

---

---

# Un documento interesante para el estudio histórico de la hipoteca

Por el  
DR. JULIO BARTHE PORCEL

Es bien conocido de todos los que sentimos afición por los estudios históricos de Derecho Privado, y particularmente por estas Instituciones de garantía, que antes de la recepción del Derecho Romano en nuestra península no se suelen encontrar en los fueros y en los documentos notariales. que nos hablan de «enpennamientos», nada más que prendas sobre inmuebles, puesto que el acreedor poseía y disfrutaba la heredad o la casa que le había sido empeñada por el préstamo de cierta cantidad, ordinariamente en metálico. Pero antes de continuar, creemos conveniente, con objeto de presentar el problema con más claridad, recordar siquiera sea brevemente, cómo se desenvuelve a mi modo de ver (1) el Derecho de prenda en nuestra Edad Media.

En la evolución de la garantía pignoraticia en nuestra patria, podemos establecer tres etapas o períodos, los que, como sabemos, no hay que ver indudablemente, como a ninguna división histórico-jurídica, encerrados entre barreras, límites en las cuales forzosamente ha de terminar uno y comenzar otro, sino que en el orden de sucesión se da una coexistencia en virtud de la cual una institución desaparece casi siempre mu-

---

(1) Vid. mi Tesis doctoral «Las acciones hipotecaria y pignoraticia a través de algunos códigos y fueros españoles» (Notas para un estudio histórico de Derecho Procesal).—Murcia, 1928; páginas 22 y siguientes.



cho tiempo después de haberse originado la nueva que le sucede en el orden de su evolución (2).

La primera etapa está caracterizada por la aprehensión autòritaria de la cosa (mueble o semoviente, principalmente) del deudor por el acreedor; ya por deuda ya por resarcirse de un daño inferido. Esta es la llamada prenda extrajudicial, estudiada por Hinojosa en su merítisima obra «El elemento germánico en el Derecho español». Una segunda, en la que se prohíbe expresamente en los cuerpos legales la anterior, estableciéndose la prenda por mandato judicial; y una tercera, cuya forma de garantía coexiste con la anterior, consistiendo en la prenda ofrecida voluntariamente por el deudor a su acreedor. De esta última forma es de la que nace después, como veremos, la hipoteca; ya con la forma romana, ya bajo la de «*appositio*» o «*antepositio*».

Esta es, a mi juicio, una hipótesis fundada de la evolución de la prenda en nuestro Derecho medieval, que resumidamente expondremos.

La primera forma, usada algunas veces, tuvo escasa vida, pues ya en el «*Liber Judiciorum*» (3) es tenida como ilegal, y a partir de él, es prohibida en los fueros (4).

La segunda forma de garantía pignoratícia, por mandato del juez o disposición de los alcaldes, tenía dos finalidades: traer al deudor a juicio (5) y ejecutar la sentencia (6).

(2) Como por ejemplo en Roma la supervivencia de la fiducia al nacimiento del pignus y su coexistencia con éste. Vid. en contra Herzen: «*Origines de l'hypothèque romaine*». Lausanne, 1898, págs. 67 y sigs. Textos auténticos desautorizan su opinión: par. 94 de los Fragmenta Vaticana; y en el Código Teodosiano una constitución de Honorio y Arcadio del año 395 (L. 9 de *infirmandis quae sub tyrannis...*, XV, 14).

(3) 1.<sup>a</sup>, 6, V: «...no tome prenda por sí...».

(4) Fuero de Soria, par. 413: «...Ninguno non sea osado de peyndrar a otro fin mandado de los alcaldes». F.<sup>o</sup> de Estella pf.<sup>o</sup> 433: «Si aliquis in domo vicini sui, iratus intraverit et pignora traxisset per vim, periasset viginta quinque solidos dominus domus». F.<sup>o</sup> de Avilés, pág. 18: «...et si antes de non arrancurar al maiorino o a saion, e foras que sil'pindral, torne la pindra a suo don e pecte LX solidos al Rey. Y así podríamos citar muchos.

