siguiendo a LENEL, *Palingenesia* 1, 211 n 1.

(209) Ya LENEL, *Palingenesia* 1, 211 n 1 parece que se había hecho esta misma suposición.

(210) Véase el análisis de este texto en este mismo capítulo (§ 77).

una pignoración de carácter general. Ahora bien, en el supuesto de que lo hubiera hecho y estos bienes fueran los únicos, creo que no podrían considerarse tácitamente excluidos, ya que ello supondría vaciar de contenido el derecho de prenda del acreedor; 3.—¿Se aplicaría analógicamente esta exclusión en los otros supuestos de pignoración de colectivos, en concreto en los supuestos de pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta tanto de un fundo rústico como de un fundo urbano? La respuesta dada por los romanistas no ha sido unánime. Para Kreller (211) estos objetos también quedarían excluidos de la pignoración de *invecta et illata*. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto Churruca (212), esta exclusión parece poco probable, sobre todo si se tiene en cuenta que estos objetos serían, casi con toda seguridad, los únicos que el arrendatario, sobre todo urbano, introduciría en la finca arrendada.

Con base en este análisis pienso que de los textos es posible extraer las siguientes conclusiones: 1.—En los supuestos de pignoración general de cosas presentes y futuras quedan excluidos, según mi interpretación: a) los objetos de uso personal del deudor; b) los objetos de uso cotidiano del deudor; c) los objetos sobre los que el deudor tiene un especial afecto; 2.—Esta exclusión, según mi hipótesis interpretativa, ya que los textos no dicen nada sobre ello, se entiende que tiene lugar tácitamente, no siendo necesario el acuerdo expreso de las partes para que la misma tenga lugar; en cambio, si creo necesario dicho acuerdo expreso para que esos mismos bienes se consideren incluidos en una pignoración tanto general como especial; 3.—Esta exclusión, de nuevo según mi hipótesis interpretativa, creo que no se puede extender analógicamente a los supuestos de pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta; 4.—La *actio Serviana*, aplicable al parecer en los supuestos de pignoración de un conjunto de bienes presentes que estaban *in bonis* en el momento del acuerdo, no se podía emplear para pedir la posesión y posterior ejecución de estos bienes que en principio quedaban excluidos.

§ 81.—DIG 20,6,4,pr (Ulp, Ed 73)

Si debitor, cuius res pignori obligatae erant, servum quem emerat redhibuerit, an desinat Servianae locus esse? et magis est, ne desinat, nisi ex voluntate creditoris hoc factum est.

El pasaje pertenece al comentario al Edicto de Ulpiano (213). En el Digesto está situado en el título sexto del libro veinte, dedicado a la extinción de

(211) KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte*, 319-320, seguido por FRIER, *Landlords and tenants*, 114 y por KASER, *Studien* 3, 12 n 37 = *Studien*, 138 n 37.

(212) CHURRUCA, *Pignoración tácita*, 205-206.

(213) Sobre el comentario al Edicto de Ulpiano ver lo indicado en Dig 20,1,21,pr texto analizado en el capítulo I (§ 11).

la prenda o hipoteca. La reconstrucción palingenésica pone de manifiesto que el pasaje estaba situado en un contexto en el cual se trataba de comentar los diferentes problemas planteados por la aplicación del interdicto Salviano, la *actio Serviana* y la *quasi-Serviana* (214).

El texto del comentario de Ulpiano al Edicto, plantea el problema del empleo o no de la *actio Serviana* en el supuesto en que un deudor devuelve por vicios ocultos el esclavo que ha adquirido. Ulpiano considera que es posible emplear dicha acción, a no ser que el acreedor haya manifestado su voluntad en la devolución.

En el pasaje se ha indicado la posible interpolación de la locución final *nisi factum est* (215), justificando la misma en la descuidada construcción del texto y en el empleo del término *voluntas* (216). Sin embargo a mi entender, el contenido del pasaje se puede aceptar sustancialmente como clásico.

Me he fijado en el texto por la referencia que hace a la pignoración de las cosas del deudor: *cuius res pignori obligatae erant*. La cuestión que surge es: ¿se está ante una pignoración que abarca a todas las cosas presentes y futuras del deudor, aunque no se haya indicado así expresamente o, por el contrario, la referencia se puede entender en el sentido de una pignoración especial? La doctrina piensa que el texto se refiere a un supuesto de prenda general (217); sin embargo a mi entender, se pueden alegar argumentos que permiten mantener que se está ante una prenda especial. Según el texto, el deudor necesita el consentimiento del acreedor para poder disponer de los objetos pignorados. Ahora bien, imaginemos la situación: existe una supuesta prenda general sobre todos los bienes presentes y futuros; uno de estos bienes es un esclavo que ha sido adquirido por el deudor, que descubre en el mismo una serie de vicios suficientes para pedir la resolución de esa compra utilizando para ello la *actio redhibitoria* (218). Con esta acción como se sabe, el deudor consigue la restitución del precio, el cual lógicamente entrará en su patrimonio. En este momento, según el texto, el acreedor puede utilizar la *actio Serviana* para dirigirse contra el vendedor del esclavo y exigirselo, en el supuesto de que el acreedor no haya dado su consentimiento a la *redhibitoria*, pues se entiende que el mismo ha quedado gravado con la entrada en el patrimonio del deudor. Si existiera una prenda general sobre todo el patrimonio del deudor ¿sería posible el empleo de esta acción? Creo que no por dos motivos. En primer lugar, si el esclavo presenta unos vicios tales que permiten ejercitar la acción al deudor comprador, es claro que incluso al mismo acree-

(214) LENEL, *Palingenesia* 2, 850-854; nrs 1627-1649.

(215) EBRARD, *Digestenfragmente*, 66 n 67.

(216) WAGNER, *Voraussetzungen*, 105.

(217) DERNBURG, P 1, 511 seguido por WAGNER, *Voraussetzungen*, 105.

(218) Sobre esta acción ver KASER, *RPR* 1², 559-560.

dor pignoraticio general le interesa que así se haga. Pienso que si no permite esta actuación su garantía se vería debilitada en cuanto que admite en el patrimonio del deudor bienes de valor inferior al supuesto. En segundo lugar, si el supuesto fuera de prenda general, se tendría que hacer referencia a la *actio Serviana utilis*, en lugar de a la *actio Serviana*, hecho que no ocurre.

Pensemos, sin embargo, en el supuesto en que el esclavo junto con otros bienes del deudor ha sido pignorado de forma especial. Si el deudor dispone del esclavo sin consentimiento del acreedor, es claro que le perjudica en cuanto que al desaparecer el esclavo, desaparece parte del objeto concreto que garantiza al acreedor. Y el dinero que entra en el lugar del esclavo redhibido no queda sometido a prenda, como en los supuestos de prenda general. Funcionando la pignoración especial de esta manera, se entiende que para evitar los posibles fraudes que se pudieran originar con estas actuaciones del deudor, es por lo que según las fuentes se le exige el consentimiento al acreedor. Únicamente cuando se haya obtenido dicho consentimiento podrá el deudor disponer del objeto gravado. En el supuesto concreto que se analiza, se sobreentiende que el deudor ha actuado sin el oportuno consentimiento del acreedor, lo cual puede tener su razón de ser: el deudor al redhibir está ejerciendo un derecho derivado de la compraventa. No se trata de un caso de abierto fraude al acreedor, pues el deudor está ejerciendo un derecho. En cambio, el jurista considera que el ejercicio de este derecho puede ser fraudulento, y por ello permite al acreedor dirigirse contra el vendedor del esclavo. Con base en todo esto, creo que lo indicado por Ulpiano, tiene sentido en un contexto de pignoración especial, y no en el supuesto de prenda general.

Pero al margen de este argumento de carácter lógico, existe otro hecho que puede confirmar esta postura: al analizar los supuestos referentes a la prenda del rebaño (220) y de la *taberna* (221) se ha visto como el deudor puede enajenar elementos que están gravados sin necesidad de tener el consentimiento del deudor. Si a estos deudores, quizás por el tipo de actividad que desarrollan, se les permite esta enajenación, en un supuesto de prenda general ¿cómo no se le iba a permitir al deudor redhibir, sobre todo cuando dicha redhibición era un derecho? Es claro que al igual que en los otros textos se le permitía enajenar, aquí se le tendría que permitir redhibir libremente. Por lo tanto, partiendo de este razonamiento, se puede afirmar que la presunta imposibilidad de disposición por parte del deudor, se debe entender referida a un supuesto de prenda especial y no a uno de prenda general.

Una vez realizado el análisis de este texto, creo que con base en el mismo es posible extraer las conclusiones siguientes: 1.—El texto se ha analizado

(219) KASER, *RPR* 1², 559.

(220) Ver el análisis de Dig 20,1,13,pr (§ 56).

(221) Ver el análisis de Dig 20,1,34 (§§ 53-54).

por considerar *a priori* que la locución *res pignori obligatae erant* podía hacer referencia a la prenda general; 2.—Sin embargo, tal como he interpretado el pasaje, opino que dichas palabras deben considerarse como referidas a una prenda especial sobre diferentes bienes del deudor, entre otros sobre el esclavo del que habla el texto, y no como referidas a una prenda general; 3.—Esta afirmación se fundamenta en las siguientes hipotéticas consideraciones: a) en el supuesto de que el texto se hubiera referido a la prenda general, la acción mencionada tenía que haber sido la *Serviana utilis*; b) analógicamente a lo que ocurre en otros supuestos de pignoración de colectividades en que el deudor pignoraticio puede enajenar bienes gravados, parece lógico admitir que en un supuesto de prenda general el deudor pueda ejercitar su derecho, ya que el dinero obtenido mediante el empleo de la *actio redhibitoria* va a estar también pignorado.

§ 82.—DIG 40,8,6 (Marc, FormHypoth)

Si quis [obligatum] servum hac lege emerit, ut manumittat, competit libertas ex constitutione divi Marci, licet bona omnia quis obligaverit, quae habet habiturusve esset. Tantundem dicendum est et si hac lege emerit, ne prostituatur, et prostituert.

El texto procede del comentario a la *formula hypothecaria* de Marciano (222). En el Digesto está situado en el título octavo del libro 40 dedicado a regular aquellos supuestos en los que los esclavos alcanzan la libertad sin manumisión. La reconstrucción palinagénica en cambio pone de manifiesto cómo el contexto en el que estaba situado el pasaje no trataba de este tema, sino de los diferentes problemas planteados por la prenda, en este caso en concreto por la venta de la prenda (223).

El pasaje, a mi entender, plantea la cuestión siguiente: si un esclavo ha sido adquirido con la condición de que sea manumitido, ¿impide dicha manumisión el que exista un gravamen general sobre todos los bienes del deudor y por lo tanto también sobre el esclavo? De la redacción actual del texto, creo que con razón se ha puesto de manifiesto el carácter de glosa del término *obligatum* (224).

He seleccionado el pasaje por la referencia que en el mismo se hace a una pignoración de *bona omnia, quae habet habiturusve*, es decir, a una prenda general.

(222) Sobre los problemas planteados por la transmisión de la obra de Marciano ver el análisis de Dig 20,2,5, texto analizado en el capítulo II (§ 36).

(223) LENEL, *Palinagesia* 1, 644-652; nr 37-41.

(224) En este sentido EBRARD, *Digestenfragmente*, 113 n 64; SCHULZ, *Fraudatorische Freilassung*, 278; WAGNER, *Freiheitserteilung*, 171; D'ORS, *Manumission*, 84.

El texto comienza haciendo referencia a la adquisición por parte del deudor de un esclavo, adquisición que al parecer se hace con una condición (225), el que dicho esclavo sea manumitido. a continuación, el texto indica que dicho esclavo obtiene la libertad por una constitución del divino Marco (Aurelio). Esta referencia a la disposición legal, plantea problemas de interpretación. En mi opinión, tal como está redactado el texto, caben dos posibles hipótesis interpretativas: a) considerar que el deudor contravinando el acuerdo establecido en la compra no ha efectuado la manupulación; b) considerar que el deudor ha efectuado la manumisión, pero la misma ha sido impugnada por el acreedor pignoraticio general por creer que el deudor no podía manumitir al esclavo pignorado; Schulz (226) ha considerado que la prenda general que grava el patrimonio del deudor impedía la manumisión del esclavo, admitiendo que en este caso concreto la manumisión es válida porque el manumitente es sólo propietario fiduciario. Sin embargo, en mi opinión, no hay obstáculo alguno que impida la manumisión del esclavo pignorado en forma general. Como se ha visto en el análisis de un texto de Gayo, Dig 40,9,29,pr (227) y se verá en el rescripto de Septimo Severo y Caracalla (209 p.C.) (228), la manumisión está admitida expresamente. Y esta posibilidad creo que es perfectamente lógica si se tiene en cuenta que ya en los supuestos de pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de una vivienda, se establece la posibilidad de manumitir a los esclavos pignorados de forma tácita siempre que dicha manumisión tenga lugar antes de la *perclusio* (229).

Por lo tanto, la hipótesis interpretativa de la que parto es la siguiente: un deudor, que tiene pignorado todo su patrimonio, adquiere un esclavo con la condición de que sea manumitido, no efectuando posteriormente dicha manumisión (230). Pues bien, en este caso, una disposición legal del divino Marco (Aurelio) establece que dicho esclavo adquiere la libertad. Y esta hipótesis según la cual cuando el esclavo no ha sido manumitido por el dueño contravinendo lo pactado en la compraventa es una disposición legal la que le concede la libertad, se confirma con un texto de Paulo, Dig 40,1,10 (231) y otro de

(225) Sobre la posible acepción del término *lex*, en este sentido ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 311-312.

(226) SCHULZ, *Fraudatorische Freilassung*, 278.

(227) Ver el análisis efectuado en el § 69.

(228) Ver el análisis efectuado en el § 85.

(229) Ver el capítulo segundo de este trabajo, en concreto Dig 20,2,9 (§ 26).

(230) En este sentido también se pronuncia D'ORS, *Manumisión*, 85.

(231) Dig 40,1,10 (Paul, ImpSent): *Aelianus debitor fiscalis Evemeriam ancillam ante annos multos emerat hac lege, ut manumitteret, eamque manumiserat: procurator cum bona debitoris non sufficientia quaereret, etiam Evemeriae status quaestionem faciebat. Placuit non esse iuri fiscalis locum, quo omnia bona debitorum iure pignoris tenerentur, quia ea lege empti est ei, si non manumitteretur, ex constitutione divi Marci ad libertatem perveniret.*

Ulpiano Dig 40,9,30,pr (232). El primero de ellos indica que en el supuesto de que la esclava haya sido adquirida con la cláusula *ut manumittatur* (233) y dicha manumisión no se hubiere realizado, dicha esclava obtendría la libertad por esta disposición legal. Igualmente, Ulpiano habla expresamente del esclavo adquirido con la cláusula de manumisión, indicando que en el supuesto de que la misma no se haya efectuado, el esclavo alcanzaría la libertad en virtud de la constitución de Marco Aurelio (234). Por lo tanto incluso en otros supuestos no referidos a la pignoración general (el primero habla de una prenda legal del Fisco, el segundo no hace referencia alguna a la pignoración) contienen una solución semejante a la de este texto. Ello permite afirmar que el esclavo adquirido con esta cláusula va a obtener siempre la libertad por disposición legal, siendo indiferente el que exista un gravamen general como en este caso, o especial sobre el patrimonio del deudor (235). Parece que la existencia de la cláusula *ut manumittatur* determina que prevalezca el interés humanitario frente a cualquier tipo de interés patrimonial.

Finaliza el texto con una referencia a la adquisición de una esclava con la condición de que no va a ser dedicada a la prostitución. En este supuesto, si el adquirente incumple la condición, la esclava adquiere la libertad. Y esta idea viene confirmada por un pasaje de Paulo, Dig 40,8,7 (236), y otros de Pomponio, Dig 21,2,34,pr (237) que pone de manifiesto cómo la adquisición de la libertad en estos supuestos no tiene nada que ver con el hecho de que exista o no una prenda general. Sin embargo, en este caso concreto las palabras *tantundem dicendum est* ponen en relación este caso con la prenda general, lo que permite interpretar que, en el supuesto de haber comprado una esclava con la condición de no ser dedicada a la prostitución, si el deudor incumple la condición, incluso en el supuesto de que tenga una prenda general sobre el patrimonio, dicha esclava consigue la libertad.

Con base en este análisis, creo que del texto de Marciano es posible extraer, entre otras, las siguientes conclusiones: 1.—El contenido del pasaje es

(232) Dig 40,9,30,pr Ulp, AelSent 4); *Si quis hac lege servum emerit, ut manumittat, et non manumittente eo servus ad libertatem pervenerit ex constitutione divi Marci, an possit ut ingratum accusare, videamus. Et dicit potest, cum non sit manumissor, hoc ius eum non habere.*

(233) Sobre la problemática que plantea esta cláusula ver BUCKLAND, [n. 57] 628-636. (234) Sobre toda la problemática que plantea esta constitución ver PH. LOTMAR, *Marc Aureli Erläss über die Freilassungsaufgabe*, ZSS 33 (1912) 304-382.

(235) En este sentido se manifiesta también D'ORS, *Manumisión*, 85.

(236) Dig 40,8,7 (Paul, Libertand): *Imperator noster cum patre suo constituit in eo, qui, cum possit abducere prostitutam ancillam, pecunia accepta manus iniectionem vendidit, ut libera esset: nihil enim interesse, ipse abducas et prostitutas, en patiaris prostitutam esse pretio accepto, cum possis extimere.*

(237) Dig 21,2,34,pr (Pomp, Sab 27): *Si mancipium ita emeris, ne prostituatur ei, cum prostitutum fuisset, ut liberum esset: si contra legem venditoris faciente te ad libertatem pervenerit, tu videtur quasi manumisisse et ideo nullum adversus venditorem habebis regressum.*

clásico, siendo el término *obligatum*, posiblemente una glosa de carácter aclaratorio; 2.—Desde el punto de vista terminológico, pienso que es interesante poner de manifiesto cómo Marciano no empleó el término *generalis* en cualquiera de sus variantes, para referirse a una pignoración de todos los bienes presentes y futuros del deudor; 3.—El deudor que ha pignorado la totalidad de su patrimonio está obligado, siempre que haya adquirido un esclavo con la cláusula *ut manumittatur*, a manumitir a dicho esclavo, incluso en el supuesto de que esté pignorado de forma general; 4.—Igualmente, el deudor está obligado a pignorarle, cuando ha adquirido una esclava con la cláusula de no dedicarla a la prostitución, y la prostituye; es indiferente que esa esclava esté gravada con una prenda general para que adquiriera la libertad.

§ 83.—CJ 8,16,1 Impp. Severus et Antoninus AA. Optato 197 p.C.

Alumnos tuos et ceteras res, quas neminem credibile est pignori specialiter daturum fuisse, generali pacti conventione, quae de bonis tuis facta est, in causam pignoris non fuisse rationis est.

La constitución es un rescripto de los emperadores *Septimius Severus* (Septimo Severo) (238) y *M. Aurelius Severus Antoninus Caracalla* (Caracalla) (239). El primero de ellos, proclamado emperador por las tropas el 8 de abril de 193 p.C. (240), elevó a la categoría de Augusto a Caracalla el 19 de octubre del año 198 p.C. (241). Si se parte de estos datos, lo primero que llama la atención es el encabezamiento de la constitución. Teóricamente se está ante una constitución del año 197 p.C., por lo tanto de una fecha en la que todavía Caracalla no era Augusto. Sin embargo, en la constitución figura como tal. Para Honoré (242) este fenómeno se explica atribuyendo a Caracalla la modificación de las constituciones de su padre. Las constituciones de esta época llegaron a los compiladores a través del Código Gregoriano (243), ya que al parecer Gregorio se sirvió del material existente en la cancellería imperial y no de una colección privada de constituciones (244).

El rescripto en el Código de Justiniano está situado en el título 16 del libro octavo, donde se trata de los diferentes objetos que pueden ser gravados

(238) Sobre *Septimius Severus* ver G. WINKLER, *Septimius*, KP 5, 123-127; A. BIRLEY, *Septimius Severus. The african emperor* (New York 1972) con la bibliografía allí citada. Sobre el estado de investigación de la problemática planteada por este emperador ver G. WALSER, *Die Severer in der Forschung 1960-1972*, ANRW 2/2, 617-627.

(239) Sobre *Antoninus Caracalla* ver R. HANSLIK, *Caracalla*, KP 1, 1049-1051, con la bibliografía allí citada. Sobre el estado actual de la investigación de la problemática planteada por este emperador ver WALSER, [n 238] 627-629.

(240) WINKLER, [n 238] 124.

(241) HANSLIK, [n 239] 1049.

(242) HONORÉ, [n 128] 172.

(243) HONORÉ, [n 128] 171.

(244) HONORÉ, [n 128] 171.

con el derecho de prenda y las formas en que dicha prenda se puede constituir.

El texto, como he indicado ya, es un rescripto fechado en el año 197 p.C., en el cual se trata de aclarar el contenido de la prenda general.

El rescripto comienza haciendo referencia a los *alumni* como sujetos excluidos de la prenda general. Esta referencia no debe extrañar, ya que como se ha visto al analizar Dig 20,1,6-9 (245) en concreto el texto de Ulpiano Dig 20,1,8 se les consideraba excluido en el supuesto de que dicha pignoración tuviera lugar. El único problema que esta afirmación plantea, es el determinar la posible acepción que el término *alumnus* tiene en estos casos. Ya al efectuar el análisis del texto de Ulpiano (246) he indicado que el término ha podido ser utilizado para referirse a los niños abandonados y recogidos por el *nutritor*, que sin ser esclavos se encontraban en una situación jurídica similar.

Pero junto con éstos, el rescripto excluye de la prenda general *ceteras res quas neminem credibile est pignori specialiter datum fuisse*. Como se puede apreciar en el rescripto aparece una locución semejante a la que se encuentra en el texto de Ulpiano Dig 20,1,6 ya analizado. Allí se hablaba de cosas *quae verisimile est quemquam specialiter obligatum non fuisse*. Si se comparan ambas locuciones se ve que el contenido de las mismas es sustancialmente idéntico. En ambos casos se dice que hay una serie de objetos que *credibile, verosimile* a nadie se le ocurriría pignorar ni siquiera de forma especial. Sin embargo en este rescripto, a diferencia del texto de Ulpiano, esos objetos no se especifican.

Y estos objetos que ni siquiera se pignoran de forma especial, caso de que las partes hayan establecido mediante un acuerdo que la totalidad de los bienes del deudor tanto presentes como futuros queden gravados, se entiende tácitamente que quedan excluidos de la prenda. En este caso hay que poner de manifiesto que el rescripto para referirse a este tipo de prenda, no emplea la perifrasis que se utiliza por ejemplo en el texto de Ulpiano: *quas quis habiturus sit*, sino que para indicar que dicho acuerdo pignoratorio se ha celebrado se dice: *generali pacti conventione, quae de bonis tuis facta est*. Este empleo de dos sustantivos, *pactum* y *conventio*, para mediante la construcción *generali pacti conventione* hacer referencia a la pignoración de todo el patrimonio, como ha puesto de manifiesto Wagner (247), no es muy frecuente en las fuentes. Sin embargo, como he indicado ya (248), creo que con la misma

(245) Ver el análisis de estos textos en este mismo capítulo (§ 80). Igualmente tratan también de este tema PS 5,6,16: *Omnibus bonis, quae habet quaque habiturus est, obligatis nec concubina nec filius naturalis nec alumnus nec quae in uso cotidiano habet obligantur: ideoque de his nec interdictum redditur*. No se analiza el texto por considerarlo posclásico.

(246) Ver Dig 20,1,8 en este mismo capítulo (§ 80).

(247) WAGNER, *Voraussetzungen*, 10, 14 n 88.

(248) Ver el análisis de Dig 20,1,1.pr en este mismo capítulo (§ 73).

lo único que se pretendió fue exponer claramente que se había celebrado un acuerdo pignoraticio entre las partes en virtud del cual se consideraban gravados tanto los bienes presentes como futuros del deudor.

Otra diferencia que aprecio entre la constitución y el texto de Ulpiano es que mientras que en Dig 20,1,6-9 se exponen a título de ejemplo algunos de los objetos que podían considerarse como excluidos de la prenda general, aquí dicha enunciación ejemplificativa no se realiza. Igualmente, a lo largo de los textos de Ulpiano y Paulo, se pueden encontrar referencias que permiten suponer las razones que ocasionaban la exclusión de determinados objetos de la prenda general: a) ser objetos de uso personal; b) ser objetos de uso cotidiano; c) ser objetos sobre los que el deudor siente un especial afecto. Aquí, sin embargo, no se establece ningún tipo de explicación, pero lógicamente en mi opinión se debe estar ante las mismas causas de exclusión.

Finaliza el rescripto indicando que estos objetos no han quedado pignorados, utilizando para ello la expresión *in causam pignoris non fuisse rationis est* (249). Y el empleo de la locución *in causam pignoris* para referirse a la prenda no debe extrañar, ya que como ponen de manifiesto las fuentes (250), la locución *pignoris causam* al parecer fue bastante frecuente.

Cabe preguntarse, al igual que en Dig 20,1,6-9, si los juristas romanos reconocerían la validez de una pignoración especial de estos bienes. Al igual que en los textos anteriormente comentados (251), pienso que se está ante una especie de presunción, en virtud de la cual estos bienes quedan excluidos; ello no quiere decir que las partes, si lo desean, no pignoren expresamente estos bienes.

Con base en el análisis de esta constitución, creo que de la misma es posible extraer las siguientes conclusiones: 1.—El contenido del texto es totalmente clásico, ya que coincide plenamente con lo manifestado en Dig 20,1,6-9; 2.—En un supuesto de prenda general que abarque a todos los bienes presentes y futuros del deudor, se entiende que quedan excluidos de dicho gravamen los esclavos hijos adoptivos del deudor, y aquellas cosas que el deudor verosimilmente no iría a pignorar de forma especial; 3.—Esta exclusión, según mi interpretación, se debe entender como una mera presunción, y por lo tanto admite pacto en contrario.

§ 84.—CJ 8,13,2 Imp. Severus et Antoninus AA. Lucio 204 p.C.

Quamvis constet specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse et aequale ius in omnibus habere, iuris-

(249) KRÜGER, en su edición del *Codex*, 342 n 11 propone la sustitución de *fuisse* por *iuris*.

Pero como ha indicado WAGNER, *Voraussetzungen*, 131 n 823, esta corrección no es concluyente.

(250) Ver por ejemplo Dig 20,1,1,2 (Pap, Resp 11); Dig 20,4,6,pr (Ulp, Ed 73); Dig 42,6,4 (Pap, Resp 12); Dig 21,2,65 (Pap, Quaest 8).

(251) Ver el análisis de los mismos en el § 80.

dictio tamen temperanda est. 1. Ideoque si certum est posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea, quae, postea ex isdem bonis pignori acceptisti, interim non auferri praeses iubebit.

El texto es una constitución de los emperadores Severo y Caracalla (252). Está situada en el capítulo treceavo del libro octavo donde se trata de la prenda general.

La constitución es un rescripto dirigido a un señor llamado Lucio. El supuesto de hecho, según se desprende de la redacción actual del texto es como sigue: un deudor garantizó el cumplimiento de una obligación constituyendo un derecho de prenda especial, es decir, sobre unos bienes concretos y determinados del deudor (253), y otro derecho de prenda general, es decir, sobre todo los bienes del deudor de forma global. Al parecer posteriormente el deudor constituyó un derecho de prenda sobre algunos otros bienes a favor de Lucio. Según la respuesta imperial, el juez ordenará que, cuando el primer acreedor pueda satisfacer con los bienes gravados de forma especial, no se quiten los bienes a Lucio.

La constitución, que probablemente ha sido abreviada, comienza narrando el supuesto de hecho. Según el mismo existieron tres gravámenes: uno especial, otro general y otro especial a favor de Lucio. Ahora bien, ¿cómo se realizaron? Wagner (254) ha indicado las posibles respuestas que esta pregunta puede recibir: a) considerar que existió una pignoración combinada: primero una especial y a continuación otra sobre el resto de los bienes, hipótesis que descarta, ya que el texto en ningún momento habla de un gravamen sobre los *cetera bona*, sino sobre los *universa bona* (255); b) considerar que al mismo tiempo se constituyó una pignoración especial y otra general, hipótesis que descarta por considerar la supérflua y c) considerar que se constituyó primero la prenda general y al mismo tiempo o después (improbable) la especial, hipótesis que considera la más adecuada.

Sin embargo discrepo del autor alemán. En mi opinión la primera hipótesis que hace referencia a la existencia de una pignoración combinada, seguida de una pignoración a favor de Lucio es la adecuada. Descarto la solución

(252) Sobre la problemática planteada por la transmisión de las constituciones de esta época ver el análisis del texto anterior (§ 83).

(253) Estoy de acuerdo en este punto con la interpretación que realiza WAGNER, *Voraussetzungen*, 83, del término *specialiter*, que coincide con la que he expuesto anteriormente (ver el análisis de Dig. 20,1,15,1).

(254) WAGNER, *Voraussetzungen*, 81-82.

(255) Esta locución aparece también en Dig. 39,1,84 (ver el análisis en este mismo capítulo § 72). WAGNER, *Voraussetzungen*, 81 n 511, pone de manifiesto que la construcción sólo se da en constituciones postclásicas.

«c», aceptada por Wagner, porque creo que va contra las palabras textuales del rescripto; por lo que respecta a la solución «b», teóricamente cabe; sin embargo, no me parece probable que el deducor creara por segunda vez un derecho de prenda para garantizar la misma deuda en favor del mismo acreedor. Por ello pienso que la hipótesis «a» es la más adecuada; si el jurista no habla de un derecho de prenda sobre los *cetera bona* es porque quiere señalar que se trata de una prenda general sobre los bienes presentes y futuros del deudor. Pero al margen de este razonamiento, creo que existe otro argumento que permite sostener que la hipótesis más adecuada es la «a»; en concreto, se trata de un texto de Papiniano, Dig 20,4,2, que he analizado en este capítulo (256), y que tal he interpretado también trata de un supuesto de hecho semejante al que en mi opinión dio lugar a este rescripto.

Según el rescripto, es seguro que el acreedor *aequale ius in omnibus habere*. Como muy bien ha interpretado Wagner (257), esta frase no quiere decir que ambos derechos de prenda, el especial y el general, tengan la misma antigüedad, sino que respecto a acreedores posteriores (en concreto Lucio), ambos derechos en cuanto derechos preferentes son iguales.

El texto sigue indicando que la *iurisdicatio tamen temperanda est* (258). ¿Por qué se hace esta afirmación? La misma llama la atención, sobre todo porque siempre se espera que el juez actúe moderadamente. Sin embargo, en este caso el criterio legal puede no ser equitativo. La regla *prior tempore potior iure* (259) indica que el primer acreedor es preferente a Lucio, segundo acreedor. Si el primer acreedor ejercita su derecho y demanda a Lucio, poseedor en calidad de acreedor pignoraticio de algún bien del deudor, mediante la *actio Serviana*, Lucio, segundo acreedor, debe restituir el bien al primer acreedor. Ahora bien, se puede considerar más equitativo que Lucio retenga esos bienes cuando el primer acreedor puede cobrar su deuda ejecutando los bienes gravados con la prenda especial.

Por lo tanto, como dice Wagner (260), el emperador en esta respuesta está creando *ius singulare* con base en la equidad. Considera que siempre que el primer acreedor se pueda satisfacer con el dinero obtenido en la enajenación de los bienes gravados de forma especial, la pignoración general no va a entrar en funcionamiento, y por lo tanto Lucio, segundo acreedor, podrá retener los bienes que han sido gravados a su favor y cuya posesión tiene.

(256) Ver § 74.

(257) WAGNER, *Voraussetzungen*, 84-85.

(258) Sobre la acepción de *temperare* como *mässigen* (moderar) ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 581. En este sentido también la interpreta WAGNER, *Voraussetzungen*, 84 n 527.

(259) Sobre esta regla ver lo indicado en la nota 158 del capítulo I (§ 7).

(260) WAGNER, *Voraussetzungen*, 85.

Con base en este análisis, creo que de este rescripto es posible extraer las siguientes conclusiones: 1.—Según mi hipótesis interpretativa, el supuesto de hecho que dio lugar a la consulta fue el siguiente: existencia de una pignoración combinada (especial resto de los bienes) junto con otra especial a favor de Lucio; 2.—El emperador no aplica tajantemente el criterio de *prior tempore potior iure*, sino que con base en la equidad permite que el segundo acreedor (Lucio) retenga bienes que le han sido pignorados y cuya posesión tiene, siempre y cuando el acreedor primero pueda satisfacer su crédito con los bienes que le han sido gravados de forma especial.

§ 85.—CJ 7,8,3 Impm. Severus et Antoninus AA. Antonio 209 p.C.

Ab eo, qui bona sua pignori obligavit, quae habet quaque habiturus esset, posse servis libertatem dari certum est. Non idem iuris est in his servis, qui pignoris iure specialiter traditi vel obligati sunt.

El texto es una constitución de Septimo Severo y Caracalla (261). En el Código de Justiniano está situada en el título octavo del libro séptimo donde se habla de la manumisión del esclavo dado en prenda.

El rescripto, dirigido a un sujeto llamado Antonio, indica que es posible manumitir a un esclavo que queda gravado cuando el deudor pignora todos los bienes presentes y futuros. Igualmente manifiesta que en el supuesto de que el esclavo haya sido entregado o pignorado de forma especial, no es posible la manumisión.

Schulz (252) ha puesto en duda la autenticidad del rescripto. Tras reconocer que en el texto no hay indicio alguno de interpolación, sugiere la siguiente modificación; ...<non> *posse servis libertatem dari certum est.* <Non> *idem iuris est.*... Esta proposición se fundamenta en la postura que este autor mantiene sobre la manumisión del esclavo pignorado; como he indicado ya (263), Schulz creía que en derecho romano clásico la manumisión del esclavo pignorado, tanto de forma especial como general, era nula.

Sin embargo, como muy bien han demostrado Wagner (264) y D'Ors (265), la pignoración general del patrimonio del deudor no impedía la manumisión del esclavo pignorado, por lo que el contenido del rescripto se debe aceptar como auténtico (266).

(261) Sobre la problemática planteada por los rescriptos de esta época ver el análisis de CJ 8,16,1 en este mismo capítulo (§ 83).

(262) SCHULZ, *Fraudatorische Freilassung*, 279.

(263) Ver el capítulo de análisis de Dig 40,8,6 en este mismo capítulo (§ 82).

(264) WAGNER, *Freiheiterteilung*, 163-188.

(265) D'ORS, *Manumisión*, 81-86.

(266) En este sentido, WAGNER, *Freiheiterteilung*, 178-179; FREZZA, *Garanzie* 2, 169; D'ORS, *Manumisión*, 83.

El texto comienza haciendo referencia a un deudor que obligó en prenda sus bienes tanto presentes como futuros. Creo interesante poner de manifiesto cómo este rescripto, al igual que otros textos (267), para referirse a la prenda general, no emplea la expresión *conventio generalis*, sino que se vale de la perífrasis *quae habet quaeque habiturus esset*. Indica el rescripto que el deudor que ha constituido una prenda general sobre su patrimonio *posse servis libertatem dari certum est*. Y esta afirmación a mi entender es perfectamente lógica si se tiene en cuenta que ya en un texto de Gayo, Dig 40,9,29,pr (268) se establecía la posibilidad de manumitir al esclavo pignorado de forma general, siempre que dicha manumisión no se realizara en fraude de acreedores. Igualmente puede confirmar la validez de la manumisión el texto ya analizado de Marciano, Dig 40,8,6, según el cual el esclavo, a partir de una constitución de Marco Aurelio, obtenía la libertad cuando el deudor lo adquiría con la cláusula *ut manumittatur* y no efectuaba dicha manumisión, prevaleciendo por lo tanto los motivos humanitarios frente a los intereses patrimoniales. En tercer lugar, puede servir para confirmar la doctrina contenida en el rescripto, la regulación que este problema recibía en los supuestos de pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de un fundo urbano. Como se ha visto en el análisis de Dig 20,2,6 y en Dig 20,2,9 (269) el inquilino antes de efectuar la *perclusio* podía manumitir al esclavo introducido en la vivienda.

El rescripto en su parte final establece la imposibilidad de aplicar el mismo principio jurídico en los supuestos en que el esclavo haya sido entregado u obligado por un derecho de prenda especial. En esta parte final hay dos puntos que considero interesantes comentar. Por un lado, la frase *traditi vel obligati* que como ha indicado D'Ors (270), parece hacer referencia tanto a un supuesto de prenda con desplazamiento como a un supuesto de prenda sin desplazamiento. Por otro, la referencia al *pignoris iure specialiter*. El término *specialiter* creo que está haciendo referencia a una pignoración (271) que tiene por objeto un bien o bienes concreto(s) y determinado(s). Cuando el esclavo está gravado mediante una pignoración de este tipo, su manumisión no está permitida. Y esta solución parece correcta, ya que en este supuesto la posición del acreedor pignoraticio es diferente a, por ejemplo, la del acreedor general; si se mantiene al esclavo pignorado especialmente, se hace desaparecer la garantía pignoraticia dejando vacío de contenido el derecho de prenda del acreedor. En cambio, en un supuesto en el que la pignoración abarque a un

(267) Por ejemplo Dig 20,1,34,2 (Scaev, Dig 27) (§ 70); Dig 20,1,6 (Ulp, Ed 73) (§ 80); Dig 49,14,28 (Ulp, Disput 3) (§ 79); Dig 20,4,21,pr (Scaev, Dig 27) (§ 71); Dig 40,8,6 (Marc, FormHypothesis) (§ 82); Dig 20,1,15,1 (Gai, FormHypothesis) (§ 68).

(268) Ver el análisis de este texto en este mismo capítulo (§ 69).

(269) Ver el análisis de estos textos en el capítulo dedicado a la pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta urbana (§ § 26 y 30).

(270) D'ORS, *Manumisión*, 83 n 61.

(271) Ver lo indicado en el análisis de Dig 20,1,15,1 en este mismo capítulo (§ 68).

colectivo de bienes que no se concreta, es claro que la situación jurídica del acreedor en principio no corre mucho riesgo si desaparece del patrimonio gravado uno de estos bienes.

Con base en este análisis creo que del texto se pueden extraer las siguientes conclusiones: 1.—En el rescripto no existe indicio alguno de interposición, por lo que su contenido se puede aceptar como auténtico; 2.—El deudor podía manumitir al esclavo si el patrimonio al que pertenecía el esclavo había sido pignorado de forma general; 3.—En el supuesto que el esclavo hubiese sido pignorado de forma especial, es decir, determinando con toda exactitud cuál es el objeto que garantiza el cumplimiento de la obligación, la manumisión no es posible.

§ 86.—CJ 8,16,4 Imp. Alexander A... evocato 225 p.C.

*Nomen quoque debitoris pignerari et generaliter et specialiter posse pri-
dem placuit. Quare si debitor is satis non facit, cui tu creditisti, ille,
cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei cui debuit solvit nondum cer-
tior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere us-
que ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur, qua-
tenus tamen ipse debet.*

El texto es una constitución del emperador M. Aurelius Severus Alexander (272). El rescripto está situado en el título 16 del libro octavo, donde se habla de los diferentes objetos sobre los que se puede constituir una prenda y la forma de hacerlo.

No sé con exactitud a quién está dirigido el rescripto (273), que normalmente ha sido analizado por los romanistas dentro de la problemática del *pignus nominis* (274), aspecto que no voy a tratar aquí. A mi sin embargo me interesa por la referencia que el mismo contiene a la prenda general. Según el comienzo del rescripto desde hacía tiempo (275) era posible constituir un derecho de prenda sobre un crédito. Y este gravamen pignoraticio podía surgir tanto de una prenda de carácter especial como de una pignoración de tipo general (276). Y esta afirmación creo que tiene su lógica. Si parto de que la

(272) Sobre este emperador ver lo indicado en el análisis de CJ 4,65,5, texto analizado en el capítulo dedicado a la pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de un fundo rústico (§ 17).

(273) En el texto, tras los puntos suspensivos que siguen al nombre del emperador Alexander se menciona el término *evocato*.

(274) Ver por ejemplo M. KASER, *Zum pignus nominis*, IURA 20 (1969) 175; 186-187; RPR 1², 465 n 28; 654 ns 16-17.

(275) Como indica WAGNER, *Voraussetzungen*, 113 n 712, creo que el adverbio *pridem* significa que la pignoración de derechos se efectuaba ya en el pasado.

(276) Según W. DRECHSLER, *Die actio utilis des Zessionars* (Freiburg 1941) 33, 78 ss (obra que conozco a través de KASER, [n 274] 187 n 64) la frase *nondum-factus* así como *et generaliter et specialiter* debe considerarse como interpolado, opinión que, no comparto.

prenda general es aquella que grava a todo el patrimonio del deudor, parece consecuencia afirmar que los créditos, un componente más de ese patrimonio, quedan también en garantía.

Con base a esta exposición se puede concluir que en el rescripto se menciona a los créditos como un componente del patrimonio del deudor, y por lo tanto como un elemento que queda pignorado al gravar la totalidad del patrimonio.

§ 87.—CJ 8,25,3 Alexander A. Tauro 227 p.C.

Si ignorante vel invito te debitor tuus, qui universa bona sua ob pecuniam debitam tibi obligaverat, etsi cum re publica, postea contraxit, ius tuum non laesit.

El pasaje es un rescripto del emperador Severo Alejandro (277) dirigido a un sujeto llamado Tauro, que es el acreedor. En el Código está situado en el libro 23 del título 8, donde se trata de la remisión de la prenda.

He seleccionado el rescripto porque en el mismo se hace referencia a una pignoración de *universa bona*, locución que, como se ha visto ya, ha aparecido otras veces en las fuentes (278). A mi entender, plantea el problema inicial de determinar su posible acepción: cuando se habla de la pignoración de todos los bienes, ¿hay que pensar en todos los bienes presentes y futuros, es decir, en todo el patrimonio o sólo en todos los bienes presentes? En principio ambas interpretaciones son posibles. Sin embargo, en este caso creo que la locución no se refiere a la pignoración general de todos los bienes presentes y futuros del deudor, sino a una pignoración que abarca al conjunto de bienes existentes en el patrimonio del deudor en el momento del acuerdo. Y considero que ésta es la hipótesis debido al siguiente planteamiento: si la prenda constituida a favor del acreedor hubiera sido general según mi hipótesis concepción del funcionamiento de la misma, el deudor podía haber contratado perfectamente con cualquier persona, sin tener que pedir para ello el consentimiento al acreedor pignoraticio. Aquí en cambio, el problema central surge precisamente porque el acreedor no ha prestado el consentimiento para que el deudor realice el contrato, se entiende que, sobre uno de los bienes pignorados.

Según esto, el problema planteado es el siguiente: el deudor ha constituido a favor de Tauro una prenda sobre todos los bienes existentes en su patrimonio en ese momento. Posteriormente, el mismo deudor realiza un contrato

(277) Sobre la problemática planteada por la transmisión de los rescriptos de este emperador ver el análisis de CJ 4,65,5 en el capítulo primero (§ 15).

(278) Por ejemplo en CJ 8,13,2 texto analizado anteriormente (§ 84) y en CJ 8,33,1 (texto que se analiza seguidamente (§ 88)).

que afecta a un bien de los pignorados en favor de Tauro sin su consentimiento. Ante este problema, el acreedor Tauro quiere saber cuál es su situación.

La respuesta del emperador es clara: incluso en el supuesto de que el deudor hubiera contratado *cum re publica* no se perjudica su derecho. Y esta respuesta en mi opinión es adecuada. Hay que tener en cuenta que según he indicado en un texto de Ulpiano, Dig 49,14,28 (279) el Fisco, al menos en una primera época, parece que sólo era preferente respecto a los bienes que el deudor hubiera adquirido después del contrato. Por lo tanto, según esto, es perfectamente lógico que incluso en el supuesto de que el deudor haya contratado con el Fisco, prevalezca la posición del acreedor. Pero, ¿qué significado puede tener la frase final *ius tuum non laesit*? Opino que la misma puede ser interpretada en el sentido de que el acreedor podría intentar la *actio Serviana* contra la persona que hubiera contratado con el deudor y tuviera el objeto pignorado.

Con base en este análisis creo que del pasaje es posible extraer las siguientes conclusiones: 1.—Según mi interpretación, en este caso la locución *universa bona* no hace referencia a una prenda general de todo el patrimonio del deudor, de todos sus bienes presentes y futuros, sino a una pignoración de todos los bienes existentes en el patrimonio del deudor en el momento de la *conventio pignoris*; 2.—Por ello el supuesto de hecho que posiblemente dio lugar a la cuestión fue el siguiente: el deudor pignoró a favor de Tauro los bienes existentes en su patrimonio en ese momento. Seguidamente contrató con un tercero, sin el consentimiento de Tauro, disponiendo de uno de los bienes pignorados a su favor: 3.—Ante este hecho, el emperador Alejandro considera que, incluso en el supuesto de que ese tercero que ha contratado con el deudor sea el Fisco, Tauro en ningún momento va a quedar perjudicado por dicho contrato; 4.—Ello supone, según mi interpretación ya que el texto no dice nada sobre esto, que Tauro podrá emplear la *actio Serviana* frente al tercero contratante y pedir posesión del objeto dispuesto sin su consentimiento.

§ 88.—CJ 8,33,1 Imp Alexander A. Nicolae 229 p.C.

Dominii iure pignora possidere desiderans nomina debitorum, quos in solutione cessare dicis, exprimere et, an sollemnia peregisti, significare debuisti, dummodo scias omnia bona debitoris, qui pignori dedit, ut uniuersa dominio tuo generaliter addicantur, impetrare te non posse.

El rescripto es una constitución del año 229, dirigida por Alejandro Severo (280) a Nicola. En el *Codex* está situado en el título 33 del libro octavo dedicado a la obtención del derecho de dominio.

(279) Ver el análisis de este texto en el § 79.

(280) Sobre los problemas planteados por las constituciones de esta época ver el análisis de CJ 4,65,5, rescripto analizado en el capítulo I (§ 15).

El tema central del texto es la *impetratio domini* (281). Como se sabe, la misma tenía lugar cuando no se podía vender la cosa pignorada por no existir comprador alguno. En este supuesto el acreedor podía obtener la propiedad de la cosa por concesión imperial (282). Pero esta concesión no es automática. Según la constitución de Justiniano, que reguló esta materia (CJ 8,33,3,pr) (283) en una época anterior, la obtención del dominio estaba condicionada: 1.—a que hubiera transcurrido el *annus luitionis* (al parecer el deudor podía durante el año siguiente efectuar el pago de la cantidad debida (284) y 2.—a que hubiera tenido lugar una *publica proscriptio* (285), es decir, un ofrecimiento de venta (286).

El texto que analizo creo que hace referencia a estos requisitos. El emperador indica al acreedor que para obtener la posesión de las prendas tenía que mencionar expresamente (287) los nombres de los deudores que según él había dejado de pagar e indicar si había cumplido las formalidades. Lógicamente cabe pensar que una de estas formalidades era la *publica proscriptio*.

A continuación el rescripto pasa a hablar de la prenda general. Indica que no es posible pedir el dominio de todos los bienes que son el objeto de una prenda general. En el supuesto de que el acreedor sea titular de un derecho de prenda sobre la totalidad de los bienes presentes y futuros del deudor, la constitución de Alejandro Severo establece que el acreedor, aún cumpliendo las formalidades exigidas no podrá obtener la adjudicación de la totalidad de los bienes del deudor.

Y esta respuesta imperial es totalmente lógica; si se permitía al acreedor quedarse con la propiedad de todos los bienes que constituían el patrimonio del deudor, la posición de este deudor quedaría notablemente perjudicada, ya que hay que suponer que en un caso de prenda general, ciertos bienes del deudor podrían ser enajenados.

(281) Sobre la *impetratio domini* ver FREZZA, *Garanzie* 2, 230-233; BURDESSE, *Lex commissoria*, 206 ss; KASER, *RPR* 1², 471 n 16; *RPR* 2¹, 320-321; KASER, *Studien* 2, 335 n 310 = *Studien*, 115 n 310.

(282) KASER, *RPR* 1², 471; *RPR* 2² 320; KASER, *Studien* 2, 335 n 310 = *Studien* 115 n 310.

(283) CJ 8,33,3,pr Justinianus A. Demostheni 530 p.C.: *Vetustissimam observationem, quae nullatenus in ipsis rerum claruit documentis, penitus esse duximus amputandam. immo magis clarioribus remediis corrigendam. Igitur in pignoribus, quae iure domini possidere aliquis cupiebat, proscriptio publica et annus luitionis antiquus introducti sunt, pignus autem publice proscriptum neque vidimus neque nisi tantummodo ex librorum recitatione audivimus.*

(284) Al menos este sentido se le da en HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 323.

(285) Sobre las diferentes acepciones del término *proscriptio* ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 472.

(286) Comenta estos requisitos, FREZZA, *Garanzie* 2, 230-233.

(287) En este sentido creo que debe traducirse el término *exprimere*. Sobre otras posibles acepciones del mismo ver HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 196.

Con base en este análisis creo que de este rescripto es posible extraer las siguientes conclusiones: 1.—Alude a una serie de formalidades que debe cumplir el acreedor pignoraticio antes de solicitar la posesión de las prendas en virtud de un derecho de dominio; 2.—Establece expresamente que en el supuesto de que el acreedor sea titular de un derecho de prenda sobre la totalidad de los bienes presentes y futuros del deudor, no puede pedir la *impetratio domini* de todos los bienes que son el objeto de la prenda; 3.—El fundamento de esta respuesta es, en mi opinión, el grave quebranto que dicha posibilidad supondría al deudor pignoraticio.

§ 89.—CJ 8,16,5 Alexander A. Semptimio 233 p.C.

Spem eorum praemiorum, quae pro coronis athletis pensitanda sunt, privata pactione pignerare minime admittendum est: et ideo nec si generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis intervenerit, tenet (288).

El texto es un rescripto de Alejandro Severo (289) dirigido a un sujeto llamado Semptimo. En el Código está situado en el título 16 del libro octavo dedicado a comentar los diferentes objetos que pueden gravarse con un derecho de prenda, así como las formas de constitución de ese gravamen.

El rescripto plantea un problema de pignoración de la esperanza. Según se desprende de la redacción actual del pasaje, la consulta que Semptimo formula al emperador es la siguiente: ¿Es posible consuitir un derecho de prenda sobre la esperanza, por ejemplo, que un atleta tiene en ganar un premio? Ante esta cuestión la respuesta del emperador es absolutamente clara. En modo alguno se admite (*minime admittendum est*) la posibilidad de constituir un derecho de prenda sobre la esperanza. Y según el emperador, en el supuesto de que hubiera existido un pacto general en virtud del cual todos los bienes del deudor, a mi entender, los bienes presentes y futuros quedarán pignorados, la prenda de la esperanza no tiene validez. Si se acepta que la función del derecho de prenda es otorgar seguridad al acreedor pignoraticio, parece lógico sostener que la prenda constituida sobre una mera esperanza es inválida, ya que la misma al tener por objeto una expectativa no otorga ningún tipo de garantía al acreedor.

En este sentido, la pignoración de la esperanza, a diferencia de la compra de la esperanza en que hay pago de un precio fijo (290), creo que tiene lógica el que no se considere válida. Ahora bien, en el supuesto de que

(288) Considero que el verbo *tenere* en este caso se puede traducir como: considerar válido; sobre las posibles acepciones del término ver HERMANN-SECKEL, *Handlexikon*, 582.

(289) Sobre la problemática planteada por la transmisión de los rescriptos de esta época ver el análisis de CJ 4,65,5, rescripto analizado en el capítulo primero (§ 15).

(290) Sobre la problemática planteada por la *emptio spei*, ver KASER, *RPR* I², 549, con la bibliografía allí citada.

no sea la esperanza el objeto pignorado, sino todo el patrimonio del deudor el conjunto de sus bienes presentes y futuros, si la esperanza de ganar el premio se convierte en realidad y el deudor gana una cantidad de dinero, ¿hasta qué punto se puede decir que ese dinero, en cuanto componente del patrimonio del deudor, no queda pignorado? En mi opinión en este hipotético supuesto, como el objeto pignorado no ha sido la esperanza sino el conjunto de bienes, el resultado de esa esperanza quedará pignorado, no en calidad de tal esperanza, sino por ser un componente del patrimonio del deudor (291).

Por lo tanto, con base en este análisis, creo posible afirmar que el texto trata dos hipótesis diferentes: a) la que hace referencia a la esperanza como objeto del derecho de prenda; b) la que hace referencia a la pignoración de todo el patrimonio del deudor. En el primero de los supuestos la pignoración es nula; en el segundo lógicamente la pignoración es válida, ya que la esperanza no queda gravada en cuanto bien concreto y determinado, sino como componente del patrimonio del deudor, ya que el gravamen pignoriatio recae sobre dicho patrimonio.

§ 90.—CJ 8,17,6 Impm. Valerianus et Gallienus AA. Philoxeno 260 p.C.

Si generaliter bona sint obligata et postea res alii specialiter pignorantur, quoniam ex generali obligatione potior habetur creditor qui ante contraxit, si ab illo tu comparasti, non oportet te ab eo qui postea creditur inquietari.

El pasaje es un rescripto de los emperadores P. Licinius Valerianus (Valeriano) y P. Licinius Egnatius Gallienus (Galieno) (292). El texto está situado en el título 17 del libro octavo dedicado a los acreedores que son considerados preferentes.

El texto comienza indicando que se han gravado unos bienes de forma general (*si generaliter bona sint obligata*). Tal como está redactada la frase, no se tiene porqué saber si la pignoración ha abarcado a todos los bienes del deudor, o sólo a algunos. En mi opinión, como he indicado repetidas veces (293) la prenda general abarca a todos los bienes presentes y futuros del deudor. Como en el texto se habla de *generaliter bona obligata*, pienso que es posible pensar que se está ante un supuesto de este tipo. Después de este gravamen, el deudor vuelve a pignorar a otro acreedor determinados bienes. En

(291) En contra de esta acepción se manifiesta WAGNER, *Voraussetzungen*, 130 n 820 a. Según este autor la esperanza quedaba excluida tanto de forma general como especial.

(292) Sobre estos emperadores y la problemática planteada por los rescriptos de su época ver el análisis de CJ 4,65,16, texto analizado en el capítulo dedicado a la pignoración de *invecta et illata* en arrendamientos rústicos (§ 17).

(293) Ver lo indicado en la introducción a este capítulo (§ 67).

este caso según el rescripto la pignoración se ha constituido *specialiter* (294), es decir, mediante un acuerdo que tiene por objeto bienes concretos y determinados del deudor. Llega el momento del vencimiento de la primera obligación garantizada con la prenda sobre todo el patrimonio del deudor y éste no paga. El acreedor lógicamente ejercita su derecho consistente en enajenar los bienes que garantizan su obligación. Estos bienes enajenados por el primer acreedor, son adquiridos por un tal Filoxeno.

Se supone que llega el momento del vencimiento de la segunda obligación. El acreedor pignoraticio, que tiene un derecho de prenda especial sobre los bienes que el primer acreedor ha enajenado se encuentra con que el deudor no le paga por lo que pretende ejercer su derecho sobre los bienes que garantizan el cumplimiento de su obligación y se encuentra con que esos bienes no están en el patrimonio del deudor, sino que los tiene un tercero (Filoxeno). Este segundo acreedor no sabe que su derecho de prenda sobre esos objetos, en cuanto segundo acreedor pignoraticio, se ha extinguido, y por ello se dirige contra el comprador Filoxeno. Pero, como muy bien indica la respuesta imperial, como el primer acreedor en el tiempo era preferente y ejerció debidamente su derecho, Filoxeno que adquirió de él, no puede ser demandado por el segundo acreedor especial. Y esta respuesta imperial en absoluto debe resaltar extraña, ya que la misma se limita únicamente a aplicar los criterios vigentes en el derecho romano para resular los supuestos de pluralidad de hipotecas sobre un mismo objeto: *prior tempore potior iure* (295).

Con base en este análisis creo que el texto es posible deducir que en caso de pluralidad de gravámenes hipotecarios sobre un mismo objeto es preferente el primer acreedor en el tiempo.

§ 91.—CJ 8,13,17 Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Pontiae 293 p.C.

Quamvis ea pecunia, quam a te mutuo frater tuus accepit, comparavit praedium, tamen nisi specialiter vel generaliter hoc obligavit, tuae pecuniae numeratio in causam pignoris non deduxit. Sane personalii actione debitum apud praesiden petere non prohiberis.

El texto es una constitución de los emperadores Diocleciano y Maximiano (296). Está situado en el título trece del libro octavo dedicado a las prendas en general.

(294) Sobre la posible acepción del término ver el análisis realizado en Dig 20,1,15,1, texto estudiado en este capítulo (§ 68).

(295) Sobre esta regla ver lo indicado en la nota 158 del capítulo primero (§ 7).

(296) Sobre la problemática planteada por la transmisión de las constituciones de esta época ver el análisis de CJ 8,14,5, texto estudiado en el capítulo II de este trabajo (§ 37).

El rescripto es una respuesta dada a Poncia, en la cual se le comunica que no tiene derecho de prenda sobre un fundo adquirido con el dinero por ella prestado, salvo que se haya constituido un derecho de prenda especial o general.

He seleccionado el texto por la referencia que en el mismo se hace a la pignoración general. Mediante el uso de los adverbios *generaliter-specialiter*, se están contraponiendo dos posibles formas de pignoración. Como he indicado ya, a mi entender el empleo del adverbio *generaliter* o el adjetivo *generalis* permite pensar que el deudor en cumplimiento de su obligación ha constituido un derecho de prenda sobre todos sus bienes presentes y futuros (297). En cambio, el uso del adverbio *specialiter* o del adjetivo *specialis* da pie a pensar que el gravamen ha recaído sobre un bien o bienes concreto(s) y determinado(s) (298).

El problema que pudo dar lugar a la consulta en mi opinión es como sigue: Poncia ha prestado dinero a su hermano, quien con el mismo ha comprado un fundo. Poncia, no se sabe en base a qué, considera que tiene un derecho de prenda sobre el fundo. Quizás Poncia erróneamente pensaba que, a semejanza de lo que ocurría en el préstamo marítimo (299), ella por el mero hecho de ser prestamista era titular de un derecho de prenda sobre el fundo. Ante esta cuestión planteada a la cancellería, no sé por qué, la respuesta de los emperadores es muy clara: no es titular de semejante derecho de prenda. Y esta respuesta a mi entender es lógica, ya que, a no ser que las partes hayan acordado que se garantizara la devolución de la cantidad prestada mediante una prenda, dicho gravamen no existe. De ahí la respuesta de Diocleciano y Maximiano indicando que la prestamista puede ejercer la acción personal, se entienda derivada del préstamo, por lo tanto la *actio certae creditae pecuniae* (300).

Con base en el análisis realizado cabe deducir que: 1.—El texto contrae el derecho de prenda *specialiter* al *generaliter*; 2.—Indica que la devolución de la cantidad prestada se entiende garantizada, según mi interpretación, con un derecho de prenda únicamente cuando las partes lo hayan acordado así. Por el mero hecho de que el prestatario emplee la cantidad prestada en adquirir un fundo no se debe entender que el prestamista tiene un derecho de prenda sobre ese fondo.

(297) Sobre esta acepción de la prenda general ver la introducción a este capítulo (§ 67).
 (298) Sobre esta concepción de la prenda especial ver el análisis de Dig 20,1,15,1 en este mismo capítulo (§ 68).

(299) Ver el análisis realizado en el capítulo quinto de las fuentes referentes a este tema.
 (300) Sobre esta acción ver KASER, *RPR* 1^o, 531 con la bibliografía allí citada.

§ 92.—CJ 4,10,6 Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Mauricio 293 p.C.

Si in solutum nomen debitoris sui tibi debitor dedit tuus ac te in rem tuam procuratorem fecit, pignora, quae specialiter vel generaliter habes (301) obligata, persequere. Quod si ab his, quibus fuerant obligata, cum potiores erant, distracta probentur, ab emptoribus advocari non posse perspicis.

El texto es una constitución de los emperadores Diocleciano y Maximiano (302) dirigida a un tal Mauricio. En el Código está situada en el título décimo del libro cuarto dedicado a las obligaciones y las acciones.

El rescripto en su estado actual permite deducir que el supuesto de hecho que dio lugar a la consulta pudo ser el que seguidamente se expone. Un deudor dio en pago a su acreedor Mauricio un derecho de crédito. El contenido de este crédito era una relación jurídica desconocida garantizada con un derecho de prenda especial o general. Como el deudor había nombrado al acreedor *procurator in rem suam*, se entiende que se había producido la cesión (303) y que el acreedor lógicamente podía cobrar la cantidad debida al acreedor (su deudor) o en su defecto ejecutar el derecho de prenda especial o general que su deudor tenía. Ahora bien, podía ocurrir que el deudor hubiera dado en pago al acreedor un crédito garantizado no con un primer derecho de prenda, sino con un segundo, tercero, etc. En el supuesto de que esto hubiera ocurrido, y caso de que el primer pignoraticio hubiera enajenado los bienes sobre los cuales el deudor de Mauricio era por ejemplo segundo acreedor pignoraticio, es claro, como ya se ha visto en el análisis de un rescripto de Valeriano y Galieno CJ 8,17,16 (304), que el comprador o compradores de unos bienes enajenados por el primer acreedor no pueden ser demandados por el segundo acreedor o su representante, en este caso el *procurator in rem suam*, quien posiblemente ha querido intentar la *actio Serviana utilis* contra el tercero, pensando que el deudor había enajenado a este tercero bienes pignorados a su favor, y sin tener en cuenta que había acreedores preferentes sobre esos bienes, siendo estos acreedores quienes habían efectuado la *venditio*.

De esta constitución respecto al tema que aquí se analiza, lo único que me interesa es poner de manifiesto la referencia que en la misma se hace a la pignoración *generaliter* que, como ya he indicado repetidas veces, creo que se

(301) P. KRUGER, *Codex Iustinianus*, 154 n 1 escribe *expectes habet*. Sin embargo, creo que la segunda persona del singular (*habes*) es también aceptable si se interpreta como tú, en calidad de procurador, tienes obligadas.

(302) Sobre la problemática planteada por la transmisión de las constituciones de esta época ver el análisis de CJ 8,14,15, texto estudiado en el capítulo II de este trabajo (§ 37).

(303) Sobre la cesión de créditos, a través de la *procuratio in rem suam* ver lo indicado en el análisis de Dig 13,7,11,5 en el capítulo segundo de esta obra (§ 31).

(304) Ver el análisis de este texto en este mismo capítulo (§ 90).

refería a la pignoración que tenía por objeto todos los bienes presentes y futuros del deudor.

Con base en el análisis realizado creo que del texto se pueden extraer las siguientes conclusiones: 1.—El tema central debatido en el mismo, según mi interpretación, hace referencia a una dación en pago de un crédito mediante el nombramiento del deudor al acreedor de *procurator in rem suam*, nombramiento que le faculta para pedir la ejecución del derecho de prenda que se le ha cedido; 2.—No plantea directamente un problema de prenda general, sino que se limita a hacer referencia a la misma (*quae... generaliter habes obligata...*).

§ 93.—CJ 7,72,6 Diocletianus et Maximianus.AA. et CC. Agathemero 293 p.C.

Pro debito creditores addici sibi bona debitoris non iure postulant. Unde si quidem debitoris tui ceteri creditores pignori res acceperunt, potiores eos quam te chirographarium creditorem habere non ambigitur (1). Quod si specialiter vel generaliter nemini probentur obligatae ac sine successore communis debitor vel heres eius decessit, non dominii rerum vindicatione, sed possessione bonorum itemque venditione aequali portione pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consul potest.

Se está ante una constitución de los emperadores Diocleciano y Maximiano (305). En el *Codex* está situada en el título 72 del libro séptimo dedicado a la posesión o venta de bienes por autoridad de juez, así como a la separación de bienes.

De la constitución dirigida a un griego llamado Agatemero en el año 293 p.C., me interesa únicamente la referencia que en el párrafo primero de la misma se hace a la prenda general, referencia que, a mi entender, hay que situar en el contexto de la *venditio bonorum* con permiso del magistrado (306). Caso de insolvencia del deudor, una vez realizada la cesión de los bienes, los acreedores mediante la elección de un *magister* proceden a la venta de los bienes, para con el producto obtenido satisfacerse. Ahora bien, de esa masa cursal, hay que separar una serie de bienes, en este caso los que han sido pignorados de forma general o especial (307) y esta exclusión parece lógica, ya que estos bienes garantizan unos determinados créditos cuyos titulares son unos determinados acreedores.

(305) Sobre la problemática planteada por la transmisión de las constituciones de esta época ver lo indicado en el análisis de CJ 8,14 (15), § texto estudiado en el capítulo II de esta obra (§ 37).

(306) Sobre la misma ver, KASER, *ZPR*, 406 y D'ORS, *DRP*⁵, 165.

(307) En este sentido, D'ORS, *DRP*⁵, 164-165.

Según esto, el rescripto no plantea problemas específicos de prenda general sino que, únicamente contiene una referencia a unos bienes que han sido obligados *generaliter*, expresión con la cual creo que se está haciendo referencia a una prenda de todos los bienes presentes y futuros del deudor, y quedan excluidos de la masa concursal caso de producirse la *venditio bonorum*.

Con base en este análisis creo que del texto es posible deducir lo siguiente: 1.—El tema central del texto es un problema de puesta en posesión de los bienes del deudor a los acreedores, tras la muerte de éste para proceder a la venta de los mismos; 2.—Según el párrafo primero del rescripto, los bienes pignoralados de forma general y especial quedan excluidos de la masa concursal, caso de producirse la *venditio bonorum*.

§ 94.—CJ 8,27,17 Imppp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Agapae 294 p.C.

Rei creditor obligatae generalit sive speciali conventionone per creditorem alium, cui non fuerat nexa, venundatae non amittit persecutionem.

El rescripto es de los emperadores Diocleciano y Maximiano (308). Está dirigido a una ciudadana llamada Agapa, y la redacción actual del texto permite pensar que la cuestión planteada fue la siguiente: ¿pierde el acreedor pignoraticio general o especial su derecho a perseguir el objeto pignorado si otro acreedor, que no tenía derecho de prendas sobre el objeto, lo vende? Ante esta cuestión la respuesta imperial es clara y contundente. Lógicamente el acreedor pignoraticio, por ser titular de un derecho real, puede perseguir el objeto gravado frente a terceros, si otro acreedor que no tenía un derecho de prenda sobre el objeto lo había enajenado. La respuesta hubiera sido distinta si el acreedor que enajenó el objeto tenía un derecho de prenda sobre el mismo. Como se ha visto ya en dos constituciones diferentes, CJ 8,17,6 (260 p.C.) (309) y CJ 4,10,6 (293) (310), el comprador de un acreedor pignoraticio que enajena las cosas en ejecución de su derecho de prenda, no puede ser molestado por el segundo acreedor, ya que el derecho de este segundo acreedor ha desaparecido al enajenarse el objeto pignorado.

El texto me interesa únicamente por la referencia que en el mismo se hace a la pignoración general. En mi opinión, el hecho de que se hable de una *generalit conventionone* es elemento suficiente para pensar que se puede estar ante una prenda que abarca a todos los bienes presentes y futuros del deudor.

(308) Sobre la problemática planteada por las constituciones de esta época ver CJ 8,14 (15), 5 texto analizado en el capítulo II de esta obra (§ 37).

(309) Ver el análisis de este texto en este mismo capítulo (§ 90).

(310) Ver el análisis de este texto en este mismo capítulo (§ 92).

Con base en lo expuesto hasta ahora, creo que del texto es posible deducir lo siguiente: 1.—El acreedor pignoraticio, con base en su derecho real de prenda, puede dirigirse frente a terceros que han adquirido el objeto gravado, si la enajenación ha sido hecha por un acreedor que no tenía un derecho de prenda sobre el objeto; 2.—El rescripto contiene una referencia a una *conventio generalis*, que a mi entender, puede ser interpretada como la referida a todos los bienes presentes y futuros del deudor.

§ 95.—CONCLUSIONES

Una vez realizado el análisis de los diferentes pasajes en los que, a lo largo de la época clásica se menciona la pignoración general, que según mi opinión abarcaba todos los bienes presentes y futuros del deudor, surgida de una relación contractual, creo posible establecer las siguientes conclusiones:

1.—Aparición

La primera referencia que se encuentra en las fuentes sobre la prenda general es un texto de Gayo (Dig 40,9,29,pr). Sin embargo, otro texto de este mismo autor (Dig 20,1,15,1) pone de manifiesto cómo en esta época también fue frecuente la pignoración de un conjunto de bienes del deudor (*cetera bona*) combinada con una pignoración especial.

2.—Evolución

Según se deduce del análisis de Dig 20,1,1,pr, en la época de Papiniano la prenda general estaba totalmente admitida. A lo largo del siglo tercero parece que fue muy frecuente como lo ponen de manifiesto las numerosas constituciones que se han transmitido (por ejemplo: CJ 8,13,2-204 p. C.; CJ 8,16,4-225 p.C.; CJ 8,33,1-229 p.C.; CJ 8,16,5-223 p. C.; CJ 8,17,6-260 p.C.; CJ 8,13,17-293 p. C.; CJ 4,10,6-293 p.C; CJ 7,72,6,1-293 p.C.; CJ 8,27,17-294 p.C.).

3.—Constitución

La prenda general se constituía por el mero acuerdo de voluntades de las partes, según se establece en un texto de Papiniano (Dig 20,1,1,pr) y otro de Paulo (Dig 20,1,29,pr). Ahora bien, respecto a la prenda sobre los bienes futuros, era necesario que los mismos entraran en el patrimonio del deudor para que se entendiera constituido el derecho de prenda. Según se desprende de mi hipótesis interpretativa de un texto de Ulpiano (Dig 20,4,7,1) la entrada de esos bienes parece que era una *condicio iuris* para que los mismos se consideraran gravados.

4.—*Sujetos*

No se encuentran en los textos suficientes menciones como para poder establecer consideraciones generales acerca de los sujetos que normalmente intervienen en este tipo de prenda. La mayor parte de las veces no se menciona expresamente a los titulares de los acuerdos pignoraticios, sino que simplemente se habla de deudor y de acreedor (por ejemplo en un texto de Escévola, Dig 20,1,34,2; en otro de Papiniano, Dig 20,5,1,pr, etc.). Algunas veces se emplean nombres que debemos suponer ficticios, tales como Ticio (por ejemplo en Escévola, Dig 20,4,2,1,pr o en Ulpiano, Dig 20,4,7,1) o Seya (en Escévola, Dig 20,4,2,1,pr). Pero, sin lugar a dudas, el dato más interesante respecto a los sujetos es que el Fisco como particular, puede ser titular, de un derecho de prenda general a su favor, según se desprende de Escévola (Dig 20,4,2,1,pr). Aunque a veces el deudor se servía de un esclavo para constituir el gravamen, la relación pignoraticia se entendía establecida entre el *dominus* propietario del esclavo y el acreedor, quedando el esclavo gravado como un bien más según se desprende de Paulo, Dig 20,1,29,3.

5.—*Objeto*

La prenda general según mi interpretación de las fuentes recaía sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor, pudiendo ser dichos bienes por ejemplo: dinero recibido en préstamo (Escévola, Dig 20,1,34,2); créditos (CJ 8,16,4-225 p.C.); fondos (CJ 8,13,17-293 p.C.); dinero obtenido en premios (CJ 8,16,5-223 p.C.); los esclavos (Paulo, Dig 20,1,29,3), etc.

Ahora bien, de esta prenda general se podían considerar excluidos una serie de bienes que en mi opinión serían: a) los objetos de uso personal; b) los objetos de uso cotidiano y c) los objetos sobre los que el deudor sentía un especial afecto. Esta exclusión, aunque no se manifiesta expresamente en los textos (Dig 20,1,6-9 y CJ 8,16,1), creo que tenía lugar de forma tácita. Igualmente, según mi hipótesis interpretativa, estos objetos podían ser objeto de prenda en el supuesto de que las partes así lo manifestaran de forma expresa. Cuando, mediante la *actio Serviana* se tratara de pedir la ejecución de alguno de estos bienes, tácitamente excluidos mientras no se manifestara lo contrario, dicha acción según se desprende de Paulo, Dig 20,1,7, no prosperaría.

Si bien a lo largo de los textos no se indica expresamente el momento en que el derecho de prenda general se concreta, según mi interpretación, tendría lugar al cumplirse el vencimiento de la obligación. Según esto, los bienes que en ese momento constituyeren el patrimonio del deudor, serían los que efectivamente garantizarían el cumplimiento. En algún caso el momento de la concreción de la prenda general, coincidió con el momento de la muerte del causante (Paulo, Dig 20,1,29,pr).

6.—*Relación jurídica garantizada*

En la mayor parte de los textos no se indica expresamente cuál es la relación jurídica que el deudor quería garantizar al constituir el gravamen sobre todos los bienes presentes y futuros. Sin embargo, en algunos casos esta relación subyacente parece que era el préstamo (Escévola, Dig 31,89,4; CJ 8,13,17-293 p.C.).

7.—*Derechos del deudor*

Del análisis de Gayo (Dig 40,9,29,pr) y de CJ 7,8,3 (209 p.C.), se deduce que el deudor tenía derecho a manumitir al esclavo pignorado de forma general siempre y cuando dicha manumisión no fuera realizada en fraude de acreedores. Cuando el deudor adquiría el esclavo con la cláusula *ut manumittatur*, dicha manumisión no sólo estaba permitida, sino que incluso era obligatoria según se desprende de un texto de Marciano, Dig 40,8,6.

No he encontrado en los textos analizados referencias expresas al derecho de venta que, según mi hipótesis interpretativa del funcionamiento de la prenda general, el deudor debía de tener. Analógicamente a lo que ocurría en los supuestos de *pignus tabernae* y de *pignus gregis* en que se reconocía al deudor expresamente esta posibilidad, creo que en los supuestos de prenda general el deudor podría enajenar bienes de su patrimonio pignorados sin que dicha enajenación constituyera hurto, ya que el objeto gravado con la prenda era el patrimonio en su totalidad; en absoluto los diferentes elementos componentes de dicho patrimonio.

8.—*Derechos del acreedor*

Tal como he interpretado las fuentes, creo que el acreedor de una prenda general tenía derecho a; a) enajenar los bienes que componían el patrimonio del deudor, en el supuesto de que llegado el momento del vencimiento no se le abonara la deuda, según se desprende de un texto de Escávola, Dig 31,89,4, otro de Papiniano, Dig 20,5,1,pr y CJ 8,27,17 (294 p.C.); b) si bien no se menciona expresamente en un texto de Papiniano, Dig 20,5,1, según mi interpretación, el acreedor tenía derecho a dirigirse frente a terceros poseedores de objetos pertenecientes al patrimonio del deudor y que por lo tanto estaban gravados a su favor. Tácitamente CJ 8,27,17-294 p.C., creo que confirma este derecho; c) según se deduce del análisis de Papiniano, Dig 20,1,1, el acreedor podía emplear, tanto frente al deudor como frente a terceros, la *actio Serviana utilis*; esta acción, en calidad de útil podía ser utilizada por el acreedor sin necesidad de probar que la cosa había estado *in bonis* en el patrimonio del deudor en el momento de la *conventio* (Gayo, Dig 20,1,15,1); d) Según se deduce de CJ 8,33,1 (229 p.C.), el acreedor no tenía derecho a solicitar la posesión de los bienes que componía el patrimonio del deudor mediante la *impretratio domini*.

9.—*Pluralidad de acreedores*

En aquellos supuestos en que se daba una pluralidad de acreedores sobre el patrimonio del deudor, se aplicaba la regla general (*prior tempore potior iure*) para establecer el acreedor preferente según se deduce de un texto de Papiniano, Dig 20,4,2, de CJ 8,25,3 (227 p. C.) y de CJ 8, 17,6 (260 p.C.) Según se desprende de mi interpretación de Papiniano, Dig 20,4,2, en el supuesto de que concurrieran una pignoración combinada (primero se gravaba un bien concreto, y sólo para el caso de que el dinero obtenido mediante la ejecución de dicho bien no fuera suficiente, se consideraba pignorado el resto de los bienes) con otra especial sobre un bien que ya estaba gravado por pertenecer a los *cetera bona*, el segundo acreedor, titular de un derecho de prenda especial sobre alguno de los bienes pasaba a ser acreedor pignoraticio único en el supuesto de que el primer acreedor pignoraticio quedara satisfecho con el dinero obtenido de la ejecución del bien pignorado de forma especial, ya que en este caso la hipoteca sobre el resto de los bienes no había nacido.

10.—*Modificación de rango*

Según se desprende del análisis de CJ 8,13,2 (204 p.C.), era posible, con base en la equidad y como norma de *ius singulare*, que el segundo acreedor pignoraticio retuviera objetos pignorados a favor del primero, siempre y cuando dicho acreedor pudiera satisfacer en crédito con otros bienes.

Caso de que concurrieran en calidad de acreedores del patrimonio del deudor, un particular y el Fisco, se consideraba preferente al Fisco respecto a los bienes del deudor que hubiera entrado en su patrimonio después del contrato con el Fisco, según se deduce de mi interpretación de un texto de Ulpiano, Dig 49,14,18.

11.—*Extinción*

Según la interpretación que he efectuado un texto de Escévol Dig 20,4,21,pr y teniendo en cuenta que el texto no lo manifiesta expresamente, en la época de este jurista. La novación de la obligación principal de la que dependía la garantía pignoraticia, no producía la extinción automática del derecho de prenda.



CONCLUSIONES GENERALES

Una vez efectuado el análisis de los diferentes pasajes, y habiendo establecido mediante conclusiones parciales el posible funcionamiento del derecho de prenda cuando el mismo se había constituido sobre algunas de las colectividades previamente determinadas, creo posible extraer a modo de conclusiones generales las siguientes consideraciones:

1.—*Posiblemente en el derecho romano clásico no existió una concepción unitaria del derecho de prenda sobre colectividades.* Y esta afirmación se fundamenta en que, como se ha visto a lo largo de los diferentes supuestos analizados, aspectos como la constitución, los derechos de las partes otorgantes de la relación pignoraticia, o incluso la misma protección otorgada al acreedor, fueron regulados de forma diferente según el objeto pignorado.

1.1.—Por lo que se refiere a la constitución del derecho de prenda cabe señalar:

1.1.1.—En los supuestos de pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la venta de fundo rústico, dicha constitución se realizaba mediante un acuerdo expreso entre el colono y el arrendador (§ 18.2.a) al que seguía la *importatio in fundum* (§ 18.2.b), introducción que tenía carácter permanente (§ 18.2.c).

1.1.2.—En los supuestos de pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de un fundo urbano, la constitución del derecho de prenda, si bien en sus orígenes fue expresa, se realizaba de forma tácita (§ 38.2).

1.1.3.—En la pignoración de frutos creo que el análisis de los textos permite distinguir dos casos: pignoración de frutos en garantía del pago de la renta de un arrendamiento rústico y pignoración de frutos en garantía de cualquier obligación. Por lo que se refiere al primer supuesto, en una fase inicial se exigió el acuerdo expreso. Sin embargo, en época de Papiniano y Paulo dicho acuerdo era tácito (§ 48.2.b). Respecto a la pignoración de frutos en garantía de cualquier obligación creo que se dio una evolución semejante: en época de

Gayo se exigía el acuerdo expreso, mientras que en época de Alejandro Severo, dicho acuerdo no era necesario (§ 48.2.b).

1.1.4.—La constitución del derecho de prenda sobre el rebaño, la taberna y el bosque se realizaba mediante el acuerdo de voluntades (§ 57.B.2); la constitución de un derecho de prenda sobre las mercancías en garantía de cualquier obligación, se realizaba mediante un acuerdo de voluntades seguido de la entrega de dichas mercancías (§ 57.A.2).

1.1.5.—Respecto a la constitución del derecho de prenda sobre las mercancías en garantía del préstamo marítimo no se hace alusión expresa en las fuentes a requisitos especiales, por lo que cabe pensar que surgía por el mero acuerdo de voluntades (§ 66.2).

1.1.6.—La constitución del derecho de prenda general se realizaba mediante un acuerdo de voluntades de las partes (§ 95.3).

1.2.—Por lo que se refiere a los derechos de las partes intervinientes en las relaciones pignoraticias, el análisis efectuado nos demuestra que no siempre fueron los mismos. En concreto, interesa poner de manifiesto la variable situación jurídica del deudor pignoraticio según hubiera sido uno u otro el objeto gravado.

1.2.1.—En la pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de un fundo rústico, no se encuentra referencia alguna directa a posibles derechos del deudor pignoraticio.

1.2.2.—En cambio, en la pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de un fundo urbano los derechos del deudor están claramente establecidos: así por ejemplo el deudor podía manumitir esclavos siempre que dicha manumisión se efectuara antes de la *perclusio*; igualmente, podía ceder gratuitamente a un tercero el uso de la vivienda. También podía subarrendar dicha vivienda (§ 38.6).

1.2.3.—Por lo que se refiere a la pignoración de frutos el deudor podía enajenarlos siempre que los mismos hubieran quedado pignorados mediante un acuerdo tácito, ya que en caso de pignoración expresa dicha enajenación constituiría hurto (§ 48.6).

1.2.4.—En los supuestos de pignoración de rebaños, taberna y bosque, el deudor podía realizar actos de disposición de los elementos que componían el conjunto, ya que el objeto pignorado era el colectivo como tal, tienda, rebaño, bosque, etc., y no los elementos componentes de este colectivo (§ 57.B.6). Caso de haberse producido la pignoración de mercancías el deudor podía constituir un segundo gravamen, se entiende siempre que el primer acreedor prestara su consentimiento (§ 57.A.6).

1.2.5.—En la pignoración de mercancías en garantía del préstamo marítimo, el deudor podía constituir un segundo gravamen sobre dichas mercancías (§ 66.6).

1.2.6.—En la prenda general, se le reconocía al deudor el derecho a munimitir esclavos pignorados (§ 95.7).

1.3.—Por lo que se refiere a la protección otorgada al acreedor va a ser expuesto en los puntos 2 y 3.

Esta serie de datos sobre las diferentes formas de constitución del derecho de prenda, los diferentes derechos de las partes, sobre todo del deudor, y la diversa protección otorgada en cada caso, creo que permiten afirmar que en el derecho romano clásico no existió un concepto unitario de prenda sobre colectividades.

2.—*En mi opinión, el derecho de prenda no siempre tuvo las características que permiten conceptualizar a un derecho, al menos desde la perspectiva actual, como real; en concreto, el otorgar al acreedor pignoraticio una protección tanto frente al deudor como frente a terceros y facultarle la ejecución de los bienes pignorados en caso de incumplimiento.*

2.1.—Creo que en una primera fase el acreedor tuvo a su disposición el interdicto Salviano, que únicamente constituía un mero medio de presión, ya que los objetos poseídos en virtud de su ejercicio, no podían ser ejecutados (§ 18.7).

2.2.—La protección real surgió con la *actio Serviana* (§ 18.7). Pero incluso en esta segunda fase en que dicha acción permitía al acreedor la obtención de los objetos y su posterior ejecución, según mi hipótesis interpretativa, no siempre dicha acción podía ser la ejercitable. En concreto, en aquellos supuestos en que el acreedor pretendiera tomar posesión de los bienes muebles fungibles pignorados a su favor y que el deudor había dispuesto en favor de un tercero (por ejemplo las mercancías sin identificar) creo que dicha acción no podría ser empleada. La inaplicabilidad, según mi interpretación, se produciría por que dicha acción tenía un funcionamiento paralelo a la *revindicatio* (§ 66.10). En este supuesto, por lo tanto, creo que es posible afirmar que la seguridad jurídica del acreedor en cuanto titular de un derecho de prenda, presuntamente real, quedaría notablemente debilitada.

2.3.—Igualmente, esta seguridad podía verse disminuida al admitir que acreedores posteriores al primero fueran considerados preferentes. Por ejemplo los acreedores titulares de créditos derivados de gastos de entierro y funeral, eran preferentes al acreedor pignoraticio titular de un derecho de prenda sobre los *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de un fundo tanto rústico como urbano (§ 18.8).

2.4.—Y a mi entender, también mermaría la seguridad del acreedor pignoraticio la facultad reconocida al deudor en los supuestos de pignoración de colectividades de realizar actos de disposición (ver lo indicado anteriormente en la conclusión 1.2).

3.—Por lo que se refiere a la *evolución* del derecho de prenda sobre colectividades en derecho romano clásico, creo que el estudio realizado permite establecer las siguientes consideraciones:

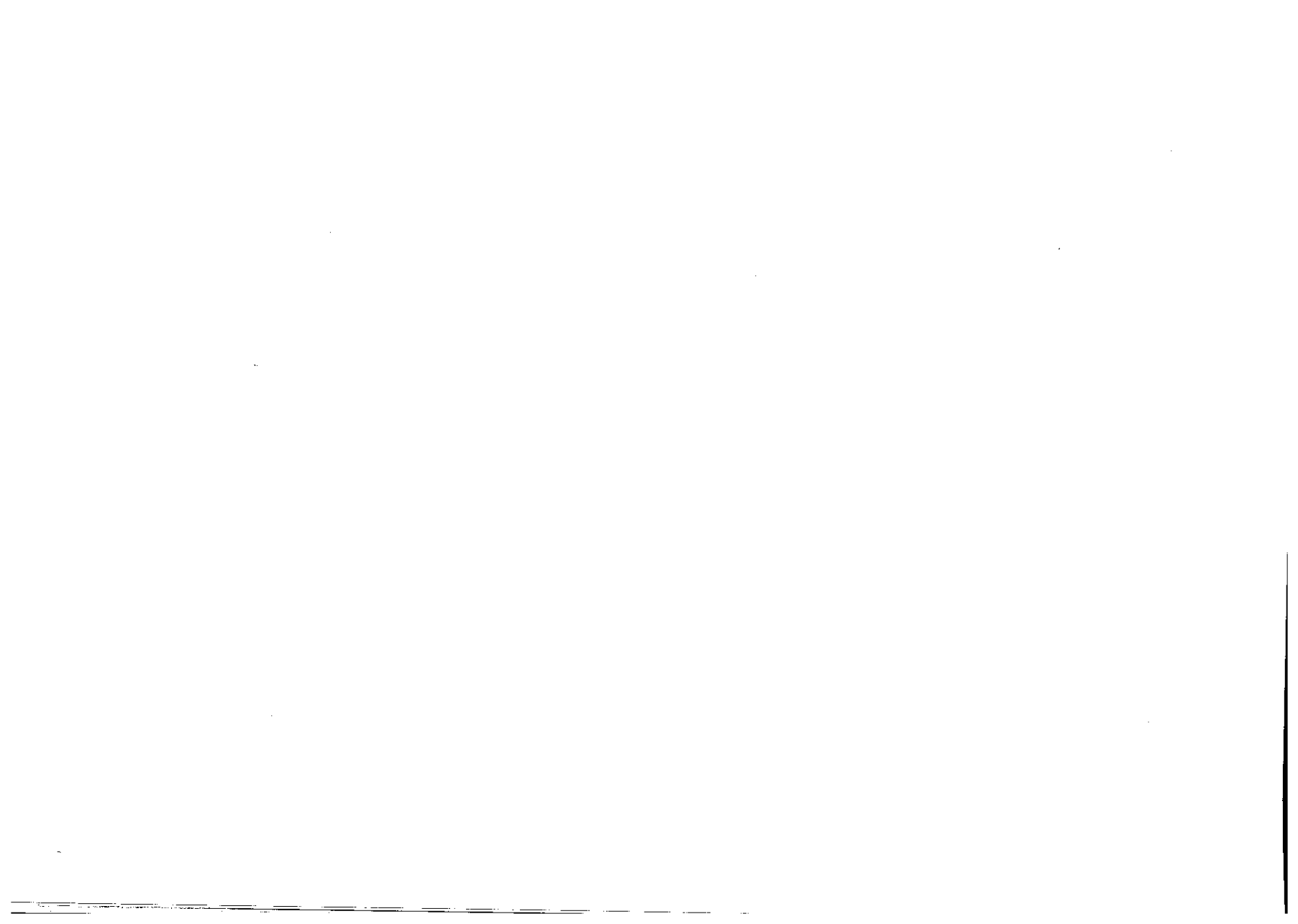
3.1.—*Existió una marcada tendencia a ampliar el objeto pignorado* con lo que ello supone, desde una perspectiva actual, de desvirtuamiento del carácter real del derecho de prenda. Frente a la pignoración especial de bienes concretos y determinados que permanecían en poder del acreedor, se admitió a medida que transcurría la época clásica la pignoración de diferentes colectividades que permanecían en poder del deudor. Así por ejemplo, mientras que la pignoración de *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de un fundo tanto rústico como urbano estuvo plenamente aceptada y desarrollada a comienzos del siglo I p.C. (Labeón), (§ 18.1 y 38.1), la pignoración de frutos tanto en garantía del pago de la renta de un fundo rústico como en garantía de cualquier otra obligación surgió con posterioridad (con Africano y Gayo respectivamente) (§ 48.1). Igualmente, según mi interpretación, creo que Gayo es el primer jurista que menciona la prenda general (§ 95.1), mientras que la pignoración de mercancías en garantía del préstamo marítimo, de la *taberna* y del rebaño, aparece tratada en las fuentes por primera vez con Escévola (§ 57.B.1 y § 66.1).

3.2.—*Esta progresiva ampliación* de los supuestos de pignoración de colectividades *determinó igualmente una evolución en la protección del acreedor pignoraticio*. Del interdicto inicial que, como he indicado ya (ver 2.1) creo que constituía un mero medio de presión, se pasó en una fase posterior a conceder al acreedor pignoraticio que fuera titular de un derecho de prenda sobre los *invecta et illata* en garantía del pago de la renta de un fundo rústico una *actio Serviana* (ver 2.2). Esta acción, que surgió en una fecha difícil de deducir del estado actual de las fuentes que tratan del tema, pero que según mi hipótesis interpretativa situo con Kunkel hacia mediados del siglo I a.C., permitía obtener no sólo la posesión de los *invecta et illata* que garantizaban el pago de la renta del fundo rústico, sino también pedir su ejecución en caso de incumplimiento (§ 18.7).

3.3.—*Esta actio Serviana utilizable en sus orígenes únicamente por el acreedor pignoraticio titular de un derecho de prenda sobre los invecta et illata en garantía del pago de la renta de un fundo rústico, se otorgó posteriormente en otros supuestos diferentes*. En concreto, se menciona la *actio Serviana utilis* como el medio jurídico adecuado para defender los intereses jurídicos del acreedor en los casos de pignoración de frutos (§ 48.6) y de prenda general (§ 95.8).

Igualmente esta acción, pero con el nombre de *hypothecaria* era la concedida en el caso del *pignus tabernae* (§ 57.7).

3.4.—Respecto a este punto de la protección creo interesante poner de manifiesto que, en las fuentes que hablan de la pignoración de mercancías en el préstamo marítimo y en las que mencionan la pignoración de los insecta et illata en garantía del pago de la renta de un fundo urbano, dicha acción no es mencionada. Esta omisión, a mi entender, puede ser debida a la dudosa aplicabilidad de dicha acción en estos supuestos. En el primer caso, porque el acreedor pignoraticio no es titular, según mi interpretación de las fuentes, de un auténtico derecho de prenda, ya que al inquilino sólo se le exigía la introducción de los objetos a título de prenda, pero no la auténtica constitución de un derecho de prenda. Así por ejemplo podía introducir a título de prenda bienes ajenos sin el consentimiento del tercero propietario, bienes que lógicamente no permanecían gravados (§ 38.7). En el supuesto de la pignoración de mercancías en el préstamo marítimo, la inaplicabilidad podía ser debida a la indeterminabilidad del objeto pignorado (las mercancías) (§ 66.10).



APENDICES

INDICE DE FUENTES

I.-JURIDICAS

- Dig 2,8,1
Dig 2,13,1,2
Dig 2,13,4,pr
Dig 2,13,6,6
Dig 2,11,10,1
Dig 2,14,4,pr
Dig 2,14,27,9
Dig 2,15,8,15
Dig 4,2,10,1
Dig 4,4,9,pr
Dig 4,4,50
Dig 4,4,37,1
Dig 4,9,1,pr-6
Dig 4,9,1,6
Dig 4,9,1,7
Dig 4,9,1,8
Dig 4,9,3,pr-1
Dig 5,3,41,1
Dig 6,1,23,5
Dig 6,1,40
Dig 6,3,1,pr
Dig 7,1,9,7
Dig 7,1,10
Dig 7,1,13,8
Dig 7,6,5,5
Dig 7,8,12,2
Dig 8,1,16
Dig 8,4,1,pr
Dig 9,2,17
Dig 9,2,18
Dig 9,2,29,7
Dig 9,4,22,1
Dig 10,2,18,6
Dig 10,2,29
Dig 10,2,33
Dig 10,3,6,9
Dig 10,4,3,15
42.
216 n 112.
216 n 112.
216 n 112.
82 n 255.
10, 98 n 24, 113-114, 143 n 280, 157, 187.
187 n 127.
26 n 20.
26 n 23.
26 n 23.
26 n 21.
83 n 256.
267.
267.
11, 258 n 141, 267-270, 274.
267.
267.
262 n 163, 301 n 122.
222 n 136.
64 n 170.
37 n 31.
219 n 124, 220.
219 n 124, 220.
139 n 257 y 139 n 260.
262 n 163, 301 n 122.
222 n 136.
64 n 170, 262 n 163, 301 n 122.
46 n 86.
262 n 163, 301 n 122.
262 n 163, 301 n 122.
26 n 23.
262 n 163, 262 n 164, 301 n 122.
26 n 23.
208 n 75.
26 n 23.
208 n 75.
262 n 163, 262 n 164, 301 n 122.

- Dig 10,4,5
 Dig 11,7,12,5-6
 Dig 11,7,14,1
 Dig 11,7,45
 Dig 12,1,4,1
 Dig 12,1,25
 Dig 12,2,40
 Dig 12,3,3
 Dig 12,6,13
 Dig 13,1,19
 Dig 13,6,21
 Dig 13,7,1,pr
 Dig 13,7,1,2
 Dig 13,7,9,pr
 Dig 13,7,9,3
 Dig 13,7,9,4
 Dig 13,7,11,3
 Dig 13,7,11,5
 Dig 13,7,11,7
 Dig 13,7,14
 Dig 13,7,16
 Dig 13,7,16,pr
 Dig 13,7,17
 Dig 13,7,18
 Dig 13,7,18,2
 Dig 13,7,18,3
 Dig 13,7,18,4
 Dig 13,7,20,pr
 Dig 13,7,22,pr,2,4
 Dig 13,7,22,2
 Dig 13,7,24
 Dig 13,7,26,pr-1
 Dig 13,7,31
 Dig 13,7,33
 Dig 13,7,36,1
 Dig 13,7,40,2
 Dig 13,7,41
 Dig 13,7,43,1
 Dig 13,32,1,pr
 Dig 14,2,6
 Dig 14,3,11,5
 Dig 14,6,7,2
 Dig 14,6,9,pr
 Dig 15,1,2,8
 Dig 15,1,23
 Dig 15,1,36
 Dig 16,1,13,1
 Dig 16,1,17,1
 Dig 16,1,29
 Dig 16,1,32,1
 Dig 17,1,59,2
 Dig 17,2,52,15
 111 n 103.
 26 n 23.
 9,74-75,92,160.
 75 n 220.
 37 n 29.
 272 n 189.
 26 n 25.
 111 n 100.
 26 n 20, 208 n 75.
 60 n 193.
 164 n 10.
 217.
 55 n 129, 208 n 75.
 208 n 75.
 42 n 62, 43 n 71.
 208 n 75.
 26 n 21.
 10, 97 n 22, 132-137, 146 n 298, 158, 159, 160,
 178 n 77, 347 n 303.
 74 n 215, 208 n 75.
 128 n 204, 218.
 218.
 208 n 75.
 221 n 130.
 218.
 177 n 76.
 11, 217-221, 226, 227.
 208 n 75.
 82 n 253, 154 n 332, 218.
 26 n 25.
 208 n 75.
 26 n 25.
 26 n 23.
 164 n 10, 208 n 75, 209 n 76.
 163 n 3, 221 n 130.
 208 n 75, 262 n 163, 301 n 122.
 208 n 75, 209 n 76.
 311 n 158.
 111 n 100.
 156.
 235 n 29.
 111 n 100.
 26 n 24, 208 n 75, 209 n 76.
 208 n 75.
 255 n 120.
 26 n 23.
 26 n 25.
 311 n 160.
 26 n 20, 26 n 24.
 262 n 163; 301 n 122.
 163 n 5.
 111 n 100.
 111 n 100, 139 n 262.

- Dig 18,1,74
 Dig 18,2,10
 Dig 19,2,7
 Dig 19,2,9,1
 Dig 19,2,9,4
 Dig 19,2,11,2
 Dig 19,2,13,11
 Dig 19,2,19,2
 Dig 19,2,19,6
 Dig 19,2,24,1
 Dig 19,2,24,2
 Dig 19,2,24,4
 Dig 19,2,24,5
 Dig 19,2,30,pr
 Dig 19,2,30,1
 Dig 19,2,32
 Dig 19,2,49
 Dig 19,2,53
 Dig 19,2,54,pr
 Dig 19,2,54,1
 Dig 19,2,55,2 = PS 2,18,5
 Dig 19,2,56
 Dig 19,2,57
 Dig 19,2,58,pr
 Dig 19,2,58,2
 Dig 19,2,60
 Dig 20,1,1,pr
 Dig 20,1,1,1
 Dig 20,1,1,2
 Dig 20,1,1,3
 Dig 20,1,1,4
 Dig 20,1,4
 Dig 20,1,5
 Dig 20,1,6
 Dig 20,1,7
 Dig 20,1,8
 Dig 20,1,9,pr
 Dig 20,1,10
 Dig 20,1,11,pr
 Dig 20,1,11,1
 Dig 20,1,11,2-3
 Dig 20,1,13,pr
 Dig 20,1,13,1
 Dig 20,1,13,2
 Dig 20,1,13,3
 Dig 20,1,13,4
 Dig 20,1,15,pr
 Dig 20,1,15,1
 111 n 103.
 26 n 25.
 96 n 10.
 38 n 29.
 222 n 136.
 151.
 9, 37 n 29, 75-79, 89, 90, 91.
 39 n 45, 71 n 201, 71 n 202.
 97 n 17.
 10, 177 n 76, 183-186, 190, 191.
 95 n 3, 97 n 16.
 37 n 29.
 37 n 29.
 96 n 10.
 97 n 17.
 37 n 29.
 177 n 72.
 10, 176-178, 177 n 76, 178 n 79, 190, 191, 320 n 194.
 177 n 72.
 37 n 29, 58 n 145.
 57.
 10, 117, 119-122, 159, 160.
 139 n 264.
 96 n 10.
 97 n 17.
 97 n 17, 97 n 19.
 11, 279 n 4, 280 n 6, 286 n 48, 295-300, 301,
 312 n 161, 333 n 248, 350.
 298 n 110.
 10, 64 n 170, 177 n 76, 178-183, 185 n 116, 187, 190,
 191, 334 n 250.
 163, 281 n 18.
 64 n 170.
 217.
 221 n 130.
 12, 279 n 4, 280 n 6, 286 n 48, 289 n 63, 320-326,
 338 n 267, 351, 333.
 12, 320-326, 333, 351.
 12, 279 n 4, 286 n 47, 320-326, 333, 351.
 12, 320-326, 333, 351.
 51 n 111, 52.
 221 n 130.
 64 n 170, 163.
 221 n 130.
 11, 188, 189, 212, 221-225, 221 n 130, 226, 227, 310
 n 155, 328 n 220.
 221 n 130.
 221 n 130.
 221 n 130.
 44 n 73.
 10, 47, 169-173, 174, 189, 190, 280.
 11, 61 n 157, 130, 280 n 6, 280 n 8, 298 n 110, 335 n
 253, 338 n 267, 338 n 271, 346 n 298, 350, 352.

- Dig 20,1,15,2
 Dig 20,1,16,1
 Dig 20,1,16,4
 Dig 20,1,16,8
 Dig 20,1,19
 Dig 20,1,20
 Dig 20,1,21,pr

 Dig 20,1,21,1
 Dig 20,1,22
 Dig 20,1,23
 Dig 20,1,26,1
 Dig 20,1,28
 Dig 20,1,29,pr
 Dig 20,1,29,1
 Dig 20,1,29,3
 Dig 20,1,32

 Dig 20,1,33
 Dig 20,1,34
 Dig 20,1,34,pr

 Dig 20,1,34,1
 Dig 20,1,34,2

 Dig 20,2,1
 Dig 20,2,2
 Dig 20,2,3
 Dig 20,2,4,pr-1

 Dig 20,2,4,pr
 Dig 20,2,5, pr-1

 Dig 20,2,5,2
 Dig 20,2,7,pr

 Dig 20,2,7,1

 Dig 20,2,8
 Dig 20,2,9

 Dig 20,2,10
 Dig 20,3,2
 Dig 20,3,5
 Dig 20,4,1,pr
 Dig 20,4,2

 Dig 20,4,5
 Dig 20,4,6,pr
 Dig 20,4,6,pr-1
 Dig 20,4,6,1
280.
 82.
 163 n 5.
 26 n 21.
 262 n 163, 262 n 164, 301 n 122.
 26 n 24.
 9, 72-74, 74 n 216, 76 n 221, 79 n 240, 90, 129 n 207,
 132 n 228, 140 n 267, 142 n 271, 270 n 187,
 318 n 185, 326 n 213.
 47.
 312 n 161.
 26 n 24.
 154 n 332.
 262 n 163, 301 n 122, 26 n 23.
 12, 279 n 4, 286 n 46, 308-312, 312 n 164, 350, 351.
 181.
 12, 279 n 5, 301 n 123, 325, 351.
 9, 37 n 27, 39 n 37, 41 n 56, 55, 63-67, 89, 90,
 109 n 95, 112 n 105, 143 n 279, 166 n 18, 168 n 30,
 184 n 113, 208 n 72, 289 n 60, 294 n 83, y n 84.
 26 n 20.
 110, 312 n 162, 328 n 221.
 11, 112 n 108, 188, 207-214, 208 n 75, 223, 226, 227,
 228, 310 n 156.
 11, 214-217, 227, 283 n 29.
 11, 262 n 163, 262 n 165, 280 n 6, 289-290, 301 n
 122, 301 n 125, 338 n 267, 351, 147 n 303.
 272 n 189, 26 n 20, 26 n 24.
 10, 97 n 22, 146 n 298, 150-152, 153 n 325, 158, 221.
 10, 105 n 70, 137-140, 139 n 257, 160.
 10, 44-46, 55 n 126, 82 n 225, 88 n 280, 89, 98 n 26,
 99-101, 160, 184 n 113.
 9, 44-46, 98 n 26, 101, 114, 143 n 280, 157, 187.
 10, 26 n 21, 54 n 123, 145 n 291, 151, 152-155, 159,
 168 n 26, 329 n 222.
 154 n 332.
 10, 54 n 123, 151 n 320, 168-169, 168 n 26, 187 n
 126, 188, 190, 191.
 9, 39 n 38, 53-55, 66 n 172, 89, 90, 168 n 25, 169 n 31,
 184 n 113.
 163 n 3.
 10, 115-119, 127 n 200, 131, 131 n 225, 143 n 280,
 147 n 298, 157, 158, 159, 188 n 132, 330 n 229, 338,
 26 n 24.
 280.
 262 n 163, 301 n 122.
 26 n 24.
 11, 262 n 163, 262 n 165, 300-303, 301 n 122, 336,
 353.
 11, 141, 272-273, 272 n 190, 274, 275.
 334 n 250.
 26 n 24.
 11, 258 n 141, 270-282, 274, 275.

- Dig 20,4,6,2
 Dig 20,4,7
 Dig 20,4,7,1
 Dig 20,4,8
 Dig 20,4,9,pr
 Dig 20,4,9,2
 Dig 20,4,9,3,
 Dig 20,4,10
 Dig 20,4,11,pr
 Dig 20,4,11,1
 Dig 20,4,11,2

 Dig 20,4,11,3
 Dig 20,4,11,4
 Dig 20,4,12,pr
 Dig 20,4,12,5
 Dig 20,4,13

 Dig 20,4,19
 Dig 20,4,21
 Dig 20,4,21,pr

 Dig 20,4,21,1
 Dig 20,5,1
 Dig 20,5,2
 Dig 20,5,3,1
 Dig 20,6,1,2
 Dig 20,6,4,pr
 Dig 20,6,8,9
 Dig 20,6,9,pr
 Dig 20,6,9,1
 Dig 20,6,10,pr
 Dig 20,6,11
 Dig 20,6,14
 Dig 21,2,34,pr
 Dig 21,1,43,8
 Dig 21,2,36
 Dig 21,2,50
 Dig 21,2,65
 Dig 21,2,74,1
 Dig 22,1,11
 Dig 22,1,39
 Dig 22,2
 Dig 22,2,1
 Dig 22,2,3
 Dig 22,2,4,pr
 Dig 22,2,4,1
 Dig 22,2,6

 Dig 22,2,7
 Dig 25,2,8
 Dig 22,3,2,3
- 10, 139, 139 n 264, 140-141, 160.
 26 n 24, 272.
 12, 272 n 191, 280 n 7, 315-318, 350, 351.
 26 n 24.
 97 n 19, 281 n 18.
 26 n 20, 26 n 23.
 26 n 24.
 26 n 23.
 280.
 280.
 9, 39 n 39, 41 n 56, 59-63, 64 n 167, 89-90, 143 n 279,
 168 n 30, 170 n 34, 172 n 47, 280 n 11, 280 n 12,
 282 n 24.
 10, 173-176, 190, 191.
 280.
 312 n 162.
 292 n 75.
 10, 97 n 18, 122-125, 131 n 225, 131 n 226, 134,
 147 n 298, 157, 159.
 26 n 24.
 26 n 24.
 11, 26 n 23, 208, 280 n 6, 289 n 63, 338 n 267, 351,
 353, 110.
 10, 111 n 100, 208 n 72, 238 n 39, 289 n 59.
 12, 262 n 163, 280 n 9, 301 n 122, 303-308, 351, 352.
 111 n 100.
 26 n 20.
 26 n 23.
 12, 280 n 9, 326-329.
 262 n 163, 262 n 165.
 311 n 158.
 111 n 100, 26 n 24.
 85 n 265.
 111 n 100.
 9, 40-44, 39 n 40, 55, 89, 92, 143 n 279, 145 n 293.
 331 n 237.
 26 n 21.
 218.
 26 n 23.
 334 n 250.
 26 n 23.
 260.
 222 n 136.
 262.
 247 n 84, 257 n 133.
 257 n 133, 262 n 161.
 11, 217, 247 n 84, 256-259, 257 n 133, 274.
 249 n 93.
 11, 231 n 4, 235 n 24, 247 n 84, 258, 257 n 133,
 258 n 141, 259-266, 262 n 163, 274.
 257 n 133.
 231 n 3.
 154 n 332, 281 n 18.

- Dig 22,3,28
 Dig 24,1,7,6
 Dig 24,1,32,5
 Dig 24,3,7,11
 Dig 24,3,49,1
 Dig 25,3,5,10
 Dig 25,4,1,3
 Dig 26,7,2
 Dig 26,7,39,5
 Dig 27,9,2
 Dig 27,9,3,1
 Dig 27,9,7,5
 Dig 27,10,11
 Dig 27,10,17
 Dig 28,2,27
 Dig 28,5,30
 Dig 29,3,2,6
 Dig 30,22
 Dig 30,39,1
 Dig 30,43,3
 Dig 30,49,pr
 Dig 30,110
 Dig 30,114,12
 Dig 31,82,pr
 Dig 31,89, pr-3
 Dig 31,89,4
 Dig 31,89,5-7
 Dig 32,81,3-5
 Dig 33,1,9
 Dig 33,1,16
 Dig 33,4,5
 Dig 33,4,15
 Dig 33,5,6
 Dig 33,7,3,pr
 Dig 33,7,3,1
 Dig 33,7,4
 Dig 33,7,6
 Dig 33,7,8,pr
 Dig 33,7,8,1
 Dig 33,7,9
 Dig 33,7,12,pr
 Dig 33,7,12,1
 Dig 33,7,18,14
 Dig 33,7,21
 Dig 33,7,24
 Dig 33,7,29
 Dig 33,10,12
 Dig 34,3,31,pr
 Dig 35,1,98
 Dig 36,1,17,17
 Dig 36,1,61,pr
 Dig 36,4,1,1
 Dig 39,1,84
 216 n 112.
 26 n 24.
 209 n 75.
 156 n 338.
 26 n 24.
 26 n 23.
 26 n 23.
 26 n 24.
 26 n 24.
 26 n 24.
 26 n 23.
 111 n 100.
 26 n 20.
 285 n 37.
 69 n 193.
 26 n 21.
 216 n 112.
 222 n 136.
 156 n 338.
 26 n 22.
 82 n 255.
 164 n 10.
 26 n 23.
 111 n 100.
 294.
 11, 293-295, 352.
 294.
 222 n 136.
 26 n 23.
 69 n 193.
 26 n 24.
 26 n 24.
 209 n 75.
 71 n 198.
 71 n 198.
 71 n 198.
 70 n 197, 71 n 198.
 70.
 70 n 197, 71 n 198.
 222 n 136.
 70, 70 n 197.
 71 n 198.
 37 n 27.
 70 n 197, 71 n 198.
 9, 40, 69-72, 91.
 235 n 29.
 101.
 111 n 100.
 69 n 193.
 287 n 54.
 111 n 100.
 26 n 23.
 335 n 255.

- Dig 39,2,4,2
 Dig 39,2,13,6
 Dig 39,2,15,30
 Dig 39,2,33-34
 Dig 39,3,2,8
 Dig 39,4,1,1
 Dig 40,1,8,3
 Dig 40,1,10
 Dig 40,1,25
 Dig 40,2,25
 Dig 40,8,6
 Dig 40,8,7
 Dig 40,9,4
 Dig 40,9,5,2
 Dig 40,9,8,1
 Dig 40,9,11
 Dig 40,9,16,5
 Dig 40,9,24
 Dig 40,9,29,pr
 Dig 40,9,30,pr
 Dig 41,3,4,21
 Dig 41,3,30,pr
 Dig 41,4,4,7
 Dig 41,5,2,pr
 Dig 42,1,4,4
 Dig 42,1,15,2-11
 Dig 42,1,15,5
 Dig 42,1,31
 Dig 42,1,40
 Dig 42,3,1
 Dig 42,5,17,pr
 Dig 42,5,24,1
 Dig 42,5,26
 Dig 42,5,34
 Dig 42,5,35
 Dig 42,5,37
 Dig 42,6,4
 Dig 42,6,4,1
 Dig 42,8,18
 Dig 43,1,2,3
 Dig 43,12,1,12
 Dig 43,14,1,8-9
 Dig 43,24,20,pr
 Dig 43,26,6,4
 Dig 43,32,1
 Dig 43,32,1,pr
 Dig 43,32,1,2
 Dig 43,32,1,3
 Dig 43,32,1,4
 Dig 43,32,1,5
 26 n 23.
 126, 127.
 26 n 23, 262 n 163.
 10, 117 n 142, 125-129, 146 n 298, 160, 201 n 38.
 216 n 112.
 37 n 31.
 287 n 54.
 280 n 10, 301 n 123, 330 n 231.
 285 n 37.
 285 n 37.
 12, 279 n 5, 280 n 6, 289 n 63, 297 n 106, 301 n 123,
 301 n 125, 329-332, 337 n 263, 338 n 267, 352.
 331 n 236.
 287 n 51.
 209 n 75, 209 n 77.
 288 n 56.
 288 n 56.
 288 n 56.
 288 n 56.
 352, 11, 285-288, 297 n 105, 330, 338, 350.
 331 n 232.
 209 n 75, 209 n 76.
 212.
 69 n 193.
 26 n 23.
 26 n 23.
 26 n 23.
 262 n 163.
 26 n 23.
 26 n 23.
 272 n 189.
 75 n 220.
 272 n 189.
 272 n 193.
 272 n 193.
 26 n 23.
 280 n 10, 26 n 24.
 334 n 250.
 26 n 23.
 85 n 265.
 9, 47 n 95, 67-69, 85 n 269, 91, 113 n 113, 115 n 121,
 122 n 175, 184 n 106, 184 n 107, 217 n 115,
 259 n 143.
 145 n 292.
 145 n 292.
 117.
 209 n 75, 209 n 76.
 10, 141-150.
 43 n 72, 98 n 25, 146 n 298, 157, 158, 159, 160.
 121, 160.
 153, 159.
 97 n 17, 97 n 18, 131 n 224, 157, 158, 58.
 84, 108, 109, 154 n 330, 158, 160, 281 n 18.

- Dig 43,32,1,6
 Dig 43,32,2
 Dig 43,33,1
 Dig 43,33,1,1
 Dig 43,33,1,2
 Dig 43,33,2
 Dig 44,2,11,10
 Dig 44,2,19
 Dig 44,2,29,1
 Dig 44,4,12
 Dig 44,4,17
 Dig 44,7,16
 Dig 44,7,61
 Dig 45,1,89
 Dig 45,1,122,1
 Dig 46,1,52
 Dig 280 n 10
 Dig 46,1,70,pr
 Dig 46,3,38,5
 Dig 47,2,46,4
 Dig 47,2,62
 Dig 47,2,62,3
 Dig 47,2,62,8
 Dig 47,2,74
 Dig 47,2,78
 Dig 47,2,78
 Dig 47,14,3,pr
 Dig 47,14,1,1,
 Dig 48,2,3,pr
 Dig 48,5,28,2
 Dig 48,5,28,2
 Dig 48,5,30,1
 Dig 48,13,11,6
 Dig 48,19,16,7
 Dig 49,1,7
 Dig 49,14,22,1
 Dig 49,14,28
 Dig 49,14,46,3
 Dig 49,15,12,12
 Dig 49,15,15
 Dig 49,15,19,9
 Dig 49,15,21,pr
 Dig 50,1,36,1,
 Dig 50,15,5,2
 Dig 50,16,30,pr
 Dig 50,16,30,5
 Dig 50,16,183
 Dig 50,16,198
 149 n 312.
 10, 84, 107-109, 154 n 330, 159, 160.
 9, 46-53, 59, 64 n 168, 80 n 248, 81, 85, 85 n 269, 86,
 90, 181, 250 n 97, 312 n 161.
 81.
 57.
 9,47,79-82, 311 n 159, 324 n 206.
 209 n 75, 209 n 77.
 209 n 75, 209 n 76.
 209 n 75.
 290 n 68.
 110.
 64 n 170, 26 n 25.
 239.
 37 n 29.
 11, 207 n 70, 231 n 4, 235 n 24, 238-256, 258,
 258 n 141, 262 n 161, 273, 274, 307 n 143.
 176.
 26 n 24.
 55 n 130.
 26 n 21.
 262 n 163.
 164 n 10.
 209 n 75.
 10, 163-168, 168 n 29, 174, 189, 190, 191.
 200 n 35, 262 n 163, 301 n 122.
 54 n 123.
 168 n 26.
 222 n 136.
 222 n 136.
 216 n 112.
 262 n 163.
 301 n 122.
 55 n 129.
 26 n 23.
 222 n 136.
 262 n 161.
 26 n 24.
 12, 26 n 24, 318-320, 338 n 267, 341, 353, 272-273,
 280 n 6, 289 n 63, 301 n 125.
 26 n 24.
 26 n 22.
 26 n 22
 26 n 22.
 26 n 22.
 64 n 170.
 26 n 24.
 219 n 124.
 219 n 124.
 346.
 45 n 85, 101.
 172 n 48.
 Gai, Inst 2,50

- Gai, Inst 4,147
- IJ 1,6,3
IJ 2,1,45
- CJ 1,4,31
CJ 4,8,2
CJ 4,10,6
CJ 4,24,3
CJ 4,24,12
CJ 4,32,12
CJ 4,32,26,2
CJ 4,33,2
CJ 4,33
CJ 4,33,4
CJ 4,33,5
CJ 4,65,5
- CJ 4,65,16
CJ 4,65,34
CJ 7,4,2
CJ 7,8,3
- CJ 7,72,6
CJ 8,1,1
CJ 8,9,1
CJ 8,13,2
- CJ 8,13,9
CJ 8,13,17
CJ 8,14,1
CJ 8,14,2
CJ 8,14,3
CJ 8,14,5
- CJ 8,15,1
CJ 8,15,2
CJ 8,15,5
CJ 8,15,6
CJ 8,16,1
CJ 8,16,4
CJ 8,16,5
CJ 7,16,6
CJ 8,17,6
CJ 8,17,16
CJ 8,23,1,pr
CJ 8,25,3
CJ 8,27,1
CJ 8,27,17
CJ 8,33,1
- CJ 8,33,3,pr
- 9, 47 n 95, 55-59, 83, 85 n 269, 89, 90, 91, 184 n 113, 59 n 146, 67 n 178, 68 n 185, 80 n 249, 170, 33.
- 288 n 56.
111 n 103.
- 85 n 266.
83 n 256.
12, 347-348, 349, 350.
163 n 3.
163 n 3.
163 n 3.
259 n 142.
257 n 133.
262 n 161.
262 n 161.
257 n 133.
9, 82-84, 90, 158, 186 n 117, 339 n 272, 340 n 277, 341 n 280, 343 n 289.
9, 87-89, 344 n 292.
146 n 295.
287 n 54.
12, 280 n 6, 289 n 63, 297 n 107, 301 n 125, 337-339, 352.
12, 348-349, 350.
145 n 292.
9, 47 n 95, 51, 84-87.
12, 279 n 4, 279 n 5, 294, 301 n 124, 340 n 278, 350, 353.
163 n 3.
12, 279 n 4, 345-346, 350, 351, 352.
301 n 124.
320.
10, 177 n 76, 186-189, 191.
10, 155-157, 345 n 296, 347 n 302, 348 n 305, 349 n 308.
74 n 215, 154 n 332.
154 n 332.
281 n 18, 312 n 161.
154 n 332, 281 n 18.
279 n 4, 322, 12, 332-334, 351.
12, 279 n 4, 339-340, 350.
12, 279 n 4, 343-344, 350, 351.
85 n 266, 281 n 18.
12, 344-345, 349, 350, 353.
347.
177 n 76.
12, 279 n 5, 294, 301 n 124, 340-341, 353.
163 n 3.
12, 279 n 4, 349-350, 350, 352.
12, 279 n 4, 279 n 5, 294, 301 n 123, 340 n 278, 341-343, 350, 352.
342 n 283.

CJ 11,48,7
 CJ 11,51
 CJ 11,52,1
 CJ 11,53,1

36 n 16.
 35 n 16.
 35 n 16.
 35 n 16.

PS 2,14,3
 PS 2,18,5 = Dig 19,2,55,2
 PS 5,6,16

257 n 133.
 57.
 280 n 6, 33 n 245.

CTh 5,17,1
 CTh 10,12,2
 CTh 11,3,2

35 n 15
 36 n 16.
 35 n 16.

2.-LITERARIAS

Apul, Meta, 8,29,6
 Apul, Meta, 5,1,3
 Caes, BC, 3,12
 Cat, De Agri, 1,2,3
 Cat, De Agri, 5,1-2
 Cat, De Agri,10,1
 Cat, De Agri, 11,1
 Cat, De Agri, 14,3
 Cat, De Agri, 56
 Cat, De Agri, 142
 Cat, De Agri, 146-150

139 n 257.
 139 n 257.
 117 n 137.
 231 n 3.
 37 n 24.
 37 n 24.
 37 n 24.
 36 n 18.
 37 n 24.
 37 n 24.
 43 n 67, 42 n 64, 39 n 44, 36 n 18, 42 n 64, 39 n 41,
 43 n 66, 39 n 44, 43 n 67, 42 n 64, 43 n 66.
 37 n 25.
 37 n 25.
 249 n 94.
 235 n 23.
 235 n 24, 249 n 92.
 235 n 23.
 235 n 23.
 235 n 24, 249 n 92,10.
 235 n 22.
 246 n 79.
 235 n 24.
 235 n 23.
 235 n 25.
 235 n 23.
 235 n 25.
 249 n 96.
 235 n 23.
 235 n 24.
 117 n 137.
 99 n 33.
 37 n 25.
 37 n 25.
 231 n 3.
 117 n 137.
 117 n 137.
 37 n 25.

Colum, RR, 1,8
 Colum, RR, 11,1
 Dem 32 (cZen)
 Dem 32 (cZen) 4
 Dem 32 (cZen) 12
 Dem 32 (cZen) 14
 Dem 33 (cApat) 6,8
 Dem 34 (cForm) 6
 Dem 34 (cForm.) 6,32
 Dem 35 (cLac) 10-11
 Dem 35 (cLac) 23,4,18 y 10
 Dem 35 (cLac) 32
 Dem 35 (cLac) 33
 Dem 50 (cPol) 17
 Dem 50 (cPol) 55
 Dem 50 (cPol)
 Dem 50 (cPol) 3,6
 Iso 17 (Trap) 4
 Liv, Hist, 33,13,5
 Mart, Epig, 12,32
 Plin, NH 18,20
 Plin, NH 18,36-44
 Plut, CatMai or, 21
 Suet, Nero, 32
 Suet, Otho, 8.
 Varro, RR, 1,17,4

3.-EPIGRAFICAS

- CIL 6, 33747 = FIRA 3², 145 a = Dessau 5914
 10, 97 n 23, 98 n 29, 101-105, 138 n 250, 138 n 251, n
 252, n 253, 146 n 298, 203 n 57, 204 n 64.
 CIL 6, 37795 = FIRA 3², 145 c
 10, 98 n 30, 104 n 69, 105-107, 106 n 83,
 138 n 251, 146 n 298, 204 n 64.
 CIL 6, 33860 = FIRA 3², 145 b = Dessau 5913 = Macqueron, Contractus, 99-100
 103 n 57, 138 n 249, 251, 203 n 61.
 TabPomp 7 11, 107, 195 n 2, 196 n 8, 198 n 29, 201-205, 225, 226.
 TabPomp 8 195 n 2.
 TabPomp 15 11, 107, 195 n 2, 196-201, 204, 205, 206, 207, 225,
 226.
 TabPomp 13 195 n 2.
 TabPomp 16 11, 107, 195 n 2, 198 n 29, 205-207, 225, 226.
 TabPomp 17 195 n 2, 198.
 TabPomp 18 195 n 2.
 TabPomp 19 198 n 2.
 TabPomp 26 195 n 2.
 TabPomp 27 195 n 2.
 TabPomp 44 195 n 2.
 TabPomp 52 195 n 2.

4.-PAPIROLOGICAS

- BGU 1, 27 243 n 63.
 BGU 5883-5853 244 n 65.
 PFlorl, 56,18 237 n 38.
 PVINDOB G 19792 11, 231 n 4, 232-238, 273, 274.

INDICE DE MATERIAS

ADVERTENCIA: El presente índice de materias no contiene términos como colono, inquilino, acreedor pignoraticio, arrendador, arrendatario, deudor, etc., debido a que los mismos contiuyen el vocabulario habitual de la monografía y por lo tanto su enumeración sería amplitísima. Igualmente tampoco se recogen en el índice los diferentes juristas mencionados a lo largo de la obra; como la lectura de la misma permite deducir, se expone la problemática planteada por el autor y por la obra la primera vez que se mencionan los juristas y los escritos de los que proceden los fragmentos a analizar. Tampoco se hace referencia a los diferentes objetos gravados: *invecta et illata*, frutos, mercancías, rebaño, bosque, establecimiento marcantil, todos los bienes presentes y futuros, etc., por ser precisamente la pignoración de dichos bienes el objeto del presente trabajo. Una lectura del índice permite conocer las páginas en que preferentemente se mencionan dichos objetos.

acción hipotecaria: ver *actio hypothecaria*.

acción pignoraticia: ver *actio pigneraticia*.

acción Serviana: ver *actio Serviana*.

acción útil: ver *actio utilis*.

actio ad exhibendum

actio certae creditae pecuniae

actio conducti

actio damni infecti

actio de peculio traiecticiae

actio ex poena traiecticiae

pecuniae

actio ex stipulatu

actio fideicommissi

actio furti

actio hypothecaria

actio locati

actio pecuniae traiecticiae

actio pigneraticia

actio quod iussu

actio recepticia

actio redhibitoria

actio Serviana

304, 307.

255 n 120, 300.

126, 127.

126.

255 n 120, 300.

255 n 120.

239, 254.

295.

191, 250 n 100, 304, 307.

44, 63, 104 n 68, 152, 173, 209, 211, 212, 213, 214,

228, 296, 312.

151-152.

255 n 120.

43, 73, 104 n 68, 128, 129, 132-137, 160, 217, 218,

222, 307, 311, 324.

203.

269, 274.

327, 329.

28, 29, 43 n 68, 47-48, 51, 53, 73, 73, 80-82, 84-87,

91, 129, 137, 140, 142, 147-150, 152, 160, 172, 175,

182, 183, 207, 209, 250, 263, 269 n 183, 270, 274,

275, 282, 298, 304, 307, 308, 311, 321, 323, 326, 327,

328, 336, 341, 351, 357, 358.

- actio quasi-Serviana*
 43 n 68, 73, 80, 129, 137, 140, 142, 270, 304, 311, 321, 323, 328.
- actio Serviana utilis*
 52, 43, 87, 180-183, 185, 186, 191, 282, 284, 296, 299, 300, 311, 323, 328, 329, 347, 352.
- actio in rem*
 48.
- actio utilis*
 49, 52.
- actor*
 36, 37, 64, 65.
- adscripticii*
 36 n 17.
- alumnus(t)*
 323 n 204, 333.
- animus*
 66.
- apothecae*
 106.
- area*
 138-140, 160.
- armaria*
 103, 106.
- arra*
 26, 198-201, 206.
- causa pignoris*
 177, 184, 185, 187, 334.
- cautio damni infecti*
 127.
- cella*
 203.
- cenaculum(a)*
 96 n 8, 96 n 9, 136.
- Codex Hermogenianus*
 155.
- cognitor*
 134.
- compendiaria*
 106.
- condicio iuris*
 317.
- conventio generalis:*
conventio pignoris
 172, 173, 175, 176, 190, 217, 281, 282, 283, 284, 286, 324.
- conventio specialis:*
concretatio
 166, 307.
- cotidie*
 281-282.
- culpa*
 128, 201.
- custodia*
 104, 128, 139, 201.
- delegatio solvendi*
 124, 125, 134.
- Derecho de retención*
 28, 84, 108-109, 127, 145-150.
- Diversorium:*
deversorium
 ver *deversorium*.
 138-140, 160.
- domus*
 95-96, 134, 136.
- exceptio doli*
 149, 298.
- dolus*
 128, 201.
- fidelussio*
 41, 44, 92, 215 n 108, 234.
- difficilia*
 26 n 25.
- foenus nauticum:*
formulam hypothecariam
furtum
generalis-generaliter
 ver *pecunia traiecticia*.
 47, 60, 108, 150, 152, 153, 173, 179, 221, 329.
 164-166, 182, 191, 212, 213, 214, 224, 250, 307.
 61 n 157, 286-287, 289, 294, 297-299, 312, 317, 321,
 332, 339 n 276, 344, 346, 347, 348, 349, 350.
 23ss.
- Hipoteca (derecho vigente)*
Horreum(a)
 98, 103, 105, 111, 112, 113, 120, 138-140, 160, 197,
 198, 203 n 57, 205, 206.
- hurto:*
hypotheca (significados)
 ver *furtum*.
 59-61, 150, 170, 172, 174, 209, 215, 245, 258, 274,
 282.
- id quod interest*
investa et illata (locuciones y significado)
 38-39, 41, 46, 49, 50, 61, 62, 64, 98, 99.

- In bonis debitoris, in bonis esse*
 28, 29, 87, 147, 154, 159, 160, 172, 173, 174, 175, 176, 181, 211, 212, 222, 281, 282, 289, 290, 292, 299, 307, 310, 324, 325, 352.
 61-63, 65, 67, 89-90, 317 n 184.
 342, 352.
 37, 240.
instrumentum(a)
 40, 70-72, 91, 98-99.
instrumentum navis
 235.
insula(e)
 96, 120, 123, 136, 153.
insularius
 96.
intercolumnia
 106, 203, 205, 226.
 Interdicto Salviano:
Interdictum de migrando
 ver *Interdictum Sabianum*.
 43, 58, 80, 108, 109, 117 n 140, 121, 129, 135, 137, 141-150, 154, 156, 159, 270.
 29, 47-48, 49, 50, 51, 53, 56, 59, 63, 67, 68, 69, 73, 80-82, 83, 84-87, 129, 137, 144, 270, 321, 357.
Interdictum Sabianum
 52, 53, 55.
Interdictum Sabianum utilis
 49, 50, 52.
interdictum utilis
 149, 150, 160.
interdictum utrobi
 124, 125, 203.
iussum
 40 n 48, 56 n 132, 63 n 161.
ius tollendi
 107.
ius vendendi
 263, 287, 295, 305.
Lex Commissoria
 200.
Lex (leges) horreorum
 102, 104, 106, 107, 146 n 298, 160, 203, 204.
Lex Rhodia
 235.
Loca
 103, 106.
Manumisio
 27, 28, 118-119, 130-132, 158, 166, 287-288, 330-332, 337-339, 356, 357.
 236 n 31.
Nautum
 79.
obligare (significados)
 163.
Pactum antichreticum
 50, 163, 171, 172, 174, 176, 182, 309.
Partus ancillae
 231, 232, 240.
Pecunia traiecticia (significado)
 99.
Perclusio (praclusio, praeccludere)
 58, 115-116, 127, 129, 131, 135, 150, 154, 158, 159, 330, 338, 356.
 283-284.
perinde ac
 96 n 8.
pergulae
 66, 67, 90.
Perpetuo
 56 n 136, 67, 74 n 215, 76, 82, 108-109, 148-150, 154, 159, 298-300.
 pignoración de cosa ajena
 25-26, 60-61, 209 n 84, 245, 258, 274.
Pignus (significados)
 27, 28, 45-46, 54, 55, 57, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 67, 89, 100-101, 105 n 70, 107, 115-119, 129-131, 136-137, 139, 143, 152, 156, 157, 165, 168-169, 183, 185, 187, 189, 190, 191, 205.
Pignus: constitución: expresa-tácita
 26 n 20, 65, 187, 199, 201, 204, 206, 208-209, 246.
 85.
pignus datum
 85.
pignus (hypotheecam) persequi, persecutio
 339.
pignus nominis

- pignus obligatum-pignoris obligatio*
 pluralidad de prendas
 204, 109, 246, 250 n 100, 310.
 60, 61, 110, 140-141, 208 n 74, 216, 280,
 291-293, 305-308, 315-318, 335-337.
 99-101.
 99-101.
 115, 119, 120, 121, 145.
 240.
 23ss.
 26 n 23.
 ver *generalis-generaliter-specialis-specialiter*.
 26 n 24.
 61-62, 113, 141, 271, 273, 275, 302 n 127, 319, 336,
 345.
 37, 70 n 193, 73, 96, 111 n 104, 124, 125, 134, 347,
 348.
 112, 293, 319.
 45 n 80, 99-101, 127.
 267-270.
 43 n 68, 57, 149, 150, 154, 160, 163, 183, 250, 307,
 357.
- procurator*
 37, 70 n 193, 73, 96, 111 n 104, 124, 125, 134, 347,
 348.
- protopraxia
quasi
 45 n 80, 99-101, 127.
- receptum*
 267-270.
- reivindicatio
 43 n 68, 57, 149, 150, 154, 160, 163, 183, 250, 307,
 357.
- relocatio tacita = reconductio tacita*
 37 n 30, 77-79, 88-89, 90-91.
 85.
- remittere pignus*
 responsabilidad del acreedor pignoraticio
 ver *custodia, culpa, dolus*.
 69.
 207, 247, 257-259, 265-266, 268.
 37 n 26.
 42-44.
- riesgo
salvus
 41-44, 92, 104, 105, 107, 144 n 283.
 219-220.
 234-235, 237, 276.
- satisfactio*
 41-44, 92, 104, 107, 132.
 60, 61 n 157, 129, 131, 297-299, 306, 316, 333, 335 n
 253, 338, 339 n 276, 345, 346, 347, 348, 349.
 100.
- solutio*
 197, 198, 206, 207, 240.
 99, 322.
- specialis-specialiter*
 263-266.
 212, 223.
 292-293.
 180-183.
 348-349.
 99.
- stabula*
 197, 198, 206, 207, 240.
 99, 322.
- stipulatio*
 263-266.
 212, 223.
- suppellex*
 292-293.
 180-183.
 348-349.
 99.
- superfluum*
 292-293.
 180-183.
 348-349.
 99.
- Universitas*
 292-293.
 180-183.
 348-349.
 99.
- usucapio*
 292-293.
 180-183.
 348-349.
 99.
- usucapio (succedere) in locum*
 292-293.
 180-183.
 348-349.
 99.
- venditio bonorum*
 292-293.
 180-183.
 348-349.
 99.
- vestis*
 292-293.
 180-183.
 348-349.
 99.
- viticus*
 36-37, 64, 65, 66.
 311-312.
- vindicare (pignus)*
 36-37, 64, 65, 66.
 311-312.

ἀλληλεγγύη	234.
ἀμφοτεροπλοῦν	241, 244.
βεβαιωτής	215.
δανειῶν ναυτικῶν	234.
ἐμποροὶ	240.
ἐτέροπλοῦν	241, 245.
ναυκλήροι	240.
σκεῦος	235.
ὑποθήκη	60, 215, 246 π 80.

