

VIII. Derechos reales de garantía	101
1. Caracteres, evolución general y clases de derechos reales de garantía	101
2. Fiducia. Concepto. Caracteres. Constitución	102
3. La prenda	102
A. Contenido del derecho de prenda	103
4. La hipoteca	104
5. La distinción entre prenda e hipoteca en el derecho romano	105
A. Derechos del acreedor pignoraticio	105
B. Modos de constitución del pignus	106
C. La prenda legal. Evolución	107
D. Cosas susceptibles de pignus	107
E. Pluralidad de hipotecas	108
F. Acciones y excepciones. Síntesis	110
G. Extinción del pignus	111

VIII. DERECHOS REALES DE GARANTÍA

I. CARACTERES, EVOLUCIÓN GENERAL Y CLASES DE DERECHOS REALES DE GARANTÍA

En el derecho romano, de un modo gradual se desarrollan varias instituciones que confieren un poder directo sobre una cosa corporal de propiedad ajena que, perteneciendo a la categoría “*iura in re aliena*” tienen por finalidad garantizar el cumplimiento de una obligación.

A diferencia de los derechos de servidumbre y usufructo, no confieren el goce de la cosa; ésta, objeto del derecho, queda tan sólo en garantía del cumplimiento de una obligación, *v. gr.*, la nacida del *mutuum*. Ordinariamente, anexo al préstamo de dinero, el acreedor exige una *garantía real*, un derecho sobre una cosa mueble o inmueble perteneciente al deudor para pagarse con ella (apropiándose la o enajenándola) en caso de incumplimiento.¹¹¹

Pignus, es en el derecho romano la nomenclatura genérica comprensiva de tres formas de garantías reales: la *fiducia* o prenda de la propiedad, el *pignus* o prenda en sentido estricto y la *hypoteca* o prenda sin posesión. Dice Ulpiano: “Propiamente llamamos prenda lo que pasa al acreedor, e hipoteca, cuando no pasa, ni aun la posesión, al acreedor” (*Digesto* 13, 7, 9, 2). Esta expresión de Ulpiano ha sido interpolada, y se reconstruye así: “Propiamente llamamos prenda lo que pasa al acreedor, fiducia, lo que por *mancipatio* damos al acreedor, hipoteca cuando no pasa ni el dominio *quiritario* ni la posesión”.¹¹²

¹¹¹ Cabe advertir que el romano no se vale sólo de las garantías reales para la seguridad de su crédito. Dice Iglesias: “Para el amigo, el hacerse *fiador* es algo que forma parte del *officium*”, en *op. cit.*, p. 354. Se utilizan, por tanto, frecuentemente también las garantías “*personales*”, como el fiador y el codeudor solidario.

¹¹² La expresión latina original sería, según Di Marzo; la siguiente: “*Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, fiducian, quae mancipio datur creditori, hypothecam, cum non transit nec dominium ex iure Quiritium nec possessio*”. La reconstrucción pertenece a Keller, *formula fiduciae und Pfauedikt*, ZSS, 62 (1942) pp. 160 y ss.

2. FIDUCIA. CONCEPTO. CARACTERES. CONSTITUCIÓN

Se basa en la enajenación de una cosa corporal en virtud de la *mancipatio* o la *in iure cessio*, con el fin de otorgar al acreedor una garantía real. El acreedor quedaba obligado a restituir la cosa al mancipante o al cedente cuando su crédito hubiere sido satisfecho por el deudor, y para para que éste pudiera exigir restitución de la cosa dada en fiducia se sancionó la *actio fiduciae*. Además, mediante un pacto (*pactum fiduciae*) se solían regular las modalidades de la restitución misma.

La *fiducia* va gradualmente perdiendo vigencia en el derecho romano, en la medida que se van superando las antiguas formas solemnes de transferencia (*mancipatio e in iure cessio*) a las cuales estaba íntimamente vinculada. En la obra justiniana, la institución de la fiducia es objeto de interpolaciones cuya finalidad es poner en relieve institutos en vigor en la época, particularmente la prenda.

3. LA PRENDA

En la *fiducia*, la situación del deudor era desfavorable, pues, la *actio fiduciae* es una acción de carácter personal que sólo obliga al acreedor a restituir la cosa una vez pagada la deuda; no es *rei persecutoria*. Por ello, si el que recibió la cosa en garantía (acreedor) la enajena en virtud de su calidad de dueño, la *actio fiduciae* sólo le da derecho al deudor a solicitar indemnización por falta de cumplimiento del deber de fidelidad nacido del *pactum fiduciae*, pero la cosa queda irrevocablemente de propiedad del tercero a quien se enajenó.

Estas facilidades para el acreedor e inconveniencias para el deudor, dieron origen a otro instituto jurídico organizado como garantía real: la prenda (*pignus*) que constituye una modalidad de garantía real “creada por un negocio (‘contrato real’) no formal y que confería al acreedor la mera posesión de una cosa (no el dominio)”.¹¹³

Si bien la *fiducia* fue un negocio jurídico perteneciente al *ius civile*, la prenda (y también la hipoteca) constituye creación pretoriana; pertenece al *ius honorarium*.

Respecto a la terminología “prenda” (*pignus*), las *Instituciones* de Justiniano señalan: “. . . en el nombre de prenda decimos que se contiene propiamente aquella cosa que, desde luego, se entrega también

¹¹³ *Vid.*, Schulz, *op. cit.*, p. 389.

al acreedor, sobre todo si es mueble; mas decimos que con propiedad se comprende en la denominación de hipoteca, la que sin tradición queda obligada por el solo convenio”.

En verdad, desde antiguo estaba en uso la entrega de una cosa mueble o inmueble al acreedor para que éste la retuviera mientras no se le pagara lo que se le debía. Sin embargo, este negocio se perfila jurídicamente sólo cuando el acreedor fue resguardado y protegido como poseedor interdicial, en circunstancias que el dominio o bien la *possessio ad usucapionem* de la cosa pignorada seguían perteneciendo al deudor que la entregó en garantía. Dice el jurisconsulto Florentino: “La prenda transfiere al acreedor la sola posesión (entendiéndose interdicial), quedando del deudor la propiedad.”

A. Contenido del derecho de prenda

En la prenda, el acreedor puede llegar a convertirse en propietario de la cosa que se le ha entregado en garantía del crédito. Pero para que ello suceda es necesario que previamente haya convenido con el deudor precisamente ese efecto, para el caso de no pago de la deuda (*lex comisoría*). De manera que tal apropiación es una situación que se configura eventualmente, después de constituida la prenda, y siempre que así se haya pactado.

En caso de haberse celebrado un pacto de “*vendendo*” o “*distrahendo*”, el acreedor tenía derecho a vender la cosa, y con el precio de venta pagarse de la deuda restituyendo al deudor lo que sobrase (*superfluum*).

La *lex commisoría* se declaró nula por Constantino, en circunstancias que el *pactum de vendendo* pasa a constituirse en elemento natural del contrato de prenda, para después adquirir la categoría de elemento esencial.

Una vez pagada la deuda, el acreedor debía devolver la prenda al deudor.¹¹⁴

¹¹⁴ El emperador Gordiano III, por virtud de rescripto, dispuso que el acreedor que tuviera créditos quirografarios (constatados por escrito en documento único en poder del acreedor) contra el deudor que le entregó una cosa en prenda, “tiene derecho a conservarla hasta tanto le sean pagados, además del débito garantizado los otros que no fueron objeto de garantía. No se trata de una retención convencional (en cuyo caso no sería en sentido propio y técnico retención), sino basada en la presunta voluntad de las partes, y, por otro lado, Gordiano no enuncia un principio nuevo y sin precedentes en el derecho romano, como lo prueba el texto del “rescripto”. *Vid.*, Hernández-Tejero, *op. cit.*, p. 315.

El hecho de que la prenda, como garantía real, mantuviera aún ciertos inconvenientes para el deudor como la pérdida de la posesión (interdictal) y —consecuencialmente— del uso de la cosa y, además, la circunstancia de admitir un solo acreedor, aun cuando fuese valiosa, sirvió en alguna medida, junto a otros factores, de base para la creación de la institución denominada *hipoteca*.

4. LA HIPOTECA

No tardó mucho, por tanto, en formarse otro tipo de garantía que no exigía la transmisión material o desplazamiento posesorio de la cosa a manos del acreedor. A esta nueva categoría se llegó por la vía de ciertos negocios caucionales realizados entre arrendadores y arrendatarios de predios rústicos. Usualmente se convenía que el arrendatario (*conductor*) constituía en prenda y garantía del pago de la renta debida al arrendador (*locator*) todas aquellas cosas útiles a las labores agrícolas, como animales de labranza, etc., que el primero llevaba e introducía en el predio, y que se conocían con la denominación genérica de *invecta et illata*.¹¹⁵

Ahora bien, considerando la importancia de la garantía constituida, accesoria al arrendamiento de predios rústicos, el pretor terminó por proteger al *dominus fundi*. Primero le concedió el *interdictum Salvianum* que le permitía tomar posesión de las cosas constituidas en garantía en el caso de no pagarse la renta por el arrendatario. Dice Gayo: “También el interdicto ‘*Salvianum*’ es acordado por causa de adquisición de la posesión; el mismo es usado por el propietario de un fundo respecto de los bienes del colono que este último ha establecido como garantía de los alquileres a pagar del fundo” (*Institutas*, 4, 147).

Sin embargo, tal interdicto tenía utilidad sólo para el caso de que las cosas dadas en garantía estuvieran en poder del arrendatario. Por esta razón otro pretor confirió una acción de carácter *real* denominada *actio Serviana*, la que se podía ejercitar no sólo contra el arrendatario; se podía hacer valer en contra de cualquier persona que estuviere en poder de los *invecta et illata*.

Fue así como en la historia jurídica romana se configuró una garantía real, “en la cual las cosas afectadas no pasaban a la posesión del acreedor arrendador inmediatamente de constituirse la garantía, sino

¹¹⁵ El significado de “*invecta et illata*” es “*llevada y puesta*”, referida a las cosas que el inquilino (*conductor*) ha conducido y colocado en el predio arrendado.

cuando la obligación quedaba incumplida. Tal modalidad, limitada, por un parte, a los *invecta et illata*, y por otra, a la obligación del arrendatario de pagar la merced del arriendo, se extendió a cualesquiera otras cosas y a cualesquiera otras obligaciones respecto a las cuales se hubiese hecho un convenio análogo, en cuyo caso se otorgaba como '*utilis*' la *actio Serviana*. Y a esta forma de garantía se la designó —con terminología tomada del griego, no sabemos si por Justiniano o antes de él— *hypotheca*, y la acción se denominó también, indistintamente, *actio hypothecaria, quasi serviana o Serviana utilis*'.¹¹⁶

5. LA DISTINCIÓN ENTRE PRENDA E HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

La distinción se funda en la posesión de la cosa que garantiza una determinada obligación. Lo ha expresado Ulpiano: "...llamamos prenda lo que pasa al acreedor, e hipoteca, cuando no pasa..." (*Digesto* 13, 7, 9, 2). Sin embargo, considerando que el régimen jurídico de ambos institutos —particularmente en lo relativo a las consecuencias que producen— son similares, se ha sostenido por la jurisprudencia romana que "entre la prenda y la hipoteca hay diferencia tan sólo en el sonido de la palabra" (Marciano, *Digesto* 20, 1, 5, 1). Utilizaremos en adelante la terminología genérica "*pignus*" a objeto de referirnos a uno y otro instituto, sin perjuicio de precisar distingos, cuando ello fuere necesario.

A. Derechos del acreedor pignoraticio

En caso que la obligación garantizada en virtud de *pignus* no se cumpla, es preciso distinguir:

- a. Si el acreedor pignoraticio está en posesión de la cosa (prenda propiamente tal) tiene, en su caso, los derechos que le confiere la *lex commisoria* y el *pactum de vendendo* o *distrahendo* ya analizados.
- b. Si no está en posesión de la cosa (hipoteca), queda facultado para posesionarse de ella con el fin de venderla, y con el precio obtenido

¹¹⁶ Arias Ramos, *op. cit.*, p. 319. La hipoteca recibe también la denominación de "*pignus conventium*" para distinguirla de la "*pignoris datio*" o prenda con desplazamiento.

pagarse de lo que se le adeuda en caso que la obligación garantizada no se cumpla.¹¹⁷

En los comienzos de la era clásica se consagra el principio de que el acreedor pignoraticio puede perseguir la cosa (por la *actio in rem*), en manos de cualquiera que la tuviere, sin dirigirse previa y directamente en contra del deudor en virtud de la acción crediticia o personal.¹¹⁸

B. Modos de constitución del *pignus*

Puede constituirse en virtud de actos de variada naturaleza, así, por negocio entre vivos, por disposición de última voluntad, por ley y por orden del magistrado.

Inter vivos. Desde el momento que es una institución pretoria, basta la convención (con o sin desplazamiento, según sea prenda o hipoteca). No se precisa por tanto forma alguna del *ius civile*.

Es preciso que la cosa sea de propiedad del constituyente o al menos que le pertenezca *in bonis*. También puede hacerlo el titular de un derecho real sobre cosa ajena, con facultad para gravar la cosa, como el enfiteuta y el superficario.

Mortis causa se constituía por legado y fideicomiso.

Se constituía prenda e hipoteca por disposición del magistrado en caso de ejecución forzosa de sentencia (*pignus in causa indicatum captum*). Precisamente la *missio in possessionem*, utilizada en la era clásica por el pretor como medio coactivo, en la fase postclásica se le atribuye función de garantía. Es así como nace el instituto del *pretorium pignus* conocido después como “prenda judicial” conforme a las palabras “*quod ad iudicibus datur*” con que lo define Justiniano en *Código* 8, 21, 2: “Al resolver una duda del derecho antiguo, hemos atendido a las dos clases de hipotecas, una, que nace de las convenciones y de los pactos de los hombres, y otra, que se da por los jueces y se llama pretoria”. En *Código* 8, 21, 1, dispone: “Si cualesquiera jueces hubieren visto que se le debía a alguien prenda pretoria, mandamos

¹¹⁷ En el evento de que el acreedor hipotecario no tuviere interesados en comprar la prenda, le estaba permitido pedir al emperador que le concediese quedarse con la cosa entregada en garantía, por su justo valor o precio (*imperatio domini*).

¹¹⁸ Este principio evolucionaba hacia fines de la era clásica: “una constitución de fines del siglo III exigió que los deudores presentes fuesen citados (*Código* 8, 13, 10) para, de no satisfacer la deuda, poder ejercitar la acción hipotecaria, y en el derecho justinianeo se requería que el acreedor se dirigiese primero a los fiadores personales (si los hubiere. . .) *Novelas* 4, c.2. Cfr., Hernández-Tejero, *op. cit.*, p. 316.

que le sea lícita decretarla no sólo sobre los bienes muebles e inmuebles y semovientes, sino también sobre las acciones, que le competen al deudor”.

C. La prenda legal. Evolución

La prenda *legal* en la fase clásica existe respecto de algunas situaciones concretas, como la establecida en beneficio del arrendador (*locator*) de un predio urbano respecto de los objetos del inquilino. Dice Neracio en *Digesto* 20, 2, 4: “. . .que las cosas que han sido introducidas y puestas en los predios urbanos se estime que están en prenda, como si tácitamente se hubiere convenido esto”. El arrendador de un predio rústico tiene el mismo derecho sobre los frutos del mismo: Pomponio en *Digesto* 20, 2, 7, expresa: “En los predios rústicos los frutos que en ellos nacen se entiende que tácitamente los tiene en prenda el dueño del fundo arrendado, aunque expresamente no se hubiere convenido esto.

En virtud de un edicto de Marco Aurelio “tenía prenda legal sobre el edificio quien había dado en mutuo una suma de dinero para reconstruirlo, y por un sucesivo senadoconsulto también quien hubiese suministrado el mutuo por encargo del dueño del edificio, directamente al constructor”.¹¹⁹

La prenda tácita gradualmente se generaliza bajo la forma de las “hipotecas generales” —muy gravosas— pues abarcaban el patrimonio íntegro del deudor; de este tipo de garantía gozó el fisco, ya sea por razones impositivas o contractuales.

D. Cosas susceptibles de *pignus*

En relación a las cosas susceptibles de *pignus*, se admite la prenda y la hipoteca respecto de cosas pertenecientes a un tercero no obligado por relación jurídico personal que se busca garantizar. Dice Marciano: “Pero cualquiera puede dar hipoteca, o por obligación suya, o por la ajena” (*Digesto* 20, 1, 5, 2).

En cuanto a las cosas mismas objeto de garantía real, podían ser solamente cosas enajenables, corporales e incorporales. Se admitía inclusive la prenda de un crédito (*pignus nominis*) y también el *pignus pignoris*; en esta institución lo que se da en garantía es la cosa misma

¹¹⁹ Di Marzo, *op. cit.*, p. 179.

recibida en prenda. En esencia, se cede el derecho real de prenda. Esta situación se produce cuando al acreedor resguardado por una prenda contrae a su vez una deuda, y utiliza la misma garantía real (sin desplazarla) para asegurar con ella el cumplimiento de su propia deuda. Dice Marciano: “Habiéndose determinado que puede recibirse en prenda una cosa pignorada, mientras se debe una y otra deuda, queda obligada la prenda al segundo acreedor, y se le ha de dar así excepción, como acción útil”.

En esencia, el *pignus nominis* y el *pignus pignoris* o *subpignus* constituyen, respectivamente, cesiones del crédito y del derecho real de prenda.¹²⁰

Tanto la prenda manual como la hipoteca (prenda sin desplazamiento) pueden incidir sobre una universalidad de cosas (*universitas rerum*), *v. gr.*, un rebaño: dice Marciano: “Obligado en prenda un rebaño quedan obligadas las crías... etcétera.”

a) La prenda general de los acreedores

Sin perjuicio de la prenda específica, todo el patrimonio del deudor puede convenirse quede afectado de modo “general” al contraer una deuda, quedando excluidos solamente aquellos objetos útiles para sustentar la vida. El principio está expuesto por Ulpiano en sus *Comentarios al edicto*, libro LXXIII: “En la obligación general de los bienes que cualquiera tuvo, o que haya de tener, no se comprenderán aquellos que es verosímil que alguno no habría de haber obligado especialmente, por ejemplo, al ajuar; asimismo se ha de dejar al deudor la vestimenta”, etcétera.

E. Pluralidad de hipotecas

No obstante que en el derecho de occidente se ha establecido claramente —desde la época moderna— la diferencia entre prenda e hipoteca

¹²⁰ El *subpignus* presenta la inconveniencia de su necesaria restitución al primer constituyente al pagar éste la deuda, lo que deja al segundo acreedor (hipotecario) sin garantía de su crédito. Según la expresión de Marciano, la prenda queda obligada al segundo acreedor “mientras se debe una u otra deuda”, de modo que si deja de estar pendiente la primera deuda, la garantía se extingue; no sería procedente “dar así excepción, como acción útil” al segundo acreedor. En todo caso, esta situación es anómala, pues siendo la acción hipotecaria de naturaleza real no debiera importar —en principio— la circunstancia del desplazamiento restitutorio al primer constituyente para los efectos persecutorios.

teca, fundando la distinción en esencia, en la falta de desplazamiento posesorio en el caso de esta última, en el derecho romano —hemos ya observado— ambos institutos son considerados por algunos jurisconsultos como básicamente iguales —“entre la prenda y la hipoteca tan sólo hay diferencia en el sonido del nombre” (“...*tantum sonus nominis differt*”) afirma Marciano en *Digesto*, 20, 1, 5, 1. Es por ello que en los textos de enseñanza del derecho romano suelen exponerse ambos institutos con la terminología *pignus* como *nomen* genérico.

Sin embargo, hay ciertas situaciones como el de *pluralidad de hipotecas* sobre una misma cosa que sólo pueden concebirse claramente respecto de la prenda sin desplazamiento, es decir, de la hipoteca.

Así, en caso de que el dueño hubiere dado la cosa en garantía a varios acreedores, permaneciendo él en posesión de la misma, rige el principio del *Código* de Justiniano “*prior tempore potior iure*” (al anterior en el tiempo lo prefiere el derecho). El texto de la constitución imperial es de los emperadores Severo y Antonino, del año 213 d. C., y ordena: “Si recibiste en prenda [entiéndase más bien hipoteca] el fundo antes que fuese obligado a favor de la república, *así como eres anterior en el tiempo, así eres preferido en el derecho*”.¹²¹ De manera que el acreedor posterior sólo podía hacer valer su crédito una vez satisfecho el del anterior.

El acreedor posterior podía hacer valer el *ius offerendi*, esto es, el derecho de ofrecer al acreedor anterior (al que con precedencia recibió garantía hipotecaria sobre la misma cosa) pagarle su crédito, en cuya virtud, entraba en el grado del acreedor precedente.¹²²

Distinta del *ius offerendi* es la *successio in locum* que ocurría, particularmente, cuando un tercero pagaba la deuda y convenía garantía hipotecaria, específicamente, ocupando el grado del acreedor satisfecho con el pago (*Digesto*, 20, 3, 3).¹²³

¹²¹ La cita en la edición del *Corpus* de García del Corral, corresponde a *Código* 8, 18, 4.

¹²² Pagado el crédito o rechazada la oferta, igualmente el acreedor posterior entraba en el grado del anterior. *Cfr.*, Di Marzo, *op. cit.*, p. 181. En razón de particulares consideraciones, algunas veces éstas primaban sobre el principio general. Así, en el caso de una hipoteca sucesiva (posterior), concedida en favor de quien había concedido los medios para la reparación de una cosa; en tal caso, la hipoteca posterior era preferente (*potior iure*) porque el crédito había salvado la cosa. Dice Ulpiano en *Digesto*, 20, 4, 5: “A veces el posterior es preferido al anterior, como por ejemplo, si para conservar la cosa misma se gastó lo que el siguiente prestó, como si se obligó una nave, y yo hubiere prestado para armarla, o repararla.”

¹²³ Otros casos de “sucesión en lugar” del acreedor: *Digesto* 20, 5, 3, 1 y, en otro lugar, 18, 4, 6.

a) Principio de la publicidad hipotecaria. Excepciones al principio de la prioridad temporal

En la época imperial, por una constitución de León (Oriente, 457-474), se regula la publicidad de la realción hipotecaria. Si la hipoteca constaba en documento público o bien sólo en instrumento privado, pero suscrito por tres testigos a lo menos, prefería a aquella constituida privadamente, aunque esta última fuere anterior. En *Código* de Justiniano, 8, 18, 11, 1 (constitución imperial del año 472) se establece: "...mandamos que sea preferido el que se apoya en instrumentos hechos en forma pública, aunque éste sea expresado como posterior, a no ser acaso que en las mismas escrituras privadas se contengan las firmas de tres o más individuos de buena e íntegra reputación; porque en este caso son admitidas como si hubieran sido hechas en forma pública".

Bajo Justiniano se establecieron preferencias especiales, como aquella de la hipoteca tácita (legal) establecida en beneficio de la mujer respecto de los bienes del marido, en garantía de la dote por ella aportada.

F. *Acciones y excepciones. Síntesis*

La protección originaria nace con ocasión de la prenda propiamente tal en la evolución jurídica romana. Mediante el *interdictum Salvianum* es posible retener los objetos puestos en el predio por el arrendatario (instrumental, etcétera). Este interdicto evoluciona después como adquisitivo de la posesión.¹²⁴

Una acción real específica, creada posteriormente, la *actio Serviana*, permite la persecución del objeto pignorado en manos de terceros, no sólo respecto del arrendatario. Esta misma *actio*, después se extiende con el nombre de *actio quasi Serviana, hypothecaria* o *pignoratitia in rem* en beneficio de todo acreedor (no sólo del arrendador por el pago de la renta) que haya garantizado su crédito mediante una garantía real. Tiene algunas semejanzas con la *rei vindicatio*, particularmente en razón de que en la fórmula redactada *in factum*, admite el *arbitrium* de restitución de la cosa pignorada o, en su defecto, la *condemnatio pecuniaria*.¹²⁵

¹²⁴ *Interdictum adipiscendae possessionis*. Iglesias, *cfr.*, Manigk PW, v. *Hipoteca*.

¹²⁵ Kaser, *Die Interesseberechnung bei der "vindicatio pignoris"*, Estudios Sánchez del Río, pp. 203 y ss. En *Digesto*, 20, 1, 21, 3 y 20, 1, 16, 6 se regula la *condemnatio pecuniaria*.

Si un deudor, respecto de un mismo acreedor, ha convenido hipoteca general sobre sus bienes, además de una especial, tiene la facultad de pedir que se demande primero esta última en virtud de la *exceptio excussionis realis*. Y el poseedor de la cosa dada en prenda tiene el *beneficium excussionis personalis*, por el que puede exigir que primero se demande al deudor principal y a sus fiadores.

G. Extinción del *pignus*

Tanto la prenda propiamente tal como la hipoteca se extinguen por las siguientes causas:

a. Por destrucción de la cosa. Marciano indica: “perece la prenda o la hipoteca, extinguida la cosa corporal” (*Digesto* 20, 6, 8). Sin embargo, si la cosa corporal era una casa y destruida ésta por incendio u otro motivo, se procedía a reconstruir después en el mismo predio, se entiende que la garantía real se hace extensiva al edificio nuevo. Dice Paulo: “Se quemó la casa dada en prenda, y Lucio Ticio compró su solar, y edificó en él; se preguntó sobre el derecho de prenda; Paulo respondió, que subsistía la persecución de la prenda, y que por esto parece que la superficie (lo construido) siguió el derecho del suelo, esto es, con el derecho de prenda”.¹²⁶

La prenda también se extinguía por “*confusión*”. Ello se produce cuando el acreedor que recibió una cosa en prenda, se hace dueño de la misma. Señala Ulpiano: “No puede haber ni prenda, ni depósito, ni precario, ni compra, ni locación de cosa propia” (*Digesto*, 50, 17, 45).

Se extingue también tanto la prenda como la hipoteca cuando la obligación que garantizan es satisfecha (“*satisfactum est*”). Señala Ulpiano: “También se libera la prenda, ya si se pagó el débito, ya si por tal motivo se dio fianza” (*Digesto* 20, 6, 6). Sin embargo, si la satisfacción era sólo parcial, persistía la prenda, dice Paulo: “no aprovecha para liberar una prenda pagarle una parte al acreedor” (*Digesto* 45, 1, 85, 6). En caso que varias cosas hubiesen sido dadas en garantía prendaria por una sola obligación, no se liberaban sino hasta la extinción total del crédito: Ulpiano: “El que recibió en prenda muchas

¹²⁶ Agrega Paulo a continuación “que los poseedores de buena fe (del predio incendiado) no han de ser obligados a restituir el edificio (nuevo) a los acreedores de otro modo, que si recibiesen los gastos hechos en la edificación, en cuanto la cosa se hizo de mayor precio”.

cosas, no es obligado a liberar una, sino habiendo recibido todo cuanto se le debe" (*Digesto* 20, 1, 19).

El tercer poseedor de buena fe, puede también provocar la extinción de la prenda por haber poseído la cosa corporal pignorada con justo título por el tiempo de diez o veinte años, bien se trate de presentes o ausentes, esto es, *por prescripción adquisitiva*.

La venta hecha por el primer acreedor hipotecario extingue la hipoteca, no sólo a su respecto sino también en relación a los acreedores de grado inferior. A estos últimos sólo les queda pagarse de su crédito con el excedente, en el supuesto que el precio pagado por la cosa lo permita. En *Código* de Justiniano 8, 20, dice Alejandro Augusto a Atenion "Si el que recibió antes la prenda la hubiese vendido, no te podría quedar la acción persecutoria de la hipoteca".¹²⁷

¹²⁷ Vid., "De si el acreedor más antiguo hubiere vendido la prenda". Título 20; *Código* de Justiniano.