(5) En el de Alba de Tormes, par. 33, se ve el procedimiento gradual; como prenda el primer día una paja o estaca como símbolo, y si no viene a derecho, con un vecino prenda una bestia y si tampoco, a otro día dos, y así hasta que le haga derecho o le presente fiel. Se ve en algunos fueros genuinamente germánicos como el de Salamanca, el prender a un miembro de su «*Sippe*» cuando «...pennos no le fallaren en la villa, prendan a sus parientes fasta que lo traigan a derecho».

Recientemente ha sido estudiada la prenda, como procedimiento coactivo, por el profesor Orlandis, en el «*Anuario de H.<sup>o</sup> del D.<sup>o</sup> español*», tomo XIV.

(6) Fuero Viejo, 6, 4, III: «Todo ome que deve debda a otro o gelo conosce antel'Alcalde en juicio... devel'Alcalde meter en plaço de dies dias a que pague a su debdor, e si el non pagare a los nueve dias el Alcalde deve mandar al Merino o al sayon que le prenda... El Alcalde devel mandar vender de sus bienes quier muebles quier raices... e otorgarlo al deudor».

Es curiosa la idea y conceptos tan dispares que tienen unos fueros de otros acerca de los bienes muebles y raices: el de Plasencia deja sentado que «...mueble decimos por lo que ganaron desso una; todo lo al mueble i rayz sea rayz de patrimonio». Por otra parte, vemos en Viguera y Val de Funes, par. 394: «Et si alguna cosa fuere en contenció de alguna partición que ome non pueda levar a sus cuestas nueve pasadas con ayuda dotro hombre fuera de casa habra juicio por fuero como otra heredad». (Rúbrica «de como mueble que non puede levar a cuestas es derecho Heredit»).

A esta forma corresponde la terminología alemana para designar la prenda tomada «pfand», bajo alemán «pand», verbo en latín bárbaro: «pignorarre»; romance: «prender», «peyndrar», etc.

La tercera forma es la interesante para nosotros, la prenda establecida voluntariamente por el deudor, la llamada en latín m. «Wadium» (del gótico «vadi»), «invadiare» después «impignorarre», y romance «enpeynar», «empennar», etc.

Como decía al comienzo de este artículo, era la nota característica pasar los bienes del deudor a posesión del acreedor hasta que se efectúe el pago (7).

Cuando el negocio Wadiado se convierte en notarial, en la carta extendida por el «escruiano» se hacían constar las condiciones en las que se impignoraba el inmueble (8).

Diversos eran los susceptibles de ser objeto de prenda: viñas, casas, tierras, incluso siervos moros menestrales (9) y hasta derechos señoriales y jurisdiccionales (10).

En estos empeñamientos se puede observar el tipo germano de «todsatzung», es decir, que al disfrutar de la heredad el acreedor, el valor de los frutos se ha de descontar del dinero que recibió de él su deudor (11); y también se ven documentos o disposiciones en algún fuero prohibiéndolo; por tanto, en estos casos, lo establecido era una simple «satzung», o sea, poseía y disfrutaba el acreedor lo empeñado, hasta el pago (12).

De esta tercera etapa de la prenda parecíame extraño se pasase rápidamente (cosa que no acontece en la Historia) a la ordenación clara y

Los fueros que regulan más extensa y detalladamente el procedimiento para prender son: Plasencia desde la ley 333 a 51 y de la 190 a 202, señalando el especial para los judíos. Cuenca, cap. XVII hasta la ley 19. Alcalá, de la 254 a 62. En éstos se encuentra más ordenado, pues en la mayoría se encuentran las disposiciones dispersas por todo el fuero. Dicha forma de prenda llega en nuestro Derecho hasta la Nueva Recopilación, en donde queda restringido su ejercicio exclusivamente a los guardas de montes y pastos. (N. R., 1.<sup>a</sup>, 17, V).

(7) Vid. Schupfer: «Il diritto privato del popoli germanici», tomo III, págs. 139 y sigts.

(8) Vid. mi tesis, pág. 32, nota 2. Al igual de los documentos de impignoración en el Derecho longobardo, se ve en el del formulario inserto, cómo la carta de enajenación del deudor ha de ser devuelta a éste por el acreedor al hacer el pago: «...donec nos reddamus tibi vel tuis X morabetinos legitimos in auro sine engan et vos nobis hanc cartam sine mora».

(9) F.<sup>o</sup> de Cuenca, cap. XXXII, ley 6.<sup>a</sup> (Redacción romanceada).

(10) Entre los documentos de la Colección Bofarull, publicados con el título «Inéditos de Aragón», en el tomo 4.<sup>o</sup>, pág. 277, se encuentra un interesante documento de Ramón Berenguer IV, por el que en 1159 empeña los derechos que tiene: «...in quartis in fascis in decimis in chestis in traginis in placitis et iusticiis et serviciis et usaticis et in boschis et in riberes et in piscationibus, etc., etc.», a Guilelmo Mainardi por 2.500 «morabetinos».

(11) En un muy extenso documento hebreo de empeñamiento entre dos judíos catalanes del 1096, traducido al catalán por Millas Vallicrosa, publicado en el vol. I, fasc.<sup>o</sup> 3, de las Memorias del «Institut D'estudis Catalans»; traducido al castellano e inserto en mi cit. tesis pág. 33: «...y la reducción que se descontará de la hipoteca durante el tiempo que disfrute del fruto de la viña, será de dos «uzim» de plata anuales.» No conocemos la significación del vocablo hebreo que el Sr. Millás ha traducido por hipoteca, pero desde luego se trata de prenda sobre inmueble.

(12) Fuero romanceado de Cuenca, cap. 32, ley 6.<sup>a</sup>: «...tengalo nunca se redimiendo».



detallada de los códigos, ya en recepción: Partidas, y el más completo en materia hipotecaria las «Costums» de Tortosa.

Las instituciones evolucionan, y así como hemos visto de la prenda extrajudicial pasar a la establecida por el juez, y luego coexistiendo con ésta, se ofrece prenda voluntariamente en garantía de deudas contraídas; era de esperar que esta última forma evolucionara, no siendo necesaria esa aprehensión material, posesión y disfrute del inmueble, y es lógico pensar que las necesidades de la práctica lo fueran imponiendo; como al pueblo Germano, y como al Romano, que después de la fiducia y el pignus, tuvo el «supponere pignus» antes de usar la palabra «hypotheca» (13).

Pensando en esta laguna de la historia de nuestro Derecho, ya en 1928, en la citada tesis, exponía mi creencia como presunción juris tantum, de que por los fiadores medievales se practicó sin emplear el nombre ni, por tanto, la fórmula (14), la «anteponitio», el «peño nuevo de los tedescos», como la llamaban según Schupfer; pues el fiador se obligaba *anteponiendo* al acreedor sus cosas a título de prenda, pero sin transmitirle posesión ni disfrute.

Me indujo a ello la lectura del cap. 2.º, tít. XVI, lib. III, del germánico Fuero General de Navarra, que a modo de «fazaña» cuenta cómo un hombre empeñaba su campo a otro dando fianza además. ¿Qué más garantía que el inmueble?, y comparándolo con otros afines como Viquera y Val de Funes (15), me hizo suponer en estos casos que no tenía el acreedor la posesión ni el disfrute del inmueble.

Llegué entonces a exponer en una de las conclusiones de la tesis que la hipoteca antes de la recepción del Derecho Romano nacía al *obligar* el fiador sus bienes en este negocio jurídico; de doble garantía, añadimos ahora, ya que si hubiera sido prenda de disfrute (satzung antigua) no tenía razón de ser presentar además de la garantía inmobiliaria un fiador. Únicamente creo podamos explicarnos esta peculiar situación pensando en la evolución de la institución por las necesidades de la práctica, como decía más atrás, y en este período de transición, que se acusa ya en algún

(13) Digs. XXVII, 9. Rub. «De rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt sine decreto non alienandis vel supponendis». Ya dijo Labbé en el Apéndice a «Explication historique des Institutions», de Ortolan, que fué «creación del genio romano, no imitación de la griega; y 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».

(14) Cita Schupfer ob. y tomo cit., págs. 293 y sigts., una fórmula de anteponitio 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 creditori meo vel ad bestros heredes triplo pigno de omnia mea rebus legitima ut licentiam prindere et tenere».

(15) 37 Boletín de la Real A. de la Historia, pág. 381: «Cutlodo ome que tobiere heretat en peynos fasta termino seynnalado e si el termino pasado nol quisiere pagar su haber, el creedor puede si quisiere pendrar su fiador».

documento de mediados del XII (Vid. la nota última de este artículo), había que satisfacer de cierta manera al espíritu de garantía que el pueblo germano nos había legado; y así el acreedor, al no tomar posesión de la heredad, casa, etc., aunque le era empeñada por instrumento del «escruiano», se consideraba más seguro al ofrecérsele además un fiador que también le *obligaba* sus bienes.

Hoy podemos llamar la atención sobre un dato más para aceptar la posibilidad, más fundadamente, de que antes de la completa recepción había ya nacido la hipoteca en nuestra península.

Se trata de un documento del «Livro das Leis e Posturas», que se conserva en el Archivo de la nación hermana, y que fué publicado en los «Portugaliae Monumenta Histórica». Tiene el número XXVI del reinado de Alfonso III y está libre de huellas de Recepción. Dice así:

«*Carta dos que as herdades ou possissoes obriguam (16) que as nom podem uender.*

*Dom Affonso pela graça de Deus Rey de Portugal e do Algarue a uós alcaide e aluaziis de Santarem ssaude. Sabede que a comunidade dos judeos dessa vila mandaron a mim dizer que eles enprestan a uossos uezinhos dinheiros per prazos e per cartas e per stromentos e obrigam a eles per essas devidas seus herdamentos e ssas possissoens que nom possam eles uender nem enalhenar nem emprazar senom para pagar a eles ssas devidas assy como en esses stromentos he contheudo. E assy como a mim dito he que eles que uendem, e enhaleam esses herdamentos e possissoens que a eles som obrigados per essas diuidas. E eu auudo consselho con mha corte sobre aquesto achey de dereyto que aqueles herdamentos e possissoens que a eles ssom obrigados por ssas devidas que as nom podem eles uender nem enalhenar ata que paguem a eles as ssas devidas polas quaaes lhis ssom obrigadas. E ssemelhauilmente aqueles uossos vezinhos que taaes herdamentos ou possissoens conpram ou filham em penhor ou as querem auer per outra razom que se nom podem escusar que nom seiam tehudos por essas diuidas ou leyxar esses herdamentos e posisoens aqueles que obrigados som asy como suso dito he. Vnde al mom façades &c. Dante en Lixboa XVIII dias de março. El rey o mandou per foao.*

*Roy Meendiz. Pero Paaez a fez Era de mil e CCC e XII annos.»*

(16) No creo ir descaminado si digo que esta terminología de «obligación» de bienes, antes de llamarla hipoteca, puede significar en la evolución de nuestro derecho de garantía tanto como el «supponere pignus» en el de Roma.

Debo también manifestar que esta terminología romana la vemos subsistir en algún documento de la Corona de Aragón de mediados del s. XII (Colección Bofarull, tomo IV, pág. 278, línea 11: «In tali quoque pacto predictum pignