

Sobre el origen de la pluralidad hipotecaria: El problema de la pluralidad de créditos en el Derecho griego antiguo

SUMARIO: I. LA PLURALIDAD DE **CREDITOS** Y LAS FORMAS ANTIGUAS DE **GARANTIA** REAL EN EL DERECHO GRIEGO ANTIGUO.—II. EL COMERCIO **MARITIMO** Y SU INFLUENCIA EN LA PLURALIDAD DE **CREDITOS**: A) EL PRINCIPIO DE LA «ANEPAFIA» Y EL DELITO DE «ESTELIONATO». B) LA PRÁCTICA COMERCIAL MARÍTIMA COMO POSIBILITADORA DE LA PLURALIDAD HIPOTECARIA.—III. CARACTERES ESENCIALES DEL **REGIMEN** DE PLURALIDAD Y CONCURRENCIA DE **CREDITOS HIPOTECARIOS**.—IV. CONCLUSIONES.—V. GLOSARIO DE **TERMINOS JURIDICOS**.

EL PROBLEMA DE LA PLURALIDAD DE CREDITOS EN EL DERECHO GRIEGO ANTIGUO

Es bien sabido que la figura de la *hypotheca* por más que se intentara localizar sus orígenes en el Derecho romano clásico, es precisamente en las instituciones helenistas donde hunde sus raíces.

Es cierto que HITZIG (1), en su monografía pretendida como definitiva sobre la cuestión del origen de la hipoteca, la plantea como la última palabra sobre el tema, pero no cabe duda que se han efectuado aportaciones de gran interés por la doctrina posterior, como en el caso de PAPPULIAS (2),

(1) HITZIG, *Das griechische Pfandrecht. Ein Beitrag zur Geschichte des griechischen Rechts*, Upsala, 1895. En donde formula la teoría del *Verfallpfand*.

(2) PAPPULIAS, «Das byzantinische Recht und seine Bedeutung für die griechische Rechtsgeschichte», *C.r. II Congr. Internac. et byzant* (1929), págs. 62 y sigs.

PAOLI (3), MELETOPOULOS, PRINGSHEIM (4), FINE (5), FINLEY, GERNET (6), WOLFF (7), etc.

I. LA PLURALIDAD DE CREDITOS Y LAS FORMAS ANTIGUAS DE GARANTIA REAL EN EL DERECHO GRIEGO

BISCARDI (8) considera como incuestionable que las dos formas de garantías reales en el antiguo Derecho griego fueron el *enechyron* y la llamada *prasis epi lysei* (9).

Mientras *enechyron* consistía en la entrega efectiva de la posesión al acreedor, y pudiendo ésta recaer sobre muebles e inmuebles, sin una precisa diferenciación entre las cosas objeto de garantía. En la *prasis epi lysei*, el propio acreedor se convierte en propietario de la cosa que ha sido ofrecida en garantía hasta que se produzca el pago por parte del deudor (10). Esto signi-

(3) PAOLI, «Studi di diritto attico», *Pub. Firenze*, 9 (1930), págs. 344 y sigs. ID., «Sul diritto pignoratizio attico», *ASDGR*, Milano, 1976, págs. 393-407. ID., «La datio in solutum nel diritto attico», *ASDGR*, Milano, 1976, págs. 409-434. ID., «La scienza del diritto attico e le sue possibilità», *Civiltà moderna*, IV (1932), págs. 210 y sigs. ID., *Studi sul processo attico*, Padova, 1933, págs. 1 y sigs.

(4) PRINGSHEIM, «ZU einer Berliner griechischen papyrus-Urkunde», *Hermes*, 69 (1934), págs. 111-114; «Ausbreitung und Einfluss des griechischen Rechtes», *Sitzungsb. d. Heidelb. akad. d. Wiss.* (1952), págs. 19 y sigs. ID., «Le témoignage dans la Grèce et Rome archaïque», *RIDA*, 6 (1951), págs. 161-175.

(5) FINE, «A note on the compitalia», *Classical Philol.*, 27 (1932), págs. 268-273.

(6) GERNET, «Introduction à l'étude du droit grec ancien», *AHDO*, 2 (1938), págs. 261-292. ID., «Droit et prédroit en Grèce ancienne», *Anné sociol.*, 3 (1948-1949), págs. 21-119.

(7) WOLFF, «Conveyance of Land in Greco-Roman Egypt», *JRS*, 57 (1945), págs. 162-181. ID., «Faktoren der Rechtsbildung im hellenistisch-römischen Aegypten», *SDHI*, 18 (1952), págs. 410-411. ID., «Die Grundlagen des griechischen Eherechts», *TI*, 20 (1952), págs. 1-29. ID., «Organisation der Rechtspflege u. Rechtskontrolle der Verwaltung im ptolemäisch-römischen Ägypten bis Diokletian», *TI*, 34 (1966), págs. 35 y sigs.

(8) BISCARDI, *Diritto greco Antico*, Milano, 1982, pág. 219. ID., *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Padua, 1931 (reimp. Milano, 1976). ID., «La Lex Commisoria nel sistema delle garanzie reali», *Studi Betti*, 2, págs. 575 y sigs. ID., // *dogma della collisione alla luce del diritto romano*, Città di Castello, 1935, págs. 58 y sigs. ID., «Ancora in tema di collisione», *SDHI*, 4 (1938); *ZSS*, 86 (1969), págs. 146 y sigs. ID., «Die mehrfache Verpfändung einer Sache vom attischen bis zum spätischen Recht», *ZSS*, 86 (1969), págs. 146 y sigs. ID., «Le régime de la pluralité hypothécaire en droit grec et romain», *JJP*, 19 (1983), págs. 41 y sigs.

(9) BISCARDI, «Le régime de la pluralité hypothécaire...», *op. cit.*, págs. 41 y sigs. ID., «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la jurisprudencia clásica hasta Justiniano», *TDR* (1987), pág. 65.

(10) Recoge PAOLI (vid. PAOLI, «Studi di diritto attico», *op. cit.*, pág. 153) unas referencias epigráficas del acreedor como propietario y dueño de la cosa objeto de la

fica, según ARANGIO RUIZ, que el acreedor era señor exclusivo desde el día del contrato, dejando al deudor el goce en precario (11).

Sin embargo, no parece que las diferencias entre ambas formas de garantía —la entrega de la posesión en el *enechyron*, la retención de la propiedad por parte del acreedor (12) en la *praxis epi lysei*— estuviera tan marcada como ocurría en Derecho Romano con la *fiducia cum creditore* (13) y el *pignus conventio* (14).

En realidad las diferencias aparecen no en la constitución ni durante la vida de la situación garantizada, sino en el momento del pago. Mientras que en la *praxis epi lysei* el deudor podía pagar su deuda dentro de un determinado plazo y rescatar con ello su titularidad, en el *enechyron*, puesto que no se producía la dejación de dicha titularidad, podría pagar y recuperar la posesión sin límite de tiempo.

Claro está que, al igual que ocurrirá posteriormente en el desarrollo de las garantías reales en Roma y en los derechos latinos en general, privar de la posesión al deudor es también privar del uso y goce de las cosas objeto de la garantía. Y si estos derechos recaen sobre cosas que atienden a la propia supervivencia del deudor, le impedirían hacer frente a sus obligaciones. Por ello se imponía la necesidad de buscar la tranquilidad del acreedor,

garantía. En dicho documento el acreedor pignoraticio reconoce que tiene la posesión continuada de la cosa pignorada y está recogido en el epígrafe IG, II, 1139.

El texto es el siguiente:

horos khoriuo kai oikias hypokeimenon drakhmon hoste ekhein kai kratein ton themenon kata tas synthekas para aeinai euonymei.

En dicho pasaje se documenta sobre el propio *horos*, tomándolo como señal que «la casa y el terreno están hipotecados por un montante de ochocientos dracmas, de tal forma que el acreedor pignoraticio es el propietario y dueño, de acuerdo con el contrato que se conserva en casa de Dínias Eunomeo» [traducción por cortesía de D. Cirilo García Villarrubia, catedrático de griego]. Véase PAOLI, «Sul diritto pignoratizio attico», ASDGR, Milano, 1976, pág. 403.

(11) ARANGIO RUIZ, *Arch. giur.*, IV, 23 (1932).

(12) No parece clara la diferencia que separa la posesión de la propiedad en el Derecho griego antiguo. Según BISCARDI, en base a algunas fuentes áticas, existían casos de conservación de la posesión por el acreedor (*hypokeimena*) aun cuando dicho acreedor fuera pagado al vencimiento de la deuda. Ello producía un efecto de continuidad de la «prenda» que no representaba en sí una situación diferente a aquella que se producía cuando el acreedor-adquirente continuaba con la propiedad de la cosa en la *praxis epi lysei*. Tal situación posesoria recibe el nombre de *pepramena* (vid. BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 66).

(13) KRELLER, «Formula fiduciae und Pfandedikt», ZSS, 62 (1942), pág. 143. Sobre la misma cuestión véase: LONGO, «Fiducia cum creditore», *Centen. Codificaz.* (Pavia), pág. 795. BELLOCCI, «La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana», *Studi Senesi*, 85 (1973), pág. 321.

(14) ARIAS RAMOS, «La doctrina de la *conventio* y el origen de la hipoteca romana», RDP, 313 (1943), págs. 213-223.

sin impedir al deudor la disponibilidad material de las cosas ofrecidas en garantía (15).

Para BISCARDI (16) este inconveniente desaparece a lo largo del siglo IV a.C. desde el momento que la *prasis epi lysei* evoluciona de forma que el propio acreedor permite al deudor el goce de la cosa, bien como precario, bien como arrendamiento, y ello sin perjuicio de seguir conservando la propiedad. Cita para ello en su apoyo varios datos:

1) Recuerda que esta práctica está documentada en más de un centenar de *horos* u *horoi* griegos (17) de las ciudades griegas de Atenas, Amorgo, Lemno y Skyros. Sin embargo, como dato que apoye esta tesis es bastante endeble, puesto que las simples inscripciones contenidas en los *horoi* no revelan que se trate de una configuración de una auténtica garantía real, ni mucho menos sospechar todos los datos que conforman la garantía (18). Creemos que el argumento de más peso para entenderlo está en el hecho que los *horoi* hipotecarios son mencionados anteriormente en otros textos, y sería muy raro el que esos *horoi* tuvieran que tener únicamente el significado de «confines», es decir, como los palos o los mojones que indican los límites.

(15) Precisamente estos mismos inconvenientes o parecidos se presentaron en la configuración de una hipoteca **mobiliaria**. Así, sobre los graves inconvenientes que representa para el deudor la privación de la posesión de la cosa dada en garantía, sobre todo si tal cosa está destinada a fines agrícolas o ganaderos. Véanse SANZ FERNÁNDEZ, «La prenda sin desplazamiento», *AAMN*, 2 (1946), págs. 117-120, y ROYO MARTÍNEZ, *Aportaciones al estudio de la hipoteca sobre bienes muebles*, Sevilla, 1933.

(16) BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 66.

(17) Algunos *horoi* griegos nos ilustran sobre la actividad jurídica, bien relativa a la titularidad, bien a los derechos de terceros (como gravámenes, servidumbres, inclusive derechos de retracto) o bien a los límites, destino o características de los bienes donde se colocaban. Para ello se utilizaban signos indicativos colocados en los propios bienes de forma muy similar a los rótulos autorizados hoy en día.

Aunque es cierto que las lejanas culturas mesopotámicas nos han suministrado maravillosos ejemplos de diversos tipos de indicativos de índole similar con referencias sobre las titularidades de los inmuebles o sus divinidades protectoras, es en Grecia donde aparecen un sinfín de inscripciones jurídicas mediante los denominados *horoi*, vocablo griego genérico que permite sugerir la idea de cipos, estelas o placas de materiales líticos o metálicos.

(18) Función de los *horoi* como institución antiquísima era la notificación de prohibición de volver a contratar sobre la misma finca marcada. En virtud del principio de la *anepafia* de la prenda, el acreedor que reclamaba o exigía un derecho sobre un inmueble hacía público ese derecho escribiéndolo sobre los *horoi* y prohibiendo ulteriores contrataciones que tuvieran por objeto aquellos inmuebles.

Ahora bien, admitido —siempre en hipótesis— que los *horoi* sirvieran para denunciar un derecho real inmobiliario, e incluso admitiendo que en el derecho ático los derechos reales inmobiliarios y mobiliarios se perfeccionasen con la posesión, no vemos qué hay de inaceptable en la suposición (y en este punto las fuentes no permiten otra cosa que suponer) que el uso de los *horoi* sugiriese la transformación de una posesión real en una posesión ficticia.

No obstante, ir más lejos podría dar que pensar, según ARANGIO RUIZ (19), que el sistema por el cual la inscripción sobre los *horoi* podía ser una posesión ficticia que aseguraría el crédito contra las pretensiones de ulteriores acreedores es demasiado romano para ser griego.

Por otra parte, la expresión *anaspan tous horous*, usada para indicar por medio del abatimiento de las señales de los confines la pérdida de la precedente posesión, está atestiguada en Jenofonte (20) y podría tratarse de una frase hecha para indicar la circunstancia de que el deudor se ha visto privado de la posesión de todo lo suyo.

2) Algunos textos literarios, así como algunos discursos de oradores, aluden a una forma de garantía en la cual no se produce la pérdida de la posesión por el deudor, y la llaman *hypotheke* (21).

Es posible que tal cosa fuera cierta, aunque BISCARDI no menciona ni las fuentes ni los textos en donde basa tal aseveración. No obstante, en el derecho ático de la época de los oradores (22) se reconocen las tres instituciones de

En lugar de poder ser una transferencia real de la posesión y una forma de dar publicidad a los terceros mediante la inscripción en los *horoi*, aquí se limitó a cumplir esta última finalidad: Esto es, que los *horoi*, cuya función originaria era la de notificar una prohibición, asumieran una función análoga a la de nuestra inscripción hipotecaria». PAOLI, «Sul diritto pignoratizio attico», ASDGR (1976), pág. 397 [=AG, CVIII (4.^a s., vol. XXIV), 1 (1932), págs. 161 y sigs.].

En cambio, ARANGIO RUIZ en la reseña que hace a PAOLI observa que no hay razón para no suponer semejante traspaso de la posesión real a la ficticia [ARANGIO RUIZ, «Recensioni critiche: PAOLI, *Studi di diritto attico*, Firenze, 1930», AG, IV s., XXIII, 2 (1932), págs. 249-250].

(19) ARANGIO RUIZ, «Recensioni critiche: PAOLI, *Studi di diritto attico*, Firenze, 1930», AG, IV s., XXIII, 2 (1932), págs. 249-250 (cfr. nota anterior).

La respuesta del propio PAOLI no tardó en llegar: «*Las instituciones que tienen alguna analogía con el derecho de pignus romano o moderno presuponen un principio que está en la base de todo el derecho patrimonial ático, a saber: que el acreedor que no ha cobrado su deuda pueda resarcirse por vía directa echando mano de hecho de los bienes del deudor para obligarle a pagar, ya sea embargándole los bienes muebles, ya ocupando los bienes inmuebles*». (Vid. PAOLI, «Sul diritto pignoratizio attico», *op. cit.*, pág. 405).

(20) En Zenoth, XXXII, 18, se recoge un caso de desvinculación entre la propiedad y la posesión: El retórico trata en un momento de su discurso probar que un tal Protos es propietario de un barco. Aun no teniéndolo bajo su posesión, el orador defiende la propiedad de su cliente basado en tres circunstancias, como son: que Protos es quien ha comprado el barco, que la cosa está registrada en una aduana en su nombre y que el precio ha sido pagado [vid. DEMEYERE, «Le contrat de vente en droit grec classique», RIDA, 2 (1953), pág. 216].

(21) Se trata, pues, de una convención o pacto derivada del verbo *hypotithemi*, en virtud de la cual el acreedor llegado el momento del vencimiento, si el deudor no paga puede tomar posesión de aquellos bienes que en el momento de la constitución de la garantía han quedado sujetos o asignados a ella.

(22) Así, por ejemplo, está atestiguada en Jenofonte (*Hell. IV, 4, 31*) y otros reclaman nuestra atención, como un pasaje de LISIAS (*De bonis Aristoph.*, § 25) recogido por PAOLI en una brevísima nota (PAOLI, «*Studi di diritto attico*», *op. cit.*, pág. 159, nota 3).

la *hypothékê*-convenio, de *hypothékê*-prenda y la *apotimèma-Datio in solutum*, que, según PAOLI (23), hacían frente a tres posibles inconvenientes:

1. Que el deudor ejecutado pudiera alegar la no pertenencia a su patrimonio de los bienes muebles e inmuebles sobre los que recayese la ejecución (24).
2. Que aunque en el supuesto de que fuera cierta la pertenencia de los bienes al deudor, podía haber sucedido que en el período que va desde el origen de la deuda hasta la ejecución forzosa realizada a la llegada del vencimiento por el acreedor, otro acreedor hubiese tomado posesión de tales bienes (25).
3. Que incluso en el supuesto de que el patrimonio o al menos una parte adecuada del mismo fuese idónea o segura en lo que se refiere a la pertenencia

Un triarca ha recibido en consigna del rey de Persia una copa de oro como medio de reconocimiento de haber prestado servicios como alto funcionario. En el citado pasaje se añade que quiere darle en prenda a un colega que le proporcione por breve tiempo una cierta suma:

Demos gar ho Purilampous, trierarchon eis Kypron, edeethe mou proselthein autoi, legon hoti elabe <men> symbolon parabasileos tou megalou phialen Khrysen... <Bouletoi de> labein ekkaideka mnas epi anteo, hini ekhoi analiskein eis ten Trierarkhian; epeide de eis Kypron aphikoito, lysesthai apodous eikosi mnas.

[Traducción por cortesía de don Cirilo García Villarrubia, catedrático de griego.] Traducción: «Demos el hijo de Pirilampes que estaba equipado con un trirreme para hacerse a la mar rumbo a Chipre, me pidió que fuera en busca de él (Aristófanes) diciendo que recibió del Gran Rey como credencial una copa de oro, ...y desea recibir a cambio de ella 16 minas con el fin de poderlas gastar en la Trierarquía; y que cuando llegue a Chipre, la desempeñaría devolviéndola o dándole a cambio 20 minas».

Demos lo que quería dar en prenda era la copa de oro, pero de forma que el acreedor no se convirtiera en el poseedor de la misma. Lo que resulta claro del párrafo siguiente:

Epeide hediste <an> anthropon agein eudis ekeino to symbolon.

[Pues (de no haber sido por eso) hubiera aceptado inmediatamente aquella credencial con mucho gusto.]

Naturalmente, el acreedor debía ser alguien que fuera directo a Chipre y volviera derecho a Demos, porque sólo con ir a Chipre y mostrar la copa que el acreedor tenía en prenda le era posible procurarse las veinte minas necesarias. Por esta razón la oferta fue hecha a Aristófanes, que era quien debía ir a Chipre.

El valor intrínseco de la copa es insignificante frente a la posibilidad financiera que aseguraba al deudor pignoraticio la exclusión de una forma —diríamos que casi absoluta— de la posibilidad de venderla a su vencimiento como garantía inherente a la prenda: Venta, por otra parte, que el deudor no habría podido consentir implícitamente sin cometer, además de una barbaridad, un delito de apropiación indebida y, desde el punto de vista diplomático, una grosera incorrección.

(23) PAOLI, «Sul diritto pignoratizio attico», *ASDGR*, pág. 395.

(24) PAOLI, «Studi di diritto attico», *op. cit.*, pág. 141.

(25) PAOLI, «Studi di diritto attico», *op. cit.*, pág. 174.

cia y libre de posesión ajena, podía darse el caso de que el deudor no intentase ni tuviera interés en buscar cambiar la posesión de las cosas hipotecadas: En definitiva, que encontrara más cómodo no pagar que recuperar los bienes.

Contra el primer inconveniente está el hecho de que es una *hipothéké* o convenio que tiene el único fin de determinar previamente los bienes sobre los que va a recaer la ejecución; convenio que, por un lado, excluye las posibles excepciones del deudor en el momento de la ejecución y, por otro lado, también limita la acción ejecutiva del acreedor (26).

Contra el segundo inconveniente se recurría al procedimiento de transferir inmediatamente la posesión de los objetos o cosas al acreedor (*hypothéké* como «prenda o garantía» equivalente a derecho real) (27).

Contra el tercer inconveniente, si al vencimiento el deudor no encontraba o no tenía el modo de realizar la ejecución y a su vez le interesaba no perder indefinidamente la posesión de sus cosas, acreedor y deudor acordaban o convenían en la cesión definitiva de algunos bienes muebles o inmuebles del deudor, con la entrega de los cuales y el consiguiente paso de pasar a ser propiedad del acreedor, la obligación se consideraba extinguida (*apotimédatio in solutum*) (28).

Según dicho autor, habría que presumir que la *hipothéké* más que un tipo de garantía es, en origen, un pacto o convenio añadido por el cual se autoriza al acreedor a seleccionar sobre qué bienes puede obtener posesión caso de impago del crédito. Esto es, que lo único a lo que faculta es a una posesión a partir del vencimiento y ello de una forma continuada. La conclusión posible de ello es que no sería en una primera configuración una forma de garantía, sino una cláusula añadida a una posible *enechyron*, en virtud de la cual se desvía el principio de la continuidad posesoria que en su constitución debería de haber sido entregada al acreedor como medida de garantía.

3) La aparición de una forma especial de garantía, el *apotiméma*, de aplicación tanto en el caso de garantizar la devolución al pupilo por parte del tutor de los bienes del patrimonio como en el caso de garantizar la restitución de la dote en caso de disolución del matrimonio.

Esta última figura nos podría situar sobre la pista de una garantía sin posesión que implique la existencia de una nueva institución más similar a la hipoteca. Si bien BISCARDI (29) considera que el *apotiméma*, originariamente era una *datio in solutum* con la misión de valorar la cosa dada en garantía para el caso, bien que el pupilo-acreedor no fuera satisfecho en el vencimien-

(26) PAOLI, «Studi di diritto attico», *op. cit.*, pág. 144.

(27) PAOLI, «Studi di diritto attico», *op. cit.*, pág. 148.

(28) PAOLI, «Studi di diritto attico», *op. cit.*, pág. 179. El cómo esto se puede conciliar con los eventuales derechos de tercero lo expone en la pág. 181 de sus «Studi...».

(29) BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 67.

to-restitución de su patrimonio, bien que la mujer o quienes tuviesen derecho a ello no les fueran restituidos los bienes **dotaies**. En cambio, PAOLI (30) considera que bajo el título o nombre de *apotiméma* se pueden configurar cuatro instituciones distintas que representan otros tantos estadios del desarrollo más antiguo:

1. La *apotiméma-datio in solutum* como una forma de pago.
2. La *apotiméma-convenio* como **predeterminativa** de una eventual *Daño in solutum*, pero que no es un derecho real.
3. La *apotiméma-convenio* acompañada de un efectivo desplazamiento de la posesión es un derecho real, una forma de prenda en la cual al vencimiento de la obligación si el deudor incurre en mora transforma la posesión en propiedad.
4. La *apotiméma-convenio*, con la diferencia que en lugar del desplazamiento efectivo de la posesión se efectúa un desplazamiento ficticio mediante la inscripción en los *horoi*. Se trata esta última de un derecho real efectivamente separado de la posesión del acreedor, afín si bien no en los efectos, sí en su estructura esencial a una hipoteca moderna.

Reconoce que propio PAOLI (31) que las más seguras son la primera y la última; la segunda es una hipótesis que no ha sido confirmada más que de forma indirecta, pero que es necesaria para pasar de la primera a la tercera; la tercera, reconoce el mismo autor, está documentada imperfectamente, pero es la condición necesaria para pasar a la cuarta y además para justificar el hecho de que las fuentes aluden a la necesidad del derecho hipotecario con palabras que indican posesión. Y además parecería inexplicable la última, que se basa sobre un desplazamiento ficticio de la posesión ayudándose en la inscripción de los *horoi*, si no fuera posible pasar de un estadio de *apotiméma-datio in solutum* en el cual la efectiva posesión era exigida a otro de *apotiméma-convenio* donde únicamente se realiza un desplazamiento ficticio de la misma (32).

Por otra parte, la figura de la *apotiméma* no se da en cambio para los bienes pupilares, entre otras razones (33) porque además de la autoridad de las fuentes las cuales mencionan varias veces la garantía ofrecida por el deudor total, pero nunca la ofrecida por el tutor. Por otra parte, en la exclusión de una garantía ofrecida por el tutor en favor de los pupilos debe de pesar sobre todo el argumento —según PAOLI— que una tal garantía aunque fuera considerada oportuna era imposible:

(30) PAOLI, «Sul diritto pignoratizio attico», ASDGR (1976), pág. 396.

(31) Vid. PAOLI, «La datio in solutum nel diritto attico...», *op. cit.*, pág. 396.

(32) PAOLI, «Sul diritto pignoratizio attico», *op. cit.*, pág. 404.

(33) Que PAOLI expone en sus «Studi...», págs. 169 y sigs.

Efectivamente, la hipótesis de una mujer que va al matrimonio llevando una dote presupone siempre la existencia de dos *oikoi*, el originario de la mujer y el *oikoi* marital. Si la mujer es una heredera y lleva al matrimonio todo el *oikos* paterno, no se puede hablar de dote. Ya que, a decir de PAOLI, se trata de una *epíkleros* y no de un *epítroikos* (34).

Respecto a la *epíkleros*, no existe esa duplicidad constituida por el *oikos* paterno del que parte la dote y del *oikos* natural al cual ha venido a incorporarse durante todo el tiempo que dure el vínculo matrimonial ese fragmento de *oikos* paterno que es la dote.

Todo el *oikos* paterno de la *epíkleros* viene a formar parte del *oikos* marital. Esa duplicidad, a su vez, debe de ser supuesta en todos los aspectos jurídicos que asume la dote. Ahora bien, por lo que respecta a los pupilos, se repite la misma condición de cosa que debe de ser considerada por *epíkleros*:

El *oikos* del pupilo es absorbido provisionalmente por el *oikos* del tutor, el cual —como el propio ARANGIO RUIZ (35) ha demostrado para una etapa más arcaica— es el titular de los bienes del pupilo. Aquí no son dos *oikos*, el del pupilo y el del tutor, que funcionan como patrimonios separados y por los cuales uno pueda ser sujeto activo y el otro sujeto pasivo de un mismo vínculo de garantía real: Aquí en realidad lo que hay es un solo *oikos*.

Si el tutor se viera obligado a prestar una garantía real, en última instancia se convertiría en deudor de sí mismo —al quedar integrado el patrimonio pupilar con su propio patrimonio— y, consiguientemente, la garantía se extinguiría por confusión en el momento mismo de su nacimiento.

De ahí que, en definitiva, el deudor *dotal* está obligado a ofrecer eventualmente una garantía y el tutor no.

4) Pero hay un hecho fundamental a nuestro juicio que pudiera haber sido el auténtico motor de la transformación de las antiguas figuras de garantía en una hipoteca: El desarrollo del comercio marítimo.

II. EL COMERCIO MARITIMO Y SU INFLUENCIA EN LA PLURALIDAD DE CREDITOS

No cabe duda que una prenda tradicional en la cual la posesión quedara en manos del acreedor no podría utilizarse ni como medio de garantía ni como medio de crédito en el préstamo marítimo, ya que claramente el *neukle-*

(34) Para la distinción, se puede considerar el término *epíkleros* como heredera y *epítroikos* en el sentido de mujer que hereda un cargo sobre una propiedad como dote frente a la que no tiene dote [vid. «Recensioni critiche: PAOLI...», AG, XXIII, 2 (1932), pág. 249].

(35) ARANGIO RUIZ, «Erede e tutore», *Atti Napoli*, 53 (1930), págs. 1 y sigs.

ros (36) quedaría sin los medios que le permitieran hacer frente al pago en el momento del vencimiento, como sería la propia nave y el utillaje de navegación.

Por tanto era preciso que se permitiera el libre desplazamiento de la cosa aunque estuviera gravada, sin que por ello el acreedor viera peligrar su crédito. Para conseguir esto era necesario que el deudor pudiera tener la disponibilidad material de la cosa, pero ello unido a una coacción psicológica que impidiera que volviera a hipotecar una cosa ya previamente gravada, lo que consigue con un doble tipo de medidas: Mediante la consagración como principio jurídico indiscutible de la *anepafia* (37) y la declaración como delito grave del *estelionato*.

A) EL PRINCIPIO DE LA «ANEPAFIA» Y EL DELITO DE «ESTELIONATO»

En virtud del principio de la *anepafia*, nadie podía reutilizar como medio de garantía una misma cosa —aunque le perteneciera— y por tanto no podía volver a disponer de ella como libre por cuanto que estaría sujeta a la posible reclamación del otro.

Ello implicaría, por una parte, en el caso de la hipoteca la prohibición de volver a hipotecar una cosa ya hipotecada.

Si bien el cumplimiento del principio de la *anepafia* hacía suponer que la cosa está libre de posibles reclamaciones por cuanto que la propia ley obligaba ya al deudor con la prohibición de negociar nuevos créditos sobre la misma cosa (38), ello estaba condicionado a la posible efectividad de un régimen de notificaciones.

Existe un texto de la desaparecida obra de Teofrasto, que fue conservada en otra muy posterior y helenística (39), que ofrece un testimonio sobre los sistemas de publicidad.

(36) Sobre la figura del *naukleros*, véase el trabajo de AMELOTI-MIGLIARDI ZINGALE, «Una dichiarazione di *naukleros* del 237 a.C. in un papiro inedito della collezione Genovese», *SODALITAS*, 6 (1984), donde comenta el caso de Menelaos, *naukleros* al mando de una embarcación con una capacidad de transporte de unos 5.000 artabes, en el año décimo del reinado de Tolomeo III Eugertes constituye garantía sobre la nave en favor de Nysios, obligándose a transportar el grano a Alejandría.

(37) El principio de la *anepafia* es aquel principio en virtud del cual el propietario no puede servirse de la cosa como medio de crédito si no está libre de préstamos a favor de otro.

(38) Respecto a los antecedentes de la prohibición de volver a gravar una cosa ya gravada, vid. RABEL, *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri*, Leipzig, 1909, págs. 9 y sigs. [= *Gesammelte Aufsätze*, 4 (1971), Tübingen, págs. 173 y sigs.].

(39) El texto es un fragmento de la obra desaparecida de Teofrasto (372-288 a.C.) que fue recogida por el antologista del siglo v d.C. Juan Estobeo, el cual reunió en sus «*Antologías*» o «*Florilegio*» extractos de carácter educativo de la literatura griega.

El texto, traducido por FERNÁNDEZ DEL POZO, dice así:

«Ciertas legislaciones quieren que las ventas sean proclamadas por un heraldo público y que sean anunciadas con varios días de antelación. Otras exigen que éstas tengan lugar delante de un magistrado. Así la ley de Pittacos ordena que la venta sea realizada delante de un magistrado. Hay las que prescriben que la venta sea publicada en el sitio donde tiene su sede el magistrado durante al menos sesenta días, como en Atenas, y que el comprador pague la centésima parte del precio para liberarse de todo aquel que venga a reclamar y a discutir su derecho y que se sepa por el pago del precio cuál es el justo adquirente.

En otras, aun las ventas deben ser anunciadas durante cinco días consecutivos antes de ser confirmadas al objeto de permitir a los interesados el tiempo de intervenir y de reclamar la propiedad o la casa...

Tales son las leyes de Cyzique.

Los Thurianos han suprimido todas estas formalidades y no publican las ventas en la plaza pública ni tampoco otros actos, pero obligan al vendedor y al adquirente a reunirse y dar a tres de los más próximos vecinos una pequeña pieza de moneda y testimonio de lo hecho. En el bien entendido que los magistrados en un caso, y los vecinos en otro, deben de ser tenidos por responsables si se niegan a recibir o si reciben dos veces a la misma persona, o si habiendo recibido se niegan a indicar el nombre del comprador. Además, no conviene olvidar que los anuncios y proclamas y todo lo que concierne a las oposiciones no son, en la mayor parte de los casos, sino expedientes empleados para remediar la ausencia de otra norma.

En efecto, en todas partes donde está establecida la inscripción de las propiedades y de los contratos es fácil saber por ella si los bienes son libres y sin cargas y si el vendedor es realmente propietario, porque el magistrado inscribe inmediatamente al comprador en lugar del vendedor.

Como quiera que a veces existen testaferros en las compras y en las ventas, cuando alguien quiere enajenar sus bienes, conviene que existan normas sobre este particular.

Hay en algunos pueblos donde existen previsiones para evitar este abuso y al mismo tiempo para asegurar la publicidad del derecho de propiedad. Según estas normas, aquel que compra una

(40) FERNÁNDEZ DEL POZO, *La propiedad inmueble y el Registro de la Propiedad en las sociedades antiguas*, Madrid, 1993, págs. 156-160.

casa debe de sacrificar sobre el altar de Apolo que preside en su distrito; aquel que compra un campo debe de sacrificar en la villa donde habite y jurar delante del magistrado encargado de la inscripción y delante de tres habitantes de la villa que él ha adquirido en justicia, sin fraude, simulación ni vicio de alguna clase. El vendedor debe jurar de la misma manera que él vende sin dolo. Quien no habitara en la villa debe de sacrificar y prestar juramento sobre el altar de Júpiter Agoraios. Los menesterosos puedan quedar libres del juramento con una ofrenda de perfumes. A falta de estas formalidades el magistrado deniega la inscripción».

Del texto se infiere la existencia de una magistratura especial, la cual estaría encargada del registro de los contratos privados y las resoluciones de los tribunales.

Por otra parte, Aristóteles (41) menciona el cargo de este tipo de funcionario en el quinto lugar entre las seis primeras magistraturas políticas indispensables para el buen funcionamiento del Estado.

Y si bien parece que la polis ateniense carecía de tal magistratura (42) —al aludir a dicha magistratura como necesaria para el Estado— es porque en otras ciudades-Estado de Grecia sí que podía estar extendida aunque no fuera de modo general.

Si bien lo interesante es que se impone la necesidad de un sistema de publicidad sobre los gravámenes que impidiera la duplicidad de los mismos sobre los bienes. Y es cierto que en Grecia existía un régimen de notificaciones sobre inmuebles (43), lo era en forma pasiva mediante determinadas marcas —los conocidos *horoi*— en los fundos rústicos o en los edificios urbanos, aparte de la forma privada de la *aporrhesis*.

Así pues, en lugar de significar tanto una transferencia real de la posesión como una forma de dar publicidad a los terceros mediante la inscripción en los *horoi*, aquí se limitó a cumplir esta última finalidad. De esta forma, fue posible que los *horoi* cuya función originaria no era precisamente la de notificar una prohibición (44), asumieran una función análoga a la de nuestra inscripción hipotecaria (45).

(41) En *Pol.* VI 1321 b34; 1322 b34.

(42) Esta magistratura —*arkhe*— era la encargada de hacer inscribir —*anagrafestsai*— los contratos y resoluciones judiciales a decir de FERNÁNDEZ DEL POZO (vid. en *La propiedad inmueble y el registro de la...*, cit., pág. 158, nota 394). Sobre dicha magistratura véase GEORGUODI, «Manieres d'archivage et archives de cités», *Cahiers de Philologie*, Presses Universitaires de Lille, pág. 244, y GERNET, «Sur l'obligation contractuelle dans la vente hellénique», *RIDA*, 2 (1953), pág. 234.

(43) BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 68.

(44) PAOLI, «Studi...», pág. 185, nota 2.

(45) FERNÁNDEZ DEL POZO, *La propiedad inmueble y el registro de la...*, cit., pág. 159.

Pero parece que, a pesar de las prohibiciones legales, la violación del principio de la *anepafia* era cosa frecuente puesto que aunque el acreedor pudiera conocer la existencia de la carga anterior, podía a pesar de ello realizar una nueva convención que le permitiera detentar un nuevo derecho de crédito.

Llegado a este punto sería interesante conocer si el principio de la *anepafia* tiene correspondencia con los textos romanos posteriores. Lo que supondría —en el caso del *pignus*— la indisponibilidad de la cosa dada en prenda en cuanto que imposibilitaría la existencia de acreedores subsiguientes.

Dicho principio, caso de existir en los textos romanos, supondría una contradicción evidente entre la posibilidad del *pignus* y la eventualidad de una pluralidad de acreedores.

Efectivamente, aun cuando ya en tiempos de la obra justiniana era moneda corriente la pluralidad de acreedores sobre la misma cosa obligada, todavía a modo de resabio arcaizante aparecen pasajes en clara confrontación a la multiplicidad de crediticia.

Desde este punto de vista se puede comprender el pasaje de D.20.1.15.2 (46):

Qui res suas iam obligaverint, et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati, qui saepius res obligatant, praedicere solent, alii nulli rem obligatam esse, quam forte Lucio Titio, ut in id, quod excedit priorem obligationem, res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id, quod pluris est, aut solidum, quum primo debito liberata res fuerit (47).

Pasaje en donde vemos la posible concurrencia de acreedores y el posible riesgo en el que incurren cuando se obligan dos o más veces unos mismos bienes. Para evitar esto se acude al ardid de manifestar que si bien la cosa no está obligada a ninguno, salvo a Lucio Ticio por ejemplo, en lo que excede del primer gravamen, y recayendo la segunda obligación en lo que exceda de la primera, o en la totalidad de la cosa en cuanto quede libre de aquella.

De esta última implicación también se encuentran trazas en otras fuentes latinas, como lo es en D.47.2.66.pr (48):

(46) GAIUS, *Lib. singulari de formula hypothecaria*.

(47) [Traducción de GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1898: «Los que ha hubieran obligado sus bienes y los obligan a otro segundo acreedor para evitar el riesgo que suelen correr los que obligan muchas veces los mismos bienes, suelen manifestar que la cosa no está obligada a ningún otro sino, por ejemplo, a Lucio Ticio para que en aquello que excede de la primera obligación quede obligada la cosa, de suerte que sirva para la prenda o la hipoteca lo que vale de más, o la totalidad, cuando la cosa hubiere quedado libre de la primera deuda».]

(48) PAULUS, *Libro VII, Ad Platium*. [Traducción de GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1898: «Si el que dio una cosa en prenda la hubiere

Si is, qui rem pignoris dedit, vendiderit eam quam vis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditor i, sive speciali pactione tantum obligaverat; idque et Iulianus putat.

Donde califica de hurto a quien vende una cosa que había sido gravada con prenda, y ello tanto si media entrega al acreedor —*tradiderat creditori*— como si se hubiera obligado en virtud de pacto especial —*sive speciali pactione tantum obligaverat*—. Aunque lo especial del supuesto está en calificar de hurto el hecho aun cuando quien tal procede es su dueño —*quam vis dominus sit*.

Dada la imposibilidad legítima de volver a gravar la misma cosa, se impone la necesidad de refrendarlo mediante sanciones que hagan más efectiva la imposición del principio referido. Esta prohibición de volver a dar como libres las cosas anteriormente gravadas nos lleva a referirnos al delito de *estelionato* y su calificación de delito grave.

Sobre la configuración de tal delito —*stellionatus*— en las fuentes latinas, los propios textos justinianeos nos dan unas orientaciones muy precisas del mismo. Así en D.47.20.2:

Stelleionatus iudicium famosum quidem non est, coertionem extraordinariam habet (49).

Fragmento en base a un texto de ULPIANO en donde se indica que aunque no sea equivalente a la infamia, no por ello deja de llevar aparejada una pena extraordinaria.

A la cuestión de cuándo tiene lugar se refiere el texto del D.47.20.3.1 según el cual:

Stellionatum autem obici posse his, qui dolo quid facerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit, quod sit, quod obiciatur; quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Ubicunque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus. Maxime autem in his locum habet, si quis forte rem alii obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alii distraxerit, vel permutaverit, vel in solutum dederit; nam hae omnes species stellionatum continent. Sed et si quis merces supposuerit, vel obligatas averterit, vel si corrumpit, aequae ste-

vendido, aunque sea su dueño, comete hurto, ya si se la hubiere entregado al acreedor o ya si solamente la hubiera obligado por pacto especial. Y esto opina también Juliano».]

(49) ULPIANUS, *Lib. VII, Ad Sabinum*. [Traducción de GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1898: «El juicio de estelionato no es ciertamente infamatorio, mas lleva consigo pena extraordinaria».]

llionatus reus erit. Item si quis imposturam fecerit, v el collusionem in necem alterius, stellionatus poterit postulari. Et ut generaliter dixerim, deficiente titulo criminis hoc crimen locum habet, nec est opus species enumerare (50).

Esto es, tendrá lugar cuando se oculte la obligación contraída o se enajene una cosa que previamente había sido obligada en favor de otro, o en el caso que las mercancías pudieran servir de medio de garantía, se sustrajeran al posible acreedor o se estropearan para impedir el beneficio de éste.

En cuanto a cuál sea la pena, se nos indica en el siguiente epígrafe:

Poenae autem stellionatus nulla legitima est, quum nec legitimum crimen sit; solent autem ex hoc extra ordinem plecti, dummodo non debeat opus metalli haec poena in plebiis agredi; in his autem, qui sunt in aliquo honore positi, ad tempus relegatio, vel ab ordine motio remittenda est (51).

Según el cual, y a pesar de no haber pena alguna del estelionato señalada por la ley, la pena es distinta según se trate de plebeyos, en cuyo caso no puede exceder del trabajo en las minas, o de los que ostentan alguna dignidad, ya que en dicho supuesto implicaría la posible destitución o remoción de su cargo.

Aunque en base a un texto de MODESTINO (52), recogido en D.47.20.4:

(50) [Traducción de GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1898: «Mas se puede acusar de estelionato a los que hicieron alguna cosa conviene a saber que si no hubiere otra acusación criminal que se les oponga; porque por lo que en los juicios privados hay la acción de dolo, hay en los delitos la persecución de estelionato. Así pues, donde falta el título de delito acusaremos de estelionato. Pero principalmente tienen lugar, si acaso alguno, habiendo disimulado la obligación, hubiere enajenado o permutado dado en pago a alguien con malicia una cosa obligada a otro; porque todos estos casos contienen estelionato. Pero también si alguno hubiera sustraído (sustituido) mercancías, o hubiere distraído las que estuvieran obligadas, o las hubiere estropeado, será igualmente reo de estelionato. Así mismo, si alguno hubiere hecho impostura o colusión en perjuicio de otro, podrá ser acusado de estelionato. Y como en general he dicho, faltando la denominación de delito tiene lugar esta acusación criminal y no hay necesidad de expresar la especie del delito».]

(51) D.47.20.3.2. [Traducción de GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1898: «Mas no hay pena alguna del estelionato señalada por la ley, por cuanto tampoco es delito definido por la ley; pero por esto se suele castigar fuera de lo ordinario, con tal de que la pena no debe de exceder del trabajo en las minas tratándose de plebeyos; mas respecto a los que se hayan constituidos en alguna dignidad se ha de aplicar la relajación temporal o la remoción del orden».]

(52) *Lib. III, De poenis*. [Traducción de GARCÍA DEL CORRAL: «Si alguno juró en un instrumento que eran suyas las prendas, resulta del perjurio un delito de estelionato y es, por tanto, desterrado temporalmente».]

De periurio, si sua pignora es se quis in instrumento iuravit, crimen stellionatus fit; et ideo ad tempus exulat.

En el caso de mediar juramento recogido en un instrumento aseverando que la cosa dada en prenda es suya, si después se demuestra que no lo es la pena que se impone es la de destierro temporal.

Llegado a este punto, lo que continuaba siendo más discutible era si en el caso de la nave o de los enseres transportados estuvieran ya gravados —con lo cual ya garantizaban anteriores **deudas**— si podían volver a hipotecarse (53).

Las dudas acerca de si tales actos podían permitirse o no, p si la protección del crédito la amparaba la propia transmisión de la *prasis epi lysei*, tal vez hicieron de agente paralizante en la difusión de los créditos reales.

Por otra parte, y dado que no existía una clara delimitación entre la posesión-titularidad de la cosa, y derecho real de garantía por otra, se crea un estado favorable a la aparición de nuevos acreedores posteriores, bien porque mediante convención privada prestan con el conocimiento y consentimiento del deudor, o bien por medio de fórmula puramente pasiva de publicidad que suponían los *horoi*.

Lo cierto es que se presentan posibles concursos de acreedores, los cuales se resuelven mediante regla tan romanista por lo demás de *melior est condicio possidentis*, con lo cual la preferencia la va a obtener —en caso de concurrencia de **acreedores**— el que sea poseedor. Así es posible entender que siglos más tarde esta idea reaparezca en los propios textos justinianeos.

Concretamente en D.20.4.14 (54). Dice así el texto:

Si non dominus eandem rem diversis temporibus pignoraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.

En este fragmento se recoge el principio citado de forma que en caso de pignoración sucesiva de una misma cosa en favor de dos o más acreedores, la preferencia es en favor del primero; pero tratándose del supuesto de constitución de prenda por dos o más deudores, ninguno de los cuales pudiera

(53) Lo cierto es que BISCARDI considera que en las relaciones comerciales regía la prohibición de la *epidaneizein*, con lo que se impedía obtener dinero en préstamo sobre las mercancías ya hipotecadas, siendo considerado un acto de mala fe (BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 69).

(54) PAULUS, *Lib. XIV, Ad Plautium*. [Traducción de GARCÍA DEL CORRAL: «Si el que no era dueño hubiere pignorado a dos una misma cosa en diversos tiempos, es preferido el primero; aunque si de varios que no sean dueños recibiéramos una prenda, sea preferido el poseedor».]

determinar ser el propietario, la preferencia es en favor del que tiene la posesión.

De todas formas, la cuestión estriba en si esto se puede entender como un sistema muy rudimentario de garantías, ya que aparte la prohibición de la *epidaneizein* —el préstamo de dinero con la garantía de la nave o de las mercancías transportadas—, que es fácilmente vulnerado mediante el simple expediente del sometimiento de la voluntad del deudor a la del acreedor, no se expresa una equivalencia entre el importe de la garantía y el valor de los bienes que la cubren. Con lo cual podía darse en la práctica que el valor de los bienes fuera muy superior a de la deuda pretendidamente cubierta.

Por otra parte, la propia configuración de la *praxis* —con su transmisión de propiedad—, la imposibilidad de utilizar la cosa como medio de obtención de nuevas garantías —a menos de caer bajo la subyugación del acreedor—, la coacción psicológica que pesa sobre el deudor en caso de incumplimiento y la dificultad no menor de la obtención de una justa valoración de la cosa en relación con la garantía que cubre su valor suponían inconvenientes no pequeños que propiciaron que los griegos no llegaran a desarrollar y menos a plantearse en toda su extensión el problema de la pluralidad de vínculos hipotecarios sobre un mismo bien.

B) LA PRÁCTICA COMERCIAL MARÍTIMA COMO POSIBILITADORA
DE LA PLURALIDAD HIPOTECARIA

No obstante lo anterior, debido a la práctica comercial marítima se acaba reconociendo en favor del acreedor el derecho a vender la cosa —una vez que tuviera la posesión de la misma—, dándosele el nombre de *embateusis* o *embateia*.

La innovación introducida está en que dicha venta conllevaba aparejada la posibilidad de detraer del producto de la misma el importe del crédito no satisfecho.

Y puesto que, según vimos, era posible por voluntad de las partes la introducción de una cláusula que permitiera sustraerse al régimen de la continuidad posesoria en la *hypothekē* y a la derogación del principio de la *anepafia*, con lo cual éste deja de ser considerado como una disposición de orden público.

Con el tiempo, según BISCARDI (55) esta práctica comercial marítima acabó por incorporarse a las convenciones de *hypotithenai* o pacto por el cual se designan sobre qué bienes puede tomar posesión el acreedor en caso de impago de su crédito.

(55) BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 70.

A dicho pacto se le suele añadir una cláusula en virtud de la cual dichos bienes pueden venderse para resarcir al acreedor de su crédito, en vez de la modalidad anterior según la cual y en base a la continuidad posesoria habría de permanecer con ellos en la espera de un posible rescate por el deudor.

Todo ello nos induce a pensar que durante bastante tiempo no pudo llegar a plantearse el conflicto de la pluralidad de créditos hipotecarios sobre una misma cosa; bien porque se tratara de la *enechyron*, con su entrega efectiva de la posesión al acreedor; bien de la *prasis epi lysei*, donde el propio acreedor se convierte en propietario-adquirente de la cosa ofrecida en garantía hasta el pago de la deuda, o bien el principio de la *anepafia*, que supone la prohibición de negociar nuevos créditos sobre la misma cosa.

En cualquiera de estos casos se dificulta que una misma cosa sea objeto de nuevas garantías con otros acreedores.

Fue necesario que desaparecieran todos estos obstáculos para que la posibilidad de concurrencia de varias garantías reales sobre el mismo fuera posible.

Junto a ello se hizo imprescindible la posibilidad de vender la cosa por el acreedor, bien sea en la práctica mercantil marítima, bien por voluntad de las partes, como dice BISCARDI (56), para que se posibilitase la concurrencia de varios vínculos hipotecarios sobre una misma cosa y que ésta no estuviera sujeta a la **excluyente** posesión de uno de éstos.

Ello implica el cumplimiento de una serie de premisas, como son:

a) Que la garantía real no implique el desplazamiento de la posesión por cuanto que, según vimos, el acreedor que detentara tal posesión obtendría preferencia en su crédito, y ello tanto en virtud de la regla *melior est condicio possidentis* como de la carencia de una adecuada publicidad (57), con lo cual dificultaba, cuando no imposibilitaba, el conocimiento de qué hipotecas y en favor de qué acreedores se habían constituido con anterioridad —salvo que fueran tan patentes que no la necesitaran por venir impuestas por un orden más elevado como fueron las hipotecas legales, según veremos.

b) El no desplazamiento de la posesión en favor del acreedor durante la vida del crédito tiene que ser conciliado con la idea de que al terminar el período de garantía el acreedor no esté facultado para posesionarse de la cosa.

La razón habría que buscarla en que, en tal caso, el acreedor-poseedor fácilmente podría pensar en reintegrarse de su deuda con la cosa sobre la cual

(56) BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 70.

(57) Como advierte FERNÁNDEZ DEL POZO, los griegos carecían de un único sistema de publicidad inmobiliaria aunque valoraron y conocieron la trascendencia de ésta. La publicidad inmobiliaria se llevó a cabo a través de diversos mecanismos, según las distintas *polis*. Aunque sin duda el más perfecto fue el sistema de publicidad registral (*vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, *op. cit.*, pág. 155).

tiene ya la posesión, con lo cual sería difícil que éste la cediera a otros acreedores que también tuvieran derechos de crédito sobre la misma.

c) Que la posibilidad y concurrencia de créditos distintos sobre una misma cosa lo sean por debajo del valor real de ésta. Es lógico pensar que si el valor de la cosa fuera inferior a la cuantía de la deuda lo que obtuviera por la venta no permitiría al acreedor recuperar su crédito y el deudor continuaría obligado por la diferencia.

Situación ésta que los antiguos griegos denominaban *elleipon* (58).

La situación que posibilitaría la simultaneidad y concurrencia de distintos créditos con diferentes acreedores es justo el caso opuesto: Que el valor de la cosa sobre la cual se constituye la garantía exceda de la cuantía de la deuda para que así el excedente quede en favor del deudor y posibilite la obtención de nuevos créditos. Tal excedente, bien conocido con el nombre de *hyperocha* o *hyperocha*, es necesario que exista para poder encontrar otro acreedor.

Existe un texto de TRIFONINO, recogido en D.20.4.20 (59), donde se utiliza el término *hyperocha* en dos ocasiones en el mismo fragmento:

Quarebatur, si post primum contractum tuum, antequam aliam pecuniam tu crederes, eidem debitori Seius credidisset quinquaginta, et hyperocham huius rei, quae tibi pignori data esset, debitor obligasset, dehinc tu eidem debitori crederes forte quadraginta, quod plus est in pretio rei, quam primo credidisti, utrum ei ob quinquaginta, an tibi in quadraginta cederet pignoris hyperocha —finge, Seium paratum esse offerre tibi summam primo ordine creditam?—. Dixi, consequens esse, ut Seius potior sit in eo, quod amplius est in pignore, et oblata ab eo summa ordine credita, usurarumque eius, postponatur primus creditor in summam quam postea eidem debitori credit.

Según MIQUEL (60) se trata del único texto del Digesto en donde aparece la palabra *hyperocha*, aun cuando la segunda vez se trate de un glosema

(58) BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 71.

(59) TRYPHONINUS, *Lib. VIH, Disputationum*. [Traducción de GARCÍA DEL CORRAL: «Preguntabas si después de un primer contrato tuyo, y antes que prestases otra cantidad, Seyo hubiese prestado cincuenta al mismo deudor, y el deudor hubiese obligado el exceso del valor de la cosa, que se te hubiese dado en prenda, y luego tú prestases al mismo deudor acaso cuarenta, ¿lo que en el precio de la cosa excede de lo que prestaste primeramente correspondería como sobrante de la prenda a él por los cincuenta o a ti por los cuarenta —suponiendo que Seyo está dispuesto a ofrecerte la suma prestada en primer término—? Dije que es consiguiente que Seyo sea preferido respecto de aquello que importa más la prenda y que ofrecida por él la cantidad prestada en primer término y el importe de los intereses de la misma se posponga el primer acreedor respecto a la suma que prestó después al mismo deudor».]

(60) Véase MIQUEL, «El rango hipotecario en el Derecho romano clásico», *AHDE*, 29 (1959), págs. 229-316.

según la opinión de MOMMSEN y BESELER (61), aunque en contra se pronuncia MANIGK (62).

MIQUEL advierte lo peligroso que resulta querer sacar consecuencias del hecho de que éste sea el único texto del Digesto en que se encuentra la palabra *hyperocha* (63).

d) La simultaneidad de créditos no puede implicar que se plantee una exclusión entre los diversos acreedores entre sí, puesto que en tal caso no se podría hablar de preferencias: La existencia de un solo acreedor *excluyente* apartaría a todos los demás.

e) Y por último, que el crédito no puede recaer sobre la totalidad del valor en cambio de la cosa (*hosoi pleinos axion*), siendo necesario que quede un valor residual que pudiera ser destinado a garantizar otra deuda.

Lo cierto es que hay fuentes que indican no sólo operaciones de prenda sobre el resto del valor de cosa que había sido ya anteriormente objeto de garantía con lo que evidencian su posibilidad práctica, sino también concediendo preferencia al derecho de garantía anterior (64).

Y de entre estos textos quizás el más importante sea una ley de Efeso catalogada por DITTENBERGER (65) y sobre la cual frente a la opinión de PARTSCH (66) que la databa en el siglo I, o en todo caso en el siglo II a.C., HEBERDEY (67) la fechó como anterior al año 297 a.C. en cuanto que la referencia que la misma hace a la guerra es la guerra de Lisímaco y Demetrio, finalizada en dicho año.

En dicha ley se trata de salir al paso de la deficiente situación de los deudores hipotecarios agobiados por estrecheces provocadas por la situación de la guerra que paralizaban la mayoría de las actividades de producción. Precisamente esa situación de guerra impedía reunir el dinero necesario para atender el vencimiento de las deudas.

GERNET (68) narra cómo en tiempos de Aristóteles se produjo una situación de penuria y la *polis* aprovechó una ley que exigía la inscripción de las deudas para subrogarse en lugar de los acreedores mediante la inscripción a

(61) BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Tübingen, 1910 (reimp. Leipzig, 1931), pág. 138.

(62) MANIGK, «Hypotheca», *RE*, 17 (1914), pág. 293.

(63) MIQUEL, *op. cit.*, pág. 264.

(64) BISCARDI comenta que algunos oradores, como Aristóteles, aluden a «tomar una segunda hipoteca sobre un fundo» o «tomar a préstamo sobre un fundo ya hipotecado». BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 71.

(65) DITTENBERGER, *SYLL*, pág. 591.

(66) PARTSCH, *Griechisches Bürgschaftsrecht 1*, Leipzig-Berlin, 1909, pág. 261.

(67) HEBERDEY, *Forschungen in Ehesos 2*, Wien, 1912, pág. 98.

(68) Véase GERNET, «Introduction à l'étude du droit grec ancien», *AHDO*, 2 (1938), págs. 261-292.

su nombre de los créditos que tenían contra los deudores. De esta forma se erigía en destinataria del pago del capital a cambio del interés que se pagaría a los primitivos acreedores (69).

Finalmente, frente a la posibilidad que representaría la adjudicación de las cosas gravadas en favor de los acreedores, con la consiguiente alarma social, el legislador permite que los deudores de buena fe podrían liberarse dejando a los acreedores únicamente una parte del inmueble gravado previa estimación de su valor referida al Estado en el momento de la obtención del préstamo hipotecario.

III. CARACTERES ESENCIALES DEL REGIMEN DE PLURALIDAD Y CONCURRENCIA DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS

Lo interesante no es tanto las medidas concretas de gracia que se formulan, sino que aparecen enunciados unos caracteres esenciales de lo que se podría llamar el régimen de pluralidad y concurrencia de créditos hipotecarios (70):

1. Así, entre varios acreedores hipotecarios la prioridad se funda en la prioridad temporal ya que tiene preferencia la primera convención.

2. En caso de hipotecas sucesivas, éstas sólo pueden recaer sobre el *hyperechonta* o *hyperoche* (lo que supone tanto sobre el excedente que quede en favor del deudor como el resto del valor de cosa).

Un ejemplo lo tenemos en D.20.4.20 (71) como vimos, donde se plantea el supuesto de una segunda —o incluso una tercera hipoteca— que grava la cosa en la medida que el valor de la misma excede del importe de la primera garantía, permitiendo que el propio deudor pueda tomar el lugar del acreedor preferente reembolsándole el importe de su crédito.

3. En tales casos se obligaba al deudor —si quería obtener nuevos créditos sobre el resto del valor real del fundo— a declarar a los futuros prestamistas las hipotecas anteriores, siendo considerados como actos fraudulentos su ocultación. Con lo cual y evidentemente el sistema de publicidad queda en manos del propio deudor.

Existe un texto que corresponde a D.20.1.15.2 (72) donde, como vimos, se impone al deudor que pretenda constituir un nuevo crédito hipotecario sobre cosa ya objeto de anterior garantía a declarar dicho gravamen para no incurrir en responsabilidad. Para ello se utiliza el expediente de

(69) GERNET, *op. cit.*, pág. 274.

(70) BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 74.

(71) THIPHONINUS, *Lib. VIII, Disputationum*.

(72) GAIUS, *De formula hypothecariae*.

manifestar que la cosa no está obligada a ningún otro sino, por ejemplo, a Lucio Ticio.

La idea es, pues, que sólo se puede considerar obligada la cosa —si previamente lo ha sido con otra garantía *real*—, bien en el excedente o resto que quede de la primera obligación, o bien condicionando la efectividad de la segunda garantía a la *condictio* que la cosa hubiere quedado libre de la primera deuda.

4. Es posible que un acreedor posterior pretenda ocupar el puesto de un acreedor anterior o preferente, en cuyo caso puede reembolsarle el importe de su crédito y obligarle a aceptar el pago. Pero esta posibilidad no sólo rige para un acreedor, sino que el propio deudor también puede intervenir en favor de un acreedor hipotecario anterior y aliviar la situación de los otros acreedores, amén de la de él mismo.

5. Y por *último*, se admite la posibilidad en caso de impago de la deuda y una vez enajenada la cosa hipotecada que se pueda recuperar lo que falte con el patrimonio restante del deudor. Con lo cual la sujeción directa sobre la cosa que conlleva la hipoteca se transforma en una extensión de la garantía sobre el resto del patrimonio del deudor.

Según reconoce BISCARDI (73), en sus caracteres esenciales éste es el régimen de la pluralidad hipotecaria que con toda probabilidad rigió en las dos orillas del Egeo a partir al menos del siglo *m a.C.*

Advierte, sin embargo, que el estado actual del conocimiento sobre los papiros de Egipto no permite saber con certeza si antes o incluso después de la dominación romana se posibilitó la constitución de varios vínculos hipotecarios sobre una misma cosa, aunque sí atestiguan la posibilidad teórica de destinar una misma cosa a garantizar créditos diversos en favor de distintos prestamistas (74).

IV. CONCLUSIONES

La imposibilidad de utilizar la cosa como medio de obtención de nuevas garantías —a menos de caer bajo la subyugación del *acreedor*—, la coacción psicológica que pesa sobre el deudor en caso de incumplimiento y la dificultad no menor de la obtención de una justa valoración de la cosa en relación con la garantía que cubre su valor suponían inconvenientes no pequeños que propiciaron que los griegos no llegaran a desarrollar, y menos a plantearse en toda su extensión, el problema de la pluralidad de vínculos hipotecarios sobre un mismo bien.

(73) BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 74.

(74) BISCARDI, «El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...», *op. cit.*, pág. 75.

No obstante lo anterior, debido a la práctica marítima se acaba reconociendo en favor del acreedor el derecho a vender la cosa. Dicha venta conllevaba aparejada la posibilidad de detraer del producto de la misma el importe del crédito no satisfecho.

Sin embargo, durante bastante tiempo no pudo llegar a plantearse el conflicto de la pluralidad de créditos hipotecarios sobre una misma cosa, bien porque se tratara de la *enechyron* con su entrega efectiva de la posesión al acreedor, bien de la *prasis epi lysei* donde el propio acreedor se convierte en propietario-adquirente de la cosa ofrecida en garantía hasta el pago de la deuda, o bien el principio de la *anepafia* que supone la prohibición de negociar nuevos créditos sobre una misma cosa. En cualquiera de estos casos se dificulta que una misma cosa sea objeto de nuevas garantías con otros acreedores.

Como caracteres esenciales del régimen de pluralidad y concurrencia de créditos hipotecarios se pueden señalar los siguientes:

1. Entre varios acreedores hipotecarios la prioridad se funda en la prioridad temporal, ya que tiene preferencia la primera convención.
2. En caso de hipotecas sucesivas, éstas sólo pueden recaer sobre el *hiperechonta* o *hyperoche* (lo que supone tanto sobre el excedente que quede en favor del deudor como el resto del valor de cosa).
3. En tales casos se obliga al deudor a que si quiere obtener nuevos créditos sobre el resto del valor real del fundo a declarar a los futuros prestamistas las hipotecas anteriores, siendo considerados como actos fraudulentos su ocultación. Con lo cual y evidentemente el sistema de publicidad queda en manos del propio deudor.
4. Es posible que un acreedor posterior pretenda ocupar el puesto de un acreedor anterior o preferente, en cuyo caso puede reembolsarle el importe de su crédito y obligarle a aceptar el pago. Pero esta posibilidad no sólo rige para un acreedor, sino que el propio deudor también puede intervenir en favor de un acreedor hipotecario anterior y aliviar la situación de otros acreedores, amén de la de él mismo.
5. Y por último, se admite la posibilidad en caso de impago de la deuda y una vez enajenada la cosa hipotecada que se pueda recuperar lo que falte con el patrimonio restante del deudor. Con lo cual la sujeción directa sobre la cosa que conlleva la hipoteca se transforma en una extensión de la garantía sobre el resto del patrimonio del deudor.

V. GLOSARIO DE TERMINOS JURIDICOS

APOTIMEMA. Propiedad hipotecada, en otro sentido fianza o garantía.

ANEPAPHOS. Intacto, incólume, libre de gravamen.

HYPOTHEKE. Fig. advertencia, aviso. En sentido propio, prenda, garantía, hipoteca.

HOROS (sing.), HOROI (plural). Límite, lindero, frontera, marca. En sentido propio, señal o mojón. En sentido jurídico, piedra conmemorativa, escrito colocado en una propiedad hipotecada.

LEITOURGIA. Servicio público llevado a cabo por los propios ciudadanos a sus expensas; es también cualquier servicio público o trabajo.

ENKTESIS. Posesión de tierra en cualquier país. El derecho a poseer como propietario por consecuencia de un servicio prestado. Sentido fig., finca, hacienda, propiedad.

OIKOS (sing.), OIKOI (plural). Casa, inmueble en construcción. Lugar donde uno vive; en sentido político, social y familiarmente hogar considerado como habitación o estancia. En otro sentido, bienes de la familia, herencia, hacienda familiar, bienes relictos. Casa real.

EPIKLEROS. Heredero.

EPIPROIKOS. Mujer que hereda un cargo sobre una propiedad como dote, frente a la que no tiene dote.

GRAPHE KAKOSEOS. Acción o denuncia por malos tratos por parte de los que tenían la protección natural; dentro de ello:

— **GRAPHE KAKOSEOS ORPHANON**, referida a los huérfanos.

— **GRAPHE KAKOSEOS EPIKLEROU**, referida a la heredera/mujer.

KYRIOS. El que tiene el poder o la autoridad sobre alguien o algo. Señor o dueño legítimo o legal.

EPITROPOS. Alguien a quien se está confiado. El cargo de alguien o de algo que es administrador, depositario, albacea, guardián o protector. En la época romana, el procurador, gobernador o virrey.

APOTIMETHENTA. Referente a la propiedad pignorada o hipotecada.

ENEKHYRASIA. Tomar una propiedad en garantía, coger en prenda. Es sustantivo y se refiere al hecho o a la acción de constituir la garantía.

LUIS MARIANO ROBLES VELASCO
Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Granada