

Notas sobre "supponere pignus" y prenda judía

POR EL

DR. JULIO BARTHE PORCEL

Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho

Algunos documentos originales de colecciones que hemos podido consultar en la actualidad y otros pertenecientes a cartularios publicados en los últimos diez años, nos han mostrado entre otras cosas, que si la garantía inmueble ofrecida al acreedor, judío por regla general, que concedía el préstamo dinerario, era una casa habitada por el deudor, solía ya en el s. XII dejarla el prestamista al pignorante para que siguiera viviendo en ella, pero pagándole una cantidad cuyo importe se sumaba a la que le había prestado. De esta forma irregular de prenda judía, en la que no se verifica desplazamiento de la posesión, podemos suponer fue naciendo un tipo más o menos imperfecto de hipoteca sin herencia romana, ni por el nombre, ya que sigue llamándose «peño» aun en Partidas y «obligación» de bienes en fuentes posteriores, ni por su regulación legal, pues fue una creación de la costumbre según la región, raza y época, hasta tanto que la Recepción del Derecho romano justiniano estuvo plenamente concluída y adoptada.

Otra forma observamos en algún documento leonés y en los de Aragón y Cataluña, que nos demuestra pervive el derecho romano recibido en la Península durante la dominación, empleando precisamente la terminología de las fuentes romanas anteriores al uso de la palabra que tomaron prestada de los griegos: «hypoteca». Así pues, vemos «supponere pignus», «supposit», etc. en los documentos que reseñamos.



Por tanto, revisando mis anteriores trabajos que, en parte, han quedado anticuados (1), debo añadir ahora a las conclusiones de entonces que, en nuestra Península y probablemente también en otras naciones que hayan tenido analogía histórico-jurídica medieval con España, experimentando en su vida influjo romano, germano y judío (2), la evolución de Prenda a Hipoteca se realiza por tres vías distintas en su origen y forma, aunque en el fondo sean comunes persiguiendo el mismo fin: que no haya desplazamiento de la posesión en el empeñamiento de inmuebles, para no entorpecer en la vida jurídica práctica el préstamo con garantía de los mismos.

Estas son a mi modo de ver:

- a) Una germánica, mediante el sistema de fiadores que son los que «obligan» sus bienes en este negocio jurídico. (Anteposito)
- b) Otra de origen romano, que conserva la terminología clásica de «supponere pignus», es decir, la de la etapa romana última en la evolución del pignus, que pervive desde la dominación; y
- c) La tercera, que podíamos llamar prenda judía, puesta en práctica por los comerciantes de esta raza y adoptada por otras gentes que aprendieron de aquéllos a negociar mejor con los préstamos (3).

(1) Las acciones hipotecaria y pignoraticia a través de algunos códigos y fueros españoles. Murcia 1928. «Un documento interesante para el estudio histórico de la hipoteca». (Anales de la Universidad de Murcia, 1946-47, pág. 355.)

(2) Para estas analogías debidas a influencias o meros paralelismos véanse: BARTHE: «La Curia Regis británica en su función judicial y su analogía con la castellano-leonesa». Anales de la Universidad de Murcia 1958-59; y «Fuentes del Derecho de la Rusia medieval y Fueros municipales españoles». A. de la Universidad de Murcia vol. XXII, N.º 2, 1963-64. Después de redactado y publicado este último trabajo en el que expuse que las analogías entre instituciones de diversos pueblos, *no siempre ni solamente* han de tener su origen en la influencia de un Derecho que informó y dejó su huella característica en ellos, sino que también análogas circunstancias sociales y económicas determinaron el nacimiento de una reglamentación parecida; bastante después, repito, he conocido la obra de F. JOÜONS DES LONGRAIS: «L'est et l'Ouest. Institutions du Japon et de l'Occident comparées». Tokyo-París 1958. En ella veo corroborada la opinión expuesta, ya que en el siglo X y el XI no pudo haber tenido el Japón influjo romano ni germano, que nosotros sepamos, por ninguna parte, y el autor establece una comparación entre el «manor» o latifundio inglés y el «shô» japonés en estos siglos, resaltando sus semejanzas en el régimen de inmunidad fiscal y judicial y la presencia de funcionarios privados, aunque la forma de cultivo difiera por estar dedicado al arroz. En cuanto al feudalismo japonés «está basado más sobre el principio de «favor y servicios» que sobre la reciprocidad de obligaciones contractuales y compromisos como los de Occidente (pág. 164) y además la cadena feudal no sube hasta el Emperador que queda fuera y por encima del feudalismo».

(3) GONZALEZ PALENCIA: «LOS MOZÁRABES DE TOLEDO EN LOS SIGLOS XII Y XIII. «Instituto de Valencia de D. Juan». Madrid. Vol. III. Documentos 843, 845 y 907. De ellos los dos primeros son de préstamo otorgado por priora y abadesa de San Clemente, con la multa del duplo de la cantidad prestada si no es devuelta en la fecha fijada, más medio «mizcal» por cada día que pase sin satisfacer la deuda. El 907 es más interesante, pues muestra la «obligación» general de los bienes de los fiadores del prestatario. Es un testimonio del año 1208, «que da Abu-

Estas tres modalidades (4), como vemos por los documentos, coexisten y así encontramos que en Cataluña hacia fines del siglo XIII, se deja la terminología clásica y se adopta la castellana que llega en las fuentes hasta las Leyes de Toro, que emplean en Castilla por primera vez la terminología actual aunque con distinta ortografía (5).

La forma judía utiliza también el sistema de fiadores que, en cierto modo, viene a suplir en aquel tiempo la publicidad del Registro de que carecían; ya que por «obligar» los fiadores sus bienes en aquellas hipotecas casi siempre generales, el prestamista se consideraba mucho más seguro en caso de incumplimiento del contrato por el prestatario.

Veamos brevemente estas tres vías con sus manifestaciones en los documentos que aportamos como apoyo de nuestra opinión que creemos suficientemente fundada aunque sometida a la rectificación del criterio ajeno más documentado.

a)

La «anteposito» llamada así por la fórmula empleada en los documentos italianos de los siglos VIII y IX, anteponiendo (6) sus bienes el

harún ben Assahat, por el que declara que él pone en manos de los canónigos de la Catedral Santa María, desde la fecha de esta escritura, todas sus posesiones y todas las utilidades de las tierras de labor en la alquería de Ollas, las viñas que allí tiene, los bueyes, las casas en la ciudad de Toledo y fuera de ella, sus ovejas, vacas, animales y todos sus bienes actuales, como prenda del préstamo de 300 mizcales que ha recibido de los canónigos, con la obligación de pagárselos en la fiesta de San Juan, es decir, por Pentecostés próximo, sin excusa ni pretexto; y si rehusa el hacerlo, pueden los Canónigos vender lo que quieran de sus bienes, sin mandamiento judicial, para cobrarse los 300 mizcales. Asisten al acto Abui-brahim ben Nehemías, yerno de Abuharún, e Ibrahim ben Abuharún, y obligan sus bienes y personas a satisfacer cualquier reclamación que se pudiera hacer contra los Canónigos».

(4) Fundamentalmente pueden reducirse a dos formas de aplicación: la directa, cuando la garantía está constituida por bienes del mismo prestatario; y la indirecta, cuando son los fiadores de éste quienes «obligan» sus bienes al prestamista.

(5) «Costums de Tortosa (lib. 8, rúbrica 5.^a, costum 4.^a) ya emplea el término «obligació de bens»: «Cases o altres possessions o coses que sien a algu obligades...» (Edición de Foguet y Marsal). No obstante, en alguna fuente influida antes por la Recepción y que emplean aún el latín medieval, como las Costumbres de Lérida de 1228, vemos el vocable «ypoteca». (Edición de Pilar Loscertales de Valdeavellano. Barcelona 1946. cap. 152 y 156, págs. 68 y 69 respectivamente.)

Las Ordenanzas Reales de Castilla (lib. 8, tit. 2, ley 5.^a), hablan todavía de «cartas, contractos ni obligaciones». Como decimos, es la ley LXIII de Toro la primera que en Castilla, cambiando la «y» por la «i» pero manteniendo la «h» intercalada, escribe «hipotheca».

(6) FRANCISCO SCHUPFER: «Il Diritto privato dei popoli germanici con speciali riguardo all'Italia». Roma, Torino 1909. tomo III, pág. 295, cita una fórmula de «anteposito» del código Cavense (I, 95) en la que se acostumbraba a «anteponer» bienes por valor del triplo. Dice así: «Antipono me ego qui supra debitor et mediator et meos heredes tibi suprascripti creditor meo vel ad bestros heredes triplo pigno de omnia mea rebus legitima ut licentiam prindere et tenere».

fiador como garantía de la obligación, pero sin transmitir posesión ni disfrute al acreedor; surge no solamente en afianzamiento de un débito o un préstamo, sino también en otros negocios jurídicos como aseguramiento de un arriendo o para responder en su caso el fiador del saneamiento por evicción en la venta de cualquier inmueble. De este modo la garantía, esta «obligación» de bienes, no nace directamente de un acto del deudor, vendedor, etc., sino indirectamente por la intervención de una tercera persona que afianza el cumplimiento de una obligación de quien lo presentaba como tal fiador.

Esta forma que empezó a usarse por los longobardos de la Alta Edad Media italiana, la vemos en España en la palabra «obligar» relativa a los bienes del fiador, y también entre los mozárabes toledanos con la de «marjadraque» para designar la misma cosa, o sea, garantía real en la que los bienes no salían de la posesión de su dueño, ya fuera en forma directa por el mismo vendedor o sus herederos o en forma indirecta por el fiador de evicción, como vemos en los documentos (7).

b)

La segunda es la caracterizada por el término romano «supponere pignus» que desde la dominación, época en la cual tuvo que ser introducida en la Península, la vemos aparecer en algunos documentos de Aragón y Cataluña principalmente y también demuestra su pervivencia en 1187 en

(7) El llamado «marjadraque» de los mozárabes toledanos constituye también una forma directa de garantizar el saneamiento por evicción, pues el vendedor «obligaba» con aquella hipoteca general, propia de la época, toda clase de bienes presentes y futuros para responder ante el comprador o donatario en el caso de que no pudiera «redrar», es decir, rechazar al tercero que alegara en juicio tener más derecho a la cosa vendida, donada, etc. Otras veces es indirecta.

En el Boletín de la Real Academia de la Historia del año 1885, en los documentos publicados por el P. Fita sobre «Marjadraque», en pág. 376 leemos al final de uno de ellos: «...E meto a vos el Cabillo en toda esta heredit avantdicha, e apoderovos en ella con esta carta, apoderamiento firme e bueno e sano por siempre más segund es fuero de Toledo de vendidas e de compras con mariaradach (en otros documentos «marga adarac»). E si por aventura vos quisiesen algunos contrallar o demandar esta heredit o alguna cosa della que yo vos riedre al contrallador e al demandador con cuerpo e con aver e que vos la sane como quier assí que vos el Cabillo finquedes con toda vuestra heredit en paz sin contrasta ninguna. E a esto obligo todo quanto yo he e avré, mueble e rayz, que sea todo relegado al mariararadach e la riedra segund es avantdicho en esta carta».

Un ejemplo de forma indirecta, es decir, que son los fiadores quienes responden con sus bienes, lo vemos entre otros muchos documentos aportados por González Palencia, de los Mozárabes de Toledo (obra citada en la nota 3), el N.º 474, que en la venta de un mesón, salen fiadores en esta venta don Juan de ¿Munía? el Vinatero, habitante de Zocodover, y don Domingo Serrano y su esposa doña Juana, obligando una casa de don Domingo y su esposa; un mesón de don Juan, y otro mesón de Zocodover. Al ser vencido, en otros documentos se comprometía a triplicarles el precio de la venta, «según marca la ley» (doc. 446).

el reino leonés (8), cosa no extraña, ya que en la antigua ciudad de León los «tabelliones» hispano-romanos autorizarían cartas de préstamo con garantía hipotecaria bajo el nombre usado todavía en el s. II (d. J. C.) pues en este siglo fue cuando Ulpiano hacía la distinción entre prenda e hipoteca y empezaba a emplearse esta última voz griega, con el sentido que descubre aquel famoso texto que no ha perdido vigencia: «Proprie-pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam quum non transit nec possessio ad creditorem» (9). Pero esto no llegó a conocerse en Occidente hasta la Recepción. Tales ejemplos de pervivencia los descubrimos en documentos del s. XI y mediados del s. XII que redactados en latín medieval se han referido al «supponere pignus», en el leonés arriba indicado, en otro de la colección Bofarull (10) y en un tercero del 1056 en el «Liber Feudorum Maior» (11).

c)

La tercera vía, como decíamos, es la empleada por la costumbre introducida en la vida jurídica práctica por los judíos (12) comerciantes y banqueros de la época que, principalmente dedicados al préstamo con interés, ya vieron la forma más útil de estar garantizados sin tener necesidad de entrar en posesión de casas y tierras de labor que, si tuvieran que atender, entorpecerían su negocio. Así pues, mediante el sistema de dejar la casa en poder de su dueño y cobrarle por ello una cantidad a modo de alquiler

(8) Es un documento de donación de bienes a San Miguel de la Escalada (León), publicado en el Boletín de la Real A. de la Historia, tomo 31, pág. 505. En él vemos una forma lingüística de la época, que de «supponere pignus» creó «suppignorare» y «suppignoratione»: «...Integraliter autem eam sibi habituram concedo, tam illam que est de suppignoratione vel de ganantia, quam illam que est de venditione et de avolengo, ut eam ex integro possideant...»

9) Digesto: 13. 7, par. 9, 2.º, comentarios al Edicto libro XXVIII.

(10) Colección Bofarull, tomo IV, pág. 278, línea 11: «...In tali quoque pacto predictum pignus tibi subpono...»

(11) Liber Feudorum Maior. Cartulario que se conserva en el Archivo de la Corona de Aragón. Reconstitución y edición por Frac. Miquel Rosell. Pbr. Barcelona MCMLV. Tomo 1.º Documento N.º 378 año 1056: «Instrumentum quo supposuit pignori Bonifilius Suniarii Ermesendi comitissae, honorem quem habebat in Malver» (fol. 383).

En el Digesto, 27, 9, Rub. «De rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis», vemos la palabra usada por los romanos antes de emplear la griega. Por ello decía Bachofen en su «Das Römische Pfandrecht», pág. 632, que los romanos no tomaron prestado de los helenos sino «ein neues Wort für eine alte Sache».

(12) GINO GORIA, en su obra «Le Garanzie reali dell'Obligazione», Milán 1935, pág. 71, N.º 45, ya decía escuetamente: «Il pegno senza trasferimento del possesso nel creditore ha avuto come culla l'ambiente economico degli ebrei (jewish gage) e dei commercianti (recognizances) ov'era piu sentita l'esigenza della circolazione dei beni.»

(13) y casi siempre estando garantizados por los bienes de los fiadores; quedaron dichos bienes «obligados» sin desplazamiento y los acreedores asegurados del préstamo hecho. He aquí pues que, ya directa o indirectamente, mediante las tres vías expuestas se había pasado de la prenda de inmueble a una hipoteca: ya general, en el caso de que los fiadores o los mismos prestatarios «obligaran» todos sus bienes; o bien una hipoteca con «especialidad» como en el caso de la finca que seguía habitada por su dueño. Ahora bien, faltaba mucho camino todavía para llegar a una «publicidad» registrada, como la del Oficio de Hipotecas de Carlos III.

(13) El documento 899 de los Mozárabes de Toledo nos muestra el no desplazamiento de la posesión del inmueble mediante la fórmula de pagar a modo de compensación una cantidad, por quedar en poder de su dueño el inmueble empeñado: Pedro Cosa empeña su mesón en el barrio de la Catedral Santa María en el sitio denominado la Alcudia dentro de Toledo (mesón que no se describe por ser conocidísimo) en garantía del préstamo de 7 mizcales de oro alfonsies que le hace Justa, esposa que fue de Suleiman el Marur, la que declara que el dinero que presta es de sus hijos Juan, Lázaro y Domingo por la parte que les tocaba en una casa que ella había vendido en el barrio de la Puerta de Hierro. Así pues el mesón queda en posesión de su dueño que pagará al año por ello 5 mizcales más los 7 del préstamo de D^a Justa. Pedro Cosa se obliga a satisfacer ante todo el préstamo y a que si él muriese antes de pagarlo, tenga preferencia este crédito, sin que pueda oponerse ninguno de sus herederos. Lleva fecha 1 mayo de era 1213 = año 1175.

Es interesante un documento de entre los publicados «acerca de la expulsión de los judíos», por Luis Suárez Fernández (Valladolid, 1964), pues en él se ve la influencia social y política alcanzada por ellos y el desarrollo de la usura, por una parte, y por otra, las medidas tomadas por los Reyes Católicos en 1480 para evitarlo. También es útil para mostrar la doble garantía «obligando» sus bienes los deudores y los fiadores de éstos. Es una larga ejecutoria dada en Medina del Campo. Un párrafo de este documento, el N.^o 59, expresa (pág. 197): «...que las sentencias por ellos dadas non avian avido cumplido efeto por los grandes favores que los dichos judíos tienen en la dicha cibdad e villas con los cavalleros e señores dellas e otras personas poderosas e con las maneras e formas de engaños que tenían. Sobre lo qual los del nuestro Consejo dis que les proveyero mandándoles dar nuestra carta contra los dichos judíos y aljamas de la dicha cibdad e villas para que, por virtud de los dichos contratos e obligaciones e sentencias sobre lo suso dicho por ellos fechas e otorgadas, non fuesen molestados nin inquietados nin fuese fecho e en ellos nin en sus bienes nin en los delos fiadores que para las dichas dehdas tenían dados, entrega ni execution alguna por ser como eran fechas los dichos contratos e obligaciones en fraude de usura...»