

**REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO**

---

**PRECEDENTES ROMANOS DEL DERECHO DE  
RETENCIÓN DE LA PRENDA.**

**ROMAN PRECEDENTS FOR THE RIGHT OF  
RETENTION OF THE PLEDGE.**

**Juan Antonio Bueno Delgado**

Profesor Contratado Doctor de Derecho Romano  
Universidad de Alcalá (UAH)  
email: [juanantonio.bueno@uah.es](mailto:juanantonio.bueno@uah.es)

El artículo 1863 del Código Civil declara que <<además de los requisitos exigidos en el artículo 1857<sup>1</sup>, se necesita, para constituir el contrato de

---

<sup>1</sup> .- Artículo 1857 C.C.:

*Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca:*

- 1. Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.*
- 2. Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad*

prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo>>.

A su vez el Artículo 1866 del mismo Cuerpo legal dice lo siguiente:

**<<El contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder o en el de la tercera persona a quien hubiese sido entregada, hasta que se le pague el crédito.**

Si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquél prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda>>.

Interesa destacar de la segunda parte del artículo 1866 la prórroga de la retención a la que el mismo se refiere; y de tan singular regulación, apreciando el

---

*al que la empeña o hipoteca.*

*3. Que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto. Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes.*

Derecho desde una perspectiva histórica y no como algo estático, buscar los precedentes que la informan. Parafraseando al ilustre romanista y maestro de romanistas D. Ursicino ALVAREZ SUAREZ, "la investigación, para serlo, ha de mirar la huella misma, no su reflejo ni su retrato, que pueden deformarla y falsearla al punto de rendirla inútil"<sup>2</sup>, de modo que la actividad investigadora, sin apartarse de la doctrina, debe apuntar directamente a las fuentes como objetivo básico del que partir en la investigación.

**Aparte, claro está, de su valor como denominador común en el estudio del Derecho comparado y de su importancia en otros aspectos de los que no es necesario hacer mención, el Derecho romano se erige en bastión indispensable en la construcción del Derecho de nuestro tiempo y a él es hasta donde vamos a remontarnos.**

**En el año 239 de nuestra era, siendo emperador Gordiano III, se promulgó una constitución según la cual, habiendo contraído un deudor varias deudas con el mismo acreedor una de las cuales se hallaba garantizada con prenda estando el resto desprovistas de garantía,**

---

<sup>2</sup> .- ALVAREZ SUAREZ, U.; *Horizonte actual del Derecho romano*, Madrid, 1944, p. 277.

**encontrándose el acreedor en posesión de la cosa pignorada, aunque el deudor hubiera satisfecho el crédito garantizado, el acreedor no estaba obligado a restituirla mientras no hubiesen sido satisfechos también aquellos otros créditos – quirografarios- por los que no se prestó ninguna garantía<sup>3</sup>. Es decir, cuando por el cumplimiento de la obligación garantizada la prenda se extinguía, el acreedor podía retener la posesión de la cosa que le fue pignorada en garantía del cumplimiento de otra deuda del mismo deudor.**

Dicha disposición la encontramos en el Código de Justiniano, Libro VIII, Título XXVI (XXVII), cuya rúbrica reza <<*Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri*>>. El texto<sup>4</sup> de la misma dice:

*Imp. Gordianus A. Festo.*

*Pignus intercidit, si novatione facta in alium ius obligationis transtulisti nec, ut ea res pignoris nomine teneretur, cautum est.*

---

<sup>3</sup> .- Para un estudio más en profundidad sobre este asunto, ver BUENO, J.A., *Pignus gordianum*, Madrid 2004, de donde se han extraído algunos de los argumentos y conclusiones que se vierten aquí.

<sup>4</sup>.- Se ha tomado: *Codex Iustinianus (Corpus iuris civilis, vol. II)*, ed. KRÜGER<sup>14</sup>, WEIDMANN, Dublín/Zurich, 1967, pp. 345-346.

1. *Quod si pactum inter te eumque, qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem susceperat, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneatur, quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem.*

**2. *Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperint.***

3. *Quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre.*

*PP. id. Mart. Gordiano A. et Aviola cons. [a. 239].*

Para este estudio interesa especialmente el § 2 de la constitución gordiana; aunque para mayor comprensión se revisará sucintamente el resto §§ del rescripto que el Emperador dirige al postulante: Festo.

En el § primero se contempla una regla general, de modo que, en caso de novación, la prenda se extingue si no se conviene expresamente que la garantía se mantenga:

*Pignus intercidit, si novatione facta in alium ius obligationis transtulisti nec, ut ea res pignoris nomine teneretur, cautum est. (§ pr.).*

En el § 1, al contrario, la prenda se mantiene si el acreedor acepta como deudor al nuevo propietario del fundo en lugar del anterior y pacta con él que dicho fundo garantice la nueva obligación, al igual que garantizaba la primera:

*"Quod si pactum inter te eumque, qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem suscepit, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneatur, quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem".*

La segunda parte de este § ("*... quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem*") recoge una disposición de carácter procesal, de modo que si el acreedor interpone contra el deudor una acción personal, basada en la

obligación, y obtiene la condena del mismo, todavía le es dada la persecución de la prenda. De esto algunos autores han deducido que se trata de un caso de hipoteca<sup>5</sup>.

En el § 2 es donde se contempla el origen del derecho de retención de la prenda, por el que el acreedor pignoraticio puede hacerla extensiva a otros créditos quirografarios contraídos con el mismo deudor:

***Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperint.***

---

<sup>5</sup> .- Cfr. BUENO; *Pignus Gordianum*, cit., pp. 16-17. Esta segunda parte del § 1 se reproduce íntegramente, con algunas variantes, en Cod. 8, 13 (14), 8:

Cod. 8, 13 (14), 8 (*Imp. Gordianus A. Festo*): *Quamvis personali actione expertus adversus reum vel fideiussores seu mandatores eius feceris condemnationem, pignoris tamen adhuc habes persecutionem.* (a. 239).

Dicha regulación, de la cual, como se ha dicho, tenemos constancia a través del Código de Justiniano - Libro 8, Título 26 (27)-, ha sido objeto de diversos planteamientos doctrinales, tratándose unas veces como meras cuestiones interpretativas y entrando, en ocasiones, más en el fondo del asunto. Pero es preciso, en primer lugar, destacar la importancia de la regulación referida como germen de los fundamentos y principios que informan la esencia del <<derecho de retención de la prenda>>, que es el resultado de un proceso de evolución jurídica que comienza en el Derecho romano y cristaliza, por lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, en el artículo 1866 del Código Civil en vigor; artículo que no escapa a los múltiples Comentarios que, particularmente por lo que se refiere a su párrafo segundo, se han hecho de él (MANRESA, ALBALADEJO, ESPIN, ..., entre otros), y que tiene su antecedente prelegislativo en el artículo 1779 del Proyecto de Código Civil de 1851 y su precedente legal más próximo en la Partida V, Título 13, Ley XXII.

Interesa también cotejar, por lo que al Derecho español se refiere, la regulación en materia hipotecaria, especialmente los artículos 104 y siguientes de la Ley Hipotecaria y las concordancias allí citadas, donde se pone de manifiesto el carácter de la hipoteca como derecho real, y comparar asimismo el paralelismo

existente entre estos artículos y algunas de las cuestiones extraídas de la disposición gordiana referida.

Disposición que tampoco es ajena a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, tal como se pone de manifiesto en la Sentencia de 24 de junio de 1941, sobre derecho de retención por deudas posteriores, magníficamente comentada por DIEZ-PICAZO<sup>6</sup>, y por otros autores, como por ejemplo BONET<sup>7</sup>; CASTAN TOBEÑAS, PUIG BRUTAU, etc.

Dado el carácter eminentemente romanístico del trabajo no se abordará aquí el estudio de la evolución de la figura en el Derecho intermedio y menos aún el estado actual del derecho de retención de la prenda.

Procediendo a un análisis más exhaustivo de la citada constitución, concretamente un rescripto, dos son, considero, los problemas fundamentales que plantea la regulación que nos transmite el párrafo segundo de la misma. A saber, el de la originalidad o no de la disposición de Gordiano y el de la naturaleza jurídica de la figura que se recoge en Cod. 8, 26 (27), 1, 2.

---

<sup>6</sup> .- DIEZ PICAZO, L.; *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Vol. II, Madrid, 1981<sup>3</sup>, pp. 389 ss.

<sup>7</sup> .- BONET, F.; en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXV (1941), pp. 410 ss.

Una revisión en profundidad de las diferentes posiciones doctrinales sobre el tema ha evidenciado la imposibilidad de llegar a un resultado de consenso, ya que los puntos de partida y los cauces por los que se desarrollan los diferentes posicionamientos de la doctrina no pueden desembocar, en este caso, en la unanimidad; y no ya respecto de concretos aspectos, sino desde el planteamiento general, de modo que en torno a la regulación por la cual el acreedor pignoraticio no puede ser obligado a la restitución de una cosa que posee en garantía de una obligación, aunque la misma se haya extinguido, mientras su deudor no cumpla el resto de las obligaciones contraídas con él, aunque no garantizadas, es decir, lo dispuesto por Gordiano en Cod. 8, 26 (27), 1, 2, han surgido corrientes dispares que optan por calificar esta situación como una *retentio gordiana*, *pignus gordianum*, *retentio pignoris*, *retentio ex iure retentionis*, o *retentio ex iure pignoris*.

Ello, quizá, es debido a la obstinación de las diferentes posturas por atraer la regulación referida al campo de la *retentio*, o bien incluirla en la esfera del *pignus*, lo que les lleva a apreciar, según la corriente que se siga, un supuesto de extensión del derecho de retención, o, por el contrario, de extensión del derecho de prenda; o más concretamente, un supuesto de retención, o bien de prenda.

En un principio, mayoritariamente, se abogaba por incluir este caso dentro del ámbito de la retención, puesto que, a primera vista, según se desprende del texto, la constitución autorizaba al acreedor a retener la cosa pignorada. Además, dicha facultad se hacía valer por vía de excepción, a través de una *exceptio doli*, frente a la eventual reivindicación del deudor, lo que, desde el punto de vista procesal, alejaba a la figura de su conceptualización dentro del derecho sustantivo, o sea, de su consideración como una institución de derecho material (un derecho de retención fundado en la ley).

Ahora bien, al instituir los caracteres y los presupuestos de la retención se establece como condición *sine qua non* de la misma el *debitum cum re iunctum*, es decir, entre la cosa retenida y el crédito que la misma garantiza debe existir un vínculo que fundamente la retención.

En el rescripto de Gordiano no existe un nexo de conexión entre la cosa retenida y los créditos que la misma garantiza, el *debitum cum re iunctum* no se da. Por tanto, este caso, puesto en relación con todos aquellos que configuran la *retentio*, rompe la homogeneidad. Lo único que se da en él es una identidad en las personas del acreedor y del deudor, pero nada más; ni la cosa retenida se ha entregado en garantía de los créditos quirografarios, ni éstos han

surgido de la cosa. En consecuencia, parece conveniente articular una calificación diferente para la figura que el supuesto de Gordiano contempla y, desde luego, fuera del ámbito de la retención.

En nuestro rescripto, el emperador otorga al acreedor pignoraticio la facultad de retener la cosa pignorada que tiene en su posesión en garantía de otros créditos quirografarios frente al mismo deudor. Por mucho que se acuda a los textos clásicos y se indague en ellos no hallaremos una regulación semejante y, sin embargo, el emperador apostilla su decisión con las palabras "*iure enim contendis*", haciéndola descansar, en cierto sentido, en el Derecho anterior. Esto se ha interpretado como que existía una regulación al efecto que el emperador conocía, pero que no nos ha sido transmitida, lo que, en mi modesta opinión, no constituye sino un vil subterfugio para aquellos que eluden entrar en el fondo del asunto, resolviéndolo de la manera más cómoda y, desde luego, nada convincente. Otras veces se ha argumentado que la decisión del emperador está basada en un acuerdo de las partes, o sea, que habría que suponer aquí una retención de tipo convencional, mecanismo éste que explicaría, en cierta manera, el porqué de la expresión "*iure enim contendis*" utilizada por el emperador; aunque elevar un acuerdo a la categoría de "*ius*" supone, en un principio, una elevación del rango de los pactos.

Pero, creo que esta segunda puede ser una postura mucho más aceptable que la anterior, ya que por lo menos pueden traerse argumentos en su defensa: técnicamente, aunque imprecisa, no es incorrecta; además, aunque en el texto no se mencione a estos efectos el pacto, hemos de tener presente que se trataba de un rescripto y que, por tanto, como en la mayoría de este tipo de constituciones, no sabemos cuáles fueron las razones que fundamentaron la consulta de Festo y la consecuente respuesta del emperador.

Lo que ocurre es que, así expresado, parece que el argumento no tiene solidez, o, por lo menos, sería preciso apuntalarlo. Por eso, parece conveniente revisar los documentos negociales de la época en materia crediticia para contrastar la decisión imperial con la *praxis* habitual y fruto de esa revisión es el hallazgo de varios papiros (Flor. 86, BGU 741 y Lips. 10), que corroboran que en las relaciones de crédito entre particulares era frecuente acudir a este tipo de prácticas, o sea, de autorizar al acreedor a retener la prenda por otros créditos contraídos, posiblemente y precisamente, por lo que a la parte deudora se refiere, para obtener más crédito y, en cuanto al acreedor, para garantizar algo que de otra manera quizás no fuera posible.

Tal vez el caso planteado por Festo a Gordiano contenía un pacto del tipo indicado, pero al tratarse de un rescripto no podremos llegar a saberlo. Desde este punto de vista, lo que hizo Gordiano no fue sino recoger una *praxis* que era habitual en un determinado tipo de negocios y positivizarla, es decir, mediante la regulación de Gordiano se incorpora al Ordenamiento jurídico romano una práctica que era habitual en su tiempo y que consistía, como hemos dicho, en que entre los contratantes se acordaba atribuir al acreedor la facultad de retener prendas por créditos que no habían sido en ningún modo garantizados.

Se ha creído, por el contrario, observar una regulación opuesta a la mencionada, o al menos contradictoria, en otros textos (uno del Digesto: Dig. 13, 7, 11, 3 y dos del Código de Justiniano: Cod. 4, 32, 4 y Cod. 4, 32, 22);

Dig. 13, 7, 11, 3 (*ULPIANUS libro vicensimo octavo ad edictum*): *Si in sortem dumtaxat vel in usuras obstrictum est pignus, eo soluto propter quod obligatum est locum habet pigneraticia. sive autem usurae in stipulatum sint deductae sive non, si tamen pignus et in eas obligatum fuit, quamdiu quid ex his debetur, pigneraticia cessabit. alia causa est earum, quas quis supra licitum modum promisit: nam hae penitus illicitae sunt.*

y del Código

Cod. 4, 32, 4 (*Impp. Severus et Antoninus AA. Aproniae Honoratae*): *Per retentionem pignoris usuras servari posse, de quibus praestandis convenit, licet stipulatio interposita non sit, merito constitutum est et rationem habet, cum pignora condicione pacti etiam usuris obstricta sint. Sed enim in causa de qua agis haec ratio cessat, si quidem tempore contractus de minoribus usuris petendis convenit, postea autem, cum se debitor praestaturum maiores repromisit, non potest videri rata retentio pignoris, quando eo tempore, quo instrumenta emittebantur, non convenerit, ut pignus etiam ad hanc adiectionem teneatur.*

Cod. 4, 32, 22 (*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Cominio Carino*): *Pignoribus quidem intervenientibus usurae, quae sine stipulatione peti non poterant, pacto retineri possunt. verum hoc iure constituto, cum huiusmodi nullo interposito pacto tantum certae summae poenam praestari convenisse proponas, nec peti nec retineri quicquam amplius et ad pignoris solutionem urgueri te disciplina iuris perspicias.*

sin embargo, hoy en día puede considerarse esta tesis como superada y en la actualidad no se discute sobre la supuesta contradicción, es más, ni siquiera se comenta,

puesto que, se estima mayoritariamente que la contradicción no existe. Por otra parte, toma fuerza una teoría formulada por D. Alvaro D'ORS<sup>8</sup> que entiende que la *mancipatio Pompeiana* y sobre todo la *formula Baetica* (el bronce de Bonanza), dice<sup>9</sup>:

*<sup>1</sup>Dama L. Titi ser(vus) fundum Baianum, qui est in agro, qui <sup>2</sup>/ Veneriensis vocatur, pago Olbensi, uti optimus maximusq(ue) <sup>3</sup>/ esset, HS n(ummo) I et hominem Midam HS n(ummo) I fidi fiduciae causa man<sup>4</sup>/cipio 5 accepit ab L. Baiano, libripende, antest(ato). Adfines fundo <sup>5</sup>/ dixit L. Baianus L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet. <sup>6</sup>/*

*Pactum conventum factum est inter Damam L. Titi ser(vum) et L. Baianum, <uti> <sup>7</sup>/ quam pecuniam L. <Titius L.> Baian<i>o dedit dederit, credidit crediderit, ex<sup>8</sup>/pensumve tulit tulerit, sive quid pro eo promisit promiserit, <sup>9</sup>/ spondit <sponderit>, fideve quid sua esse iussit <sup>10</sup> iusserit, usque eo is fundus <sup>10</sup>/ eaque mancipia fiducia<e> essent, donec ea omnis pecunia*

---

<sup>8</sup> .- D'ORS, A.; *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid, 1.953.

<sup>9</sup>.- Del mismo podemos encontrar puntuales diferencias o matices según tomemos las versiones de CIL. II 5042 y Supp. 5406; ARANGIO-RUIZ, V.; *FIRA, III Negotia*, Florencia 1943, p. 295; ...; o BRUNS, C. G.; *Fontes Iuris Romani Antiqui, I Leges et Negotia*, Tubinga 1909, p. 334.

*fides*<sup>11</sup>/ve persoluta L. Titi soluta liberataque esset; si pecunia sua qua<sup>12</sup>/que die L. Titio h(eredi)ve eius data soluta non esset, tum uti eum <sup>13</sup>/ fundum eaque mancipia, sive quae mancipia ex is vellet L. 15 Titi<sup>14</sup>/us h(eres)ve eius vellet, ubi et quo die vellet, pecunia praesenti <sup>15</sup>/ venderet. Mancipio pluris HS n(ummo) I invitus ne daret, neve sa<sup>16</sup>/tis secundum mancipium daret, neve ut in ea verba, quae in ver<sup>17</sup>/ba satis s(ecundum) m(ancipium) dari solet, repromitteret, neve simplam neve...[duplam]...

donde se contempla una *mancipatio fiduciaria* con fines de garantía real<sup>10</sup>, suponen un anticipo que inspiró la regulación recogida por Gordiano en su rescripto.

Por otra parte, hay un aspecto ya resaltado por VISKY<sup>11</sup> referido al reflejo en la norma gordiana de la situación económica de la época en la que la misma surgió. A nadie escapa que a mediados del siglo III Roma no atravesaba, en lo económico, un momento de esplendor, sino todo lo contrario, podríamos decir de crisis, consecuencia de la inestabilidad política y

---

<sup>10</sup> .- Ver BUENO, J.A., *El Bronce de Bonanza*, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá (AFDUA) 2004, p. 165.

<sup>11</sup> .- VISKY, K.; *Appunti sul pegno gordiano*, en RIDA, XXIV (1977).

económica. Se cita como ejemplo de lo primero que sólo en el año 238 pasaron por el trono seis emperadores distintos, y como ejemplo de lo segundo las constantes oscilaciones monetarias, la devaluación del dinero, la inflación, ... No es de extrañar, por tanto, que en esta situación los acreedores buscaran protegerse jurídicamente y en defensa de sus intereses arbitraran diferentes mecanismos que consistían principalmente en la exigencia de mayores garantías a sus deudores, acortamiento de los plazos, sobrepasar los máximos legales, etc., e incluso el recurso al conocido pacto comisorio, o *lex commissoria*, el mayor de los atropellos a los que podía someterse a los deudores y que fue prohibido por Constantino en el año 326<sup>12</sup>, como es sabido. Tampoco es de extrañar que se tomaran medidas legislativas por parte de la Autoridad con el fin de intentar establecer un equilibrio jurídico, de un lado paliando esos abusos hacia los deudores a los que se ha hecho referencia, pero sin descuidar, por supuesto, la posición y los derechos de los acreedores. Y en este orden de cosas es donde encajaría la norma de Gordiano, que permite retener al acreedor incluso por créditos quirografarios, pero no priva al deudor, no elimina su expectativa de recuperar la cosa pignorada, siempre que pague; es decir, otorga al acreedor una facultad de posesión, podríamos decir indefinida sobre la

---

<sup>12</sup> .- Cod. 8, 34, 3 = C. Th. 3, 2, 1.

cosa, pero en ningún caso, en principio de propiedad definitiva, de *possessio iure domini* sobre la cosa, con poder de disposición, lo que privaría de la cosa definitivamente al deudor, como ocurría con la *lex commissoria*, estipulación que producía el efecto de una *iusta causa traditionis* de la prenda al acreedor.

Este pudo ser el fundamento de la política legislativa aplicada por Gordiano, quien supo armonizar la *praxis* con la realidad de la época que le tocó vivir, en particular en materia crediticia. Sin desatender los intereses de los acreedores preservó los derechos de los deudores, evitando con su disposición, en lo posible, la inserción de esa otra cláusula recién referida, mucho más perjudicial, desequilibrada e injusta, abolida por Constantino un siglo después.

La política legislativa aplicada por Gordiano III se orientaría de este modo en la misma dirección que venía imponiendo a la *praxis* la realidad económico-social, permitiendo a los acreedores retener la cosa pignorada para garantizar incluso los créditos quirografarios, sin que esta medida otorgase al acreedor un poder de disposición que le permitiera despojar al deudor definitivamente de la cosa.

Además, como veremos inmediatamente, los acreedores podían llegar a conseguir la satisfacción

plena mediante la adición de un pacto que tenía por objeto la atribución de una facultad consistente en vender la cosa pignorada (*ius distrahendi* o *ius vendendi*), también habitual en esta época, según una constitución de Alejandro Severo del año 223 (Cod. 4, 24, 4)

Cod. 4, 24, 4 (*Imp. Alexander A. Hermaeo et Maximillae*): *Pactum vulgare, quod proposuistis, ut, si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, praedia pignori vel hypothecae data vendere liceret, non adimit debitori adversus creditorem pigneraticiam actionem.* (a. 223).

y como, por lo general, la cosa pignorada solía tener un valor superior al de los créditos, una vez satisfechos íntegramente los mismos, los acreedores, en estricta justicia, debían devolver a los deudores el *superfluum* o sobrante resultante de la venta de la cosa (beneficioso para el deudor); como contrapartida, en el supuesto de que con la venta no se alcanzase a liquidar totalmente la deuda los acreedores podían repetir contra otros bienes del deudor.

La combinación, pues, de estos dos remedios: *retentio* o *pignus gordianum* y *pactum vendendi*, conseguía conciliar los intereses de ambas partes de la relación crediticia, erigiéndose en el estado ideal de la

misma cuando a una simple relación de crédito se añadía como plus la entrada de créditos quirografarios. En el concreto momento histórico que nosotros estudiamos -segundo tercio del siglo III- el primero de los elementos: la retención de la prenda, que era, como puede constatarse por los papiros Flor. 86, BGU 741 y Lips. 10 referidos, una situación alcanzable mediante acuerdo de las partes, por la disposición de Gordiano se convierte en *naturale negotii*.

Una vez aclarado este primer punto lo que se intenta esclarecer es si puede decirse lo mismo del segundo de los recursos, es decir, si el *ius vendendi* ha alcanzado ya en esta época, al menos, la categoría de elemento natural de los contratos pignoraticios.

El *ius distrahendi* o *ius vendendi* consiste en la facultad que tiene el acreedor pignoraticio de vender la cosa pignorada para de este modo obtener, mediante el resultado de la venta, la satisfacción directa de su crédito.

Mientras que en el Derecho justiniano, como veremos, el *ius vendendi* es un elemento esencial o necesario del *pignus*, en el Derecho romano clásico el *pignus* conlleva únicamente el *ius possidendi*, pero no el *ius vendendi*; es decir, el acreedor pignoraticio únicamente está facultado para retener la cosa que la ha

sido entregada en garantía de su crédito y si quisiera obtener mayores atribuciones sobre la misma tendría que recurrir a celebrar con el deudor un pacto al efecto (*pactum de distrahendo pignore*), o sea, el *ius vendendi* es en el Derecho romano clásico un elemento accidental del *pignus*. Esta situación acabaría con el tiempo transformándose en elemento natural del negocio pignoraticio, como ocurrió con la retención de la prenda y otras muchas instituciones jurídicas, y después alcanzando definitivamente la categoría de elemento esencial, porque, como decía DERNBURG<sup>13</sup>, <<la retención de la prenda únicamente proporciona al acreedor pignoraticio un medio indirecto de satisfacción, en cuanto que fuerza al deudor a pagar su deuda y le impide el uso de la cosa, resultando extraño que el más importante de los derechos que podía atribuir la prenda (el derecho de venta) hubiera de ser explícitamente pactado>>. Es preciso, pues, determinar en qué momento sucede cada una de esas transformaciones; o, lo que es lo mismo, precisar las fases o estadios por los que atraviesa el *ius vendendi* en su evolución.

Con las fuentes delante está claro que con Gayo (*Gai. 2,64*)

---

<sup>13</sup> .- DERNBURG, H.; *Das Pfandrecht nach den Grundsagen des heutigen römischen Rechts*, vol. I, Leipzig 1860, p. 84.

*Gai. 2, 64: Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procurator ...est; item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit (alienare potest). sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.*

era necesario celebrar un *pactum* (*pactum de distrahendo pignore*) para atribuir al acreedor pignoraticio la facultad de vender la cosa pignorada, y con la misma clarividencia podemos extraer de las fuentes que con Justiniano el pacto ya no solamente no era necesario para vender, sino que, ni siquiera un pacto en sentido contrario (*pactum de non distrahendo pignore*) podía impedir al acreedor la enajenación. Elemento accidental en el primer caso (Gayo), elemento esencial en el segundo (Justiniano), entre medias cuatro siglos de historia y, no nos olvidemos, el *ius vendendi* como elemento natural del *pignus*, presupuesto que la mayoría de la doctrina estima se produjo en la época de los Severos, basándose para ello en un fragmento del Digesto atribuido a Ulpiano (Dig. 13, 7, 4)

Dig. 13, 7, 4 (*ULPIANUS libro quadragensimo primo ad Sabinum*): *Si convenit de distrahendo pignore, sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. sed etsi non*

*convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit.*

que yo, sin embargo, considero adulterado y, en consecuencia, no comparto, en este sentido, la tesis mayoritaria.

Extractando el contenido del fragmento en cuestión (Dig. 13, 7, 4), observamos que viene a decir lo siguiente:

- primero, que el acreedor pignoraticio puede enajenar la cosa pignorada cuando así se haya convenido expresamente,

- a continuación se afirma que el acreedor pignoraticio puede enajenar la cosa pignorada, aunque nada se haya convenido, si no media un pacto que lo impida,

- y finalmente se acaba también atribuyendo a la pluma de Ulpiano la categórica declaración de que el acreedor puede también enajenar, aunque exista un pacto que se lo prohíba, con tal que cumpla unos determinados requisitos.

Y todo ello en un único texto.

Mayoritariamente la doctrina ha hecho coincidir los tres supuestos recogidos en Dig. 13, 7, 4 con los tres estadios o fases por los que atraviesa el *ius vendendi* en su evolución; de manera que, conforme al primer supuesto el acreedor pignoraticio obtiene la facultad de vender exclusivamente mediante un pacto expreso, o sea, nos encontraríamos en el primer estadio, donde el *pactum de distrahendo pignore* se corresponde con el *ius vendendi* como elemento accidental del *pignus*; seguidamente el *ius vendendi* se eleva a elemento natural del *pignus* al poner este segundo estadio en relación con la parte del texto en la que se dice que cuando nada se haya convenido el acreedor puede vender, siempre que no se haya convenido lo contrario; y, por último, al sentenciar que el acreedor pignoraticio puede vender incluso aunque se haya pactado que no venda, nos situamos nada menos que en el tercer y último estadio de la evolución del *ius vendendi*, considerándose éste como elemento esencial del *pignus*.

El segundo estadio en la evolución del *pignus* coincide, pues, con la elevación del *ius vendendi* a elemento natural del *pignus*, lo que significa que, aunque nada se pacte, el derecho a la venta de la cosa pignorada se tiene de por sí en calidad de acreedor

pignoraticio y sólo se destruye mediante un pacto de signo contrario (*pactum de non distrahendo pignore*). Esta, desde luego, sería la lógica de la evolución, sin embargo, ciñéndonos estrictamente al lenguaje del texto y atendiendo a criterios lógicos, ya en esto se observa una contradicción respecto de la primera parte del fragmento, puesto que en un principio sólo se autoriza a vender cuando se ha convenido expresamente en ello, pero inmediatamente se autoriza también a vender aunque no se haya convenido en ello; y no digamos si ponemos estos dos primeros incisos en relación con el tercero, donde se autoriza al acreedor pignoraticio a vender incluso cuando se haya convenido que no lo haga. Esto ya rompe toda lógica, y no es de extrañar que todo este enredoso asunto, puesto en boca de Ulpiano, resulte sospechoso, porque estamos hablando de uno de los juristas más prolijos y de mayor reconocimiento del momento. Por tanto, se han realizado diversos intentos para hacer concordar esta sucesión de posibilidades o facultades que en el texto se otorgan al acreedor pignoraticio que, sin embargo, en mi opinión, no han logrado los objetivos, porque:

- primero, la tercera de las afirmaciones hace que las dos anteriores resulten superfluas, puesto que el acreedor puede vender tanto si existe pacto (primera regla), como si no (segunda regla), e incluso aunque exista un pacto que lo prohíba (tercera regla).

- segundo, si esta tercera regla fuera de Ulpiano no parece verosímil que el prestigioso jurista hubiese enunciado las anteriores afirmaciones, porque se contradeciría a sí mismo.

- tercero, si la tercera regla expresara el Derecho vigente las anteriores sobrarían, no tendrían sentido, ya que desde el momento en que el *ius vendendi* se convierte en elemento esencial del *pignus* da igual que exista un pacto que autorice la venta, o no.

- cuarto, las afirmaciones que recoge el texto no deben observarse, como siempre se ha hecho, con una perspectiva histórica, es decir, como estadios históricamente sucesivos, cada uno de los cuales refleja las fases o estadios de la evolución del *ius vendendi*; sino que han de apreciarse como diferentes posibilidades del acreedor, todas ellas simultáneamente vigentes y ajustadas a Derecho, cada una de las cuales invalida la precedente.

- quinto, las dos últimas partes de Dig. 13, 7, 4 parecen estar más en consonancia con los textos de Justiniano recogidos en Inst. 2, 8, 1

Inst. 2, 8, 1: *Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit, alienare potest.*

*sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienare, qui ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.*

y en Cod. 8, 33 (34), 3, 1,

Cod. 8, 33 (34), 3, 1 (*Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.*): *Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pigneraverit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore sive in aliis conventionibus ea observari, pro quibus inter creditorem et debitorem conventum est. sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur feneratori ex denuntiatione vel ex sententia iudiciali post biennium, ex quo attestatio missa est vel sententia prolata est, numerandum eam vendere. (a. 530).*

que con los textos contemporáneos, lo que inclina a pensar que se trata de una adaptación de los textos clásicos al Derecho justiniano.

- sexto, la hipótesis anterior se refuerza si ponemos los textos contemporáneos en relación con el primer inciso de Dig. 13, 7, 4, con el que concuerdan perfectamente, por lo que es más verosímil que éste refleje el genuino pensamiento de Ulpiano. En particular

resulta muy interesante comparar Dig. 13, 7, 4 con Dig. 20, 3, 3,

Dig. 20, 3, 3 (*PAULUS libro tertio quaestionum*): *Aristo Neratio Prisco scripsit: etiamsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in ius pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata: neque enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore: quo casu emptoris causa melior efficietur. denique si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici possit huc usque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus huic liceat. quod admittendum existimo. saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest.*

atribuidos respectivamente a Ulpiano y Paulo: si ambos reflejan el Derecho vigente y resulta que se contradicen, sólo uno puede considerarse genuino.

Conforme al texto de Paulo<sup>14</sup>:

- El primer acreedor (*antiquior creditor*) "*de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit*"; es decir,

---

<sup>14</sup> .- Los argumentos expuestos a continuación han sido extraídos fielmente de BUENO, *Pignus Gordianum*, cit., pp. 148 ss.

pacta con el deudor para obtener el *ius distrahendi*, y por eso lo tiene.

- El segundo acreedor (*posterior creditor*) "*de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere*". No se pacta, precisamente con el fin de que no tenga el *ius distrahendi*, y por eso no lo tiene. O sea, las partes no pactaron acerca de la venta, no por olvido, sino para que el segundo acreedor no pudiera vender la cosa. Pero, no pactaron porque no era necesario, puesto que el no pactar era suficiente para que el *posterior creditor* no dispusiese del *ius distrahendi*.

Sobre esta base, deducimos que:

a) El primer acreedor interpuso un pacto con el deudor para poder vender la prenda -"*antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit*"-; luego, para poder vender la prenda el primer acreedor se ha reservado tal facultad mediante un expreso pacto *ad hoc* (*pactum de distrahendo pignore*). Si el *ius distrahendi* hubiera sido un elemento natural del contrato pignoraticio el pacto no sería preciso.

b) "*Posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere*". Se omite el pacto, como se acaba de ver, no

por olvido, sino porque se quiere que el segundo acreedor no pueda vender la prenda. Luego, si se omite el pacto para que el segundo acreedor no pueda vender, *sensu contrario*, para poder vender es necesario pactar. Si el *ius vendendi* fuese un elemento natural habría que pactar para excluirlo; pero no siéndolo, no tiene sentido el pacto para no poder vender. No es necesario.

c) Del planteamiento dubitativo introducido mediante la locución "*videamus*" se desprende también que si la cuestión es la de si pasa al segundo acreedor el derecho del primero para que aquél pueda vender ("*videamus, an dici possit huc usque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus huic liceat*"), se está presuponiendo que el segundo no tiene ese derecho. Si el *ius vendendi* hubiese sido un elemento natural la duda no se formularía desde el momento en que se haya admitido la *sucessio*: el segundo acreedor tendría el *ius distrahendi* por su cualidad de acreedor pignoraticio.

d) A la *conventio pignoris* del primer acreedor se ha añadido un pacto por el que se otorga a éste el derecho de vender la cosa entregada en prenda (*ius distrahendi*). El segundo, sin embargo, omite pactar sobre la venta de la cosa; ¿adquiere el segundo acreedor la *facultas distrahendi* que corresponde al primero? El texto dice que sí, porque "*...quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest*". Es decir, el segundo

acreedor no tiene **por sí mismo** el *ius distrahendi*, porque no se le ha atribuido mediante pacto al efecto. Conforme a la decisión última del texto, el derecho de venta le llega *per extraneum*, esto es, a través del primer acreedor, que lo tenía porque **sí** había pactado con el deudor para tenerlo.

Al exponerse en la segunda parte de Dig. 13, 7, 4 el *ius vendendi* como elemento natural del *pignus*, es decir, donde ya no haría falta pacto para vender, se hace expresa mención a que se está exponiendo el Derecho vigente: "*hoc tamen iure utimur*". Paulo, sin embargo, da al *ius vendendi* el tratamiento de un elemento accidental. No parece verosímil que una mano posterior hubiera alterado el texto de Paulo para hacerle decir algo que ya estaba derogado. Es por este motivo por el que se defiende aquí la genuinidad del texto paulino, considerando adulterado, en consecuencia, el de Ulpiano; y no sólo porque Dig. 20, 3, 3, de Paulo, sí concuerda con todos los demás textos analizados, sino porque, además,

- séptimo y último, como se pone de manifiesto en una constitución de Alejandro Severo del año 223 (Cod. 4, 24, 4<sup>15</sup>), en la constitución de prendas era habitual añadir al contrato pignoraticio un pacto por el que se otorgaba al acreedor pignoraticio la facultad de vender la

---

<sup>15</sup> .- Vista *supra*, p. 20.

cosa pignorada si el deudor no pagaba dentro del plazo convenido.

No se trata en este lugar de destacar las contradicciones existentes entre Ulpiano y Paulo, que por otro lado y por lo que respecta a los textos en cuestión son manifiestas, sino de intentar esclarecer las divergencias entre ambos a la vez que, dentro de lo posible, establecer puntos de convergencia.

Ya en su momento se entró en el fondo del asunto analizando por separado cada una de las fuentes y en ambos casos, según la exégesis efectuada, se extrajeron conclusiones que no distaban tanto las unas de las otras. En Dig. 13, 7, 4 y Dig. 20, 3, 3 se encuentra la clave para descifrar cual fuere al tiempo de los Severos el régimen de venta pignoraticio. Parece ahora oportuno poner frente a frente a los dos ilustres juristas y confrontar sus opiniones para obtener de seguro interesantes resultados.

Por lo que a Paulo se refiere, en Dig. 20, 3, 3, está claro, como ya hemos visto anteriormente, que para que el acreedor pignoraticio pueda vender la cosa pignorada es preciso que al contrato de prenda se añada un pacto por el que se le autorice a vender. Con Ulpiano sin embargo, conforme al tenor literal de Dig. 13, 7, 4, no es necesario semejante pacto para que el acreedor

pignoraticio pueda proceder a la enajenación de la cosa pignorada, puesto que el derecho del acreedor se considera implícito en el contrato pignoraticio; incluso se llega más lejos al afirmar que puede enajenar a pesar de un opuesto pacto, siempre que cumpla determinados requisitos.

Que digamos aquí lo difícil que es explicar el porqué concuerda el texto de Paulo (Dig. 20, 3, 3) con el de Ulpiano (Dig. 13, 7, 4) en su primer inciso y porqué no con los dos restantes, más que poner de relieve una palmaria contradicción parecería una perogrullada; aunque ciertamente, si bien se mira, no es tan fácil aclarar la discordancia.

Mayor entidad empero ofrece el cotejo de los textos en su integridad, porque así es como realmente se aprecia con mayor nitidez la idea central que plasma en la opinión de cada uno de sus autores: Para Paulo, según vimos, necesidad de pacto para alcanzar el *ius distrahendi*; para Ulpiano no. Evidente contradicción.

Contradicción que, por otra parte, es necesario atajar para saber a qué atenernos y poder obrar en consecuencia. Como se ha dicho más arriba, la doctrina mayoritariamente viene admitiendo que el texto recogido en Dig. 13, 7, 4 contempla en su totalidad la evolución del *ius distrahendi* en el *pignus*; sin embargo,

hemos reflejado también nuestra opinión al respecto que, en este caso, se aparta de la doctrina mayoritaria.

El sostener la tesis mayoritaria nos lleva necesariamente a abogar por la clasicidad del texto ulpiano, lo que choca frontalmente con el texto paulino y es aquí donde se da la controversia que los hace incompatibles.

La referida controversia se ha venido saldando, hasta ahora, en favor de Ulpiano como digo, con el consiguiente perjuicio para el texto que en Dig. 20, 3, 3 se atribuye a Paulo y que necesariamente nos conduce a su alteración; cuestión esta última sobre la que no estoy de acuerdo.

Ya se han manejado argumentos al tratar independientemente de Dig. 20, 3, 3 por los que se defiende la genuinidad de la fuente. No obstante, en este momento lo que se trata es de superar la contradicción resultante al contemplar frente a frente y a la vez las fuentes en discordia. Contradicción que sólo puede salvarse bien sobre la base del desconocimiento del Derecho vigente por alguno de los juristas cuestionados, o bien sobre la base de que los textos atribuidos a Ulpiano o Paulo no hubieran sido en realidad, tal como los conocemos, redactados por ellos, es decir, que estuviesen retocados por una mano posterior.

Si Dig. 13, 7, 4 fuese original, el texto interpolado resultaría ser el que se atribuye a Paulo en Dig. 20, 3, 3. Viceversa, si Dig. 20, 3, 3 fuese genuino el interpolado sería el texto que en Dig. 13, 7, 4 se atribuye a Ulpiano.

Ulpiano y Paulo son contemporáneos y sin embargo se contradicen en esta ocasión. La contradicción sería posible en el supuesto de que uno de los dos desconociese el Derecho vigente. No cabe pensar sin embargo que alguno de los dos juristas más importantes de la época, quizás de todas las épocas, ignorase el Derecho vigente. Descartamos pues de entrada la ignorancia del Derecho por parte de estos juristas. Por tanto, para salvar la contradicción que se da en las fuentes no nos queda sino el recurso a la interpolación de alguna de las mismas; porque aquí no se trata de una diversidad de opiniones, de un *ius controversum* como ocurre otras veces; Ulpiano dice en Dig. 13, 7, 4 "*hoc tamen iure utimur*" en clara alusión al Derecho vigente, al Derecho vigente en su época, que es también Derecho vigente en tiempo de Paulo; luego no se trata en la contradicción de una cuestión de opiniones, de un *ius controversum*, o de desconocimiento de la norma aplicable; puede ocurrir en todo caso que dicha frase hubiera sido puesta en boca de Ulpiano en una época posterior a su existencia, porque si Ulpiano hubiera dicho lo que se le atribuye que dijo, si Dig. 13, 7, 4 refleja

fielmente el Derecho vigente en época de Ulpiano, -y de Paulo-, Paulo no pudo decir lo que se le atribuye en Dig. 20, 3, 3, a no ser que Paulo no conociese el Derecho vigente en su época. Bastante improbable.

Al hilo de esto último, por lo que se refiere a la segunda de las salidas apuntadas en relación con la contradicción indicada, se ha dicho que habría que buscarla en la posible interpolación de alguno de los textos controvertidos. Es decir, si Dig. 13, 7, 4 fuese genuino de Ulpiano, Paulo no pudo decir lo que se le atribuye en Dig. 20, 3, 3, a no ser, claro está, que ignorase el Derecho vigente. Por contra, si Dig. 20, 3, 3 fuese genuino de Paulo, entonces o Ulpiano no conocía el Derecho de su época o Dig. 13, 7, 4 está interpolado, puesto que si con Paulo hace falta pacto para vender la prenda, Ulpiano no pudo decir en tiempos de Paulo "*hoc tamen iure utimur*" a la vez que el pacto no era necesario para poder vender. Descartamos una vez más la primera de las opciones: desconocimiento del Derecho vigente por Paulo o Ulpiano. Así tenemos pues una flagrante contradicción entre los dos juristas más sobresalientes de una época, que hemos de salvar en base a la eventual interpolación de los textos que de ellos nos han sido transmitidos y que son motivo de la susodicha controversia que en los mismos se observa, siendo solamente uno de ellos, en todo o en parte, fiel reflejo del Derecho vigente en esa época, por lo que al

asunto controvertido se refiere, quedando el otro por consiguiente a discreción de la mano que sobre él actuó la alteración, seguramente con el fin de adaptarlo al Derecho vigente de una época posterior.

Entrando pues en el análisis contrastado de uno de ellos, y puesto que la referida frase "*hoc tamen iure utimur*" figura en el texto atribuido a Ulpiano, comenzaremos entonces por Paulo, el cual en Dig. 20, 3, 3 dice que "...*creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit...*", y que "...*videamus ... ut distrahere pignus huic liceat...*", y que "...*quod quis ex sua persona non habet...*", lo que pesa como una losa en pro de la necesidad de *pactum* para la adquisición del *ius vendendi* por parte del acreedor pignoraticio, tal como consideramos en su lugar y que por lo tanto no estimo necesario repetir ahora. Está claro pues que Paulo contradice expresamente a Ulpiano en Dig. 20, 3, 3 al precisar la celebración de un *pactum* para que el acreedor pignoraticio pueda vender la cosa entregada en garantía de su crédito.

Por otra parte, en la contradicción, lo lógico sería pensar que los compiladores no alteraron el texto de Paulo, pues la interpolación en Paulo no tiene sentido, ya que resulta insostenible que si Paulo hubiera dicho que no hace falta pacto para poder vender la cosa pignorada, los interpoladores lo hubieran corregido para hacerle

decir lo contrario, o sea, que sí hace falta pacto, porque se estaría atribuyendo a Paulo la observancia de un Derecho derogado, de un Derecho vigente en una época precisamente anterior a él y que correspondería a un momento anterior en la evolución histórica del *ius vendendi* en el *pignus*. Esto no tiene razón de ser. La interpolación de Dig. 20, 3, 3 respecto del asunto que nos ocupa carece de sentido.

Si en la redacción original de Dig. 20, 3, 3 se dijese que el acreedor pignoraticio puede vender la cosa pignorada, sin más, o se dedujese de algún modo que no es preciso el *pactum vendendi*, y suponiendo que Dig. 13, 7, 4 no estuviese alterado, es decir, que Dig. 13, 7, 4 recogiese el régimen de venta pignoraticio, ¿para qué iban los compiladores a retocar una redacción -la de Dig. 20, 3, 3- que coincidía plenamente con el régimen general? Ambos textos estarían en perfecta armonía. Ningún problema. Tanto Paulo como Ulpiano contemplan en sus respectivas redacciones el régimen vigente en materia de venta de prendas por lo que a su época se refiere, o si se prefiere, como dice la mayoría de la doctrina, en la época de los Severos. Ningún problema, como digo, los compiladores habrían mantenido la redacción de ambos textos y no estaríamos en este momento debatiendo sobre el asunto. Lo que no hubieran hecho jamás es alterar ninguno de ellos y en particular Dig. 20, 3, 3.

Pero, nada más lejos de la realidad. Dig. 20, 3, 3 no dice lo que hemos supuesto en el párrafo que precede. No. Ni mucho menos. Lo que dice es precisamente todo lo contrario, o sea, que para que el acreedor pignoraticio pueda vender la cosa que garantiza su crédito tiene que pactar con el deudor al respecto. Sí dice el texto en su parte final que al acreedor -al segundo acreedor- es lícito vender; pero, ¡ojo! y aquí es donde radica el *quid* de la cuestión, no en calidad de acreedor pignoraticio como tal, pues "*...antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit...*". Al *creditor posterior*, le es lícito vender, ciertamente, el texto así lo refleja, pero porque "*...saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest...*". De manera que el *posterior creditor* está legitimado para vender porque trae causa del *antiquior creditor* que pactó con el deudor para tal fin, y en orden a la cuestión sucesoria que discurre a lo largo del texto y que se concluye en su parte final. Esto es quizás lo que pudo confundir a los compiladores, que no variaron la redacción paulina precisamente por este motivo, porque creían que ambos textos se hallaban en perfecta armonía, cuando realmente no era así.

Según esta hipótesis, en cambio, sí parece perfectamente verosímil que a los mismos comisionados a los que se les "coló", valga la expresión, el texto de

Paulo, Ulpiano sin embargo no se les pasó por alto y con el fin de adaptar el Derecho clásico al momento de la compilación, fieles al mandato de la constitución justiniana (*Deo auctore*, 2) no vacilaron, como en la misma se cita expresamente "...*ad summam et plenissimam iuris emendationem pervenire properaremus et omnem Romanam sanctionem et colligere et emendare et...*". tal como habían hecho anteriormente con la obra de los emperadores: "...*a sacratissimis retro principibus initium sumere et eorum constitutiones emendare et viae dilucidae tradere, quatenus in unum codicem congregatae et omni supervacua similitudine et iniquissima discordia absolutae...*" (*Deo auctore*, 1); lo que dio como resultado ese extraño escalonamiento que se da en Dig. 13, 7, 4, cuyas afirmaciones van limitando o ampliando, según se mire, cada una de las afirmaciones anteriores, haciéndolas compatibles con cada uno de los estadios de la evolución histórica del *ius vendendi*.

Una vez constatadas las intervenciones compilatorias en Dig. 13, 7, 4, no es difícil argumentar lo mismo respecto de Dig. 13, 7, 5, puesto que se halla en relación directa con el texto que le precede y más concretamente con la última parte del mismo, en la que la mano de Triboniano es más patente.

Si el fragmento de Pomponio<sup>16</sup> fuese genuino habría de reconocerse necesariamente el *ius vendendi* como un elemento inherente al contrato de prenda y el *pactum vendendi* algo superfluo; sin embargo, no es así.

Dig. 13, 7, 5 es utilizado por los compiladores para completar la sucesión de consecuencias que conlleva la venta pignoraticia realizada por un acreedor cuando media una pacto *de non distrahenno pignore*, dando por entendido ya en época de Pomponio la existencia de un pacto tal, como único modo de eliminar la *facultas distrahendi* del acreedor pignoraticio.

Dig. 13, 7, 5 (*POMPONIUS libro nono decimo ad Sabinum*): *Idque iuris est, sive omnino fuerint pacti, ne veneat, sive in summa aut condicione aut loco contra pactionem factum sit.*

El acreedor pignoraticio que vende a pesar de la existencia de un pacto que se lo impide, responde por hurto (*creditor furti obligatur*); esto ya se decía en Dig. 13, 7, 4. Lo mismo sucede cuando se infringe lo pactado respecto a la cantidad, o a una condición, o al lugar del pago. De esta forma se está equiparando la actuación

---

<sup>16</sup> ?.- Recordemos otros fragmentos del mismo jurista recogidos en Dig. 13, 7, 8, donde parece inclinarse a favor de un pacto expreso para atribuir al acreedor la *facultas distrahendi*, lo que contrasta con Dig. 13, 7, 5.

contraria de un acreedor a un pacto expreso de venta, con la actuación contraria de un acreedor a un pacto expreso adverso a la venta.

Como se ha dicho más arriba, Dig. 13, 7, 4 contempla el nuevo derecho, el derecho justiniano, y es un fiel reflejo del esfuerzo de los compiladores por adaptar los textos clásicos al derecho vigente. Igual ocurre en Dig. 13, 7, 5, continuación de lo anterior; sobreentendiendo el *ius vendendi* del acreedor pignoraticio, los compiladores han tomado un principio clásico que en origen se refería a la venta efectuada en contra de lo expresamente pactado, para expresar las consecuencias que conlleva el vender cuando expresamente se ha pactado lo contrario.

Dada la interconexión de ambos textos correlativos y supuesto que la mención al *pactum de non distrahendo pignore* del primero es obra de la comisión triboniana, lo mismo ha de decirse del segundo respecto de la alusión a semejante pacto: [*sive omnino fuerint pacti, ne veneat, sive*] no pertenece a Pomponio. No puede afirmarse la interpolación, empero, de la segunda parte, puesto que su redacción se encuentra en estrecha relación con otros textos clásicos con los que sí sintoniza. Recordemos al efecto Dig. 47, 2, 74 (73) de Javoleno o, en el mismo sentido, Dig. 20, 5, 4 de Papiniano, en los que, junto a Pomponio se contemplan las consecuencias

de una venta llevada a cabo cuando nada se haya pactado, o bien cuando se enajena de manera contraria a lo convenido, respecto de la cantidad, o a una condición o circunstancia de tiempo o de lugar<sup>17</sup>.

Así pues, la posible redacción del texto de Pomponio, originalmente debía ser más o menos la siguiente:

*Idque iuris est, si[ve omnino fuerint pacti, ne veneant, sive] in summa aut condicione aut loco contra pactionem factum sit,*

o,

*Idque iuris est, [sive omnino fuerint pacti, ne veneant, sive] <si> in summa aut condicione aut loco contra pactionem factum sit,*

o bien,

*Creditor, si in summa aut condicione aut loco contra pactionem factum sit, furti obligatur.*

Dado el estado en que se encuentra Dig. 13, 7, 4, es posible que Ulpiano, originariamente hubiera expresado

---

<sup>17</sup> ?.- Cfr. BURDESE, A.; *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia en el pignus*, (1949), en *IURA* 1 (1950), p. 142. Análogamente Dig. 13, 7, 8, 3.

su opinión en los siguientes términos: <<Si el acreedor pignoraticio se había reservado mediante pacto la facultad de vender, no sólo la enajenación era válida, sino que además con ella la cosa pasaba a la propiedad del comprador; pero si el acreedor enajenaba la cosa sin el consentimiento del deudor cometía hurto>>.

Opinión que quedaría reflejada en la redacción originaria de la siguiente manera:

*Si convenit de distrahendo pignore [sive ab initio sive postea], non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere, [sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat]. Ubi vero <non> convenit [ne distraheretur], creditor, si distraxerit, furti obligatur, [nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit].*

De esta forma se hace concordar el pensamiento de Ulpiano con otros del mismo jurista, tales como

Dig. 18, 1, 28 (*ULPIANUS libro quadragensimo primo ad Sabinum*): *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest.*

y

Dig. 41, 1, 46 (*ULPIANUS libro sexagensimo quinto ad edictum*): *Non est novum, ut qui dominium non habeat, alii dominium praebat: nam et creditor pignus vendendo causam dominii praestat, quam ipse non habuit.*

pero no sólo esto, sino que además, Dig. 13, 7, 4 se encontraría en perfecta armonía con todos aquellos textos de los que se deduce que en la época de los Severos el *ius vendendi* no era inherente a la naturaleza del contrato de prenda, por lo que la facultad de vender sólo formaría parte del contenido del derecho de prenda cuando así se hubiera establecido expresamente.

No es, por tanto, inverosímil que, partiendo de estas premisas, el pensamiento de Ulpiano no difiera sustancialmente del expresado por Gayo (*Gai. 2, 64*) y por Javoleno en Dig. 47, 2, 74 (73) que, por otra parte, concuerdan absolutamente con el manifestado por Paulo en Dig. 20, 3, 3.

De este modo es posible pensar que los compiladores alteraran la primitiva redacción de Dig. 13, 7, 4 en su afán por adaptar los textos clásicos al derecho justiniano. En su anhelo los redactores del nuevo orden no repararon en la obtención del fin perseguido, que, en

el caso concreto, tenía por objeto convertir el *ius vendendi* en elemento esencial del *pignus*.

Por todo lo expuesto, entiendo que entre los textos en discordia debe considerarse interpolado Dig. 13, 7, 4, y que en la época de los Severos y también en la posterior del emperador Gordiano III, como reflejan asimismo los textos del Código, el *ius vendendi* es un elemento accidental del *pignus* y, por tanto, si se quiere que el acreedor pignoraticio pueda vender la prenda, tal facultad debe ser expresamente atribuida por acuerdo de las partes.

No queda sino concluir que en la época de Gordiano III el acreedor pignoraticio, si no se provee convencionalmente de mayores atribuciones sobre la cosa pignorada, únicamente tiene sobre ella el *ius possidendi*, de manera que, en ese momento histórico, el *pignus* y la *retentio* coinciden en cuanto a su contenido. En consecuencia, la concesión que hace Gordiano al acreedor pignoraticio consiste en una extensión del derecho que tiene éste de retener la cosa pignorada, es decir, en una extensión a los créditos quirografarios de lo que en su época constituye el contenido del derecho de prenda: una extensión del *pignus*.

Dicha concesión, por otra parte, supone, respecto de los créditos quirografarios, un régimen especial

consistente en la extensión a los mismos de la facultad de retención que tenía el acreedor pignoraticio respecto del crédito garantizado. En época de Gordiano III ambos regímenes se confunden al gozar el acreedor de las mismas facultades sobre la cosa pignorada, tanto por sus créditos garantizados, como por los no garantizados; pero cuando ya no se precisa de pacto para poder venderla, es decir, cuando el *ius vendendi* se convierte en elemento natural del *pignus*, y después esencial, los dos regímenes quedan perfectamente diferenciados: en cuanto a los créditos garantizados, desde ese instante el acreedor pignoraticio puede vender la cosa pignorada -régimen general del *pignus*-, respecto de los créditos quirografarios sólo puede retenerla -régimen especial: *pignus gordianum*-.

Esta figura, por tanto, resulta peculiar, porque se ideó para defender los intereses de los acreedores en un momento conflictivo y así se mantiene; si hubiese sido derogada, una vez que los acreedores hubiesen cobrado el crédito garantizado se verían obligados a devolver la cosa pignorada, aún disponiendo de otros créditos quirografarios. De otro lado, podemos decir que el *pignus gordianum* resulta peculiar tanto por razón de contenido: únicamente faculta al acreedor pignoraticio a retener la cosa pignorada, como por razón del objeto: únicamente es aplicable a créditos quirografarios.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALVAREZ SUAREZ, U.; *Horizonte actual del Derecho romano*, Madrid 1944.

ARANGIO-RUIZ, V.; *FIRA, III Negotia*, Florencia 1943.

BONET, F.; *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1941*, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXV (1941).

BRUNS, C. G.; *Fontes Iuris Romani Antiqui, I Leges et Negotia*, Tubinga 1909.

BUENO, J.A.; *El Bronce de Bonanza*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá (AFDUA)* 2004.

BUENO, J.A.; *Pignus gordianum*, Madrid 2004.

BURDESE, A.; *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia en el pignus*, Turín 1949, También en *IURA* 1 (1950).

DERNBURG, H.; *Das Pfandrecht nach den Grundsagen des heutigen römischen Rechts*, vol. I, Leipzig 1860.

DIEZ-PICAZO, L.; *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Vol. II, Madrid, 1981<sup>3</sup>.

D'ORS, A.; *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid 1.953.

KRÜGER, P.; *Codex Iustinianus (Corpus iuris civilis, vol. II)*. Weidmann, Dublín/Zurich, 1967.

VISKY, K.; *Appunti sul pegno gordiano*, en *RIDA*, XXIV (1977).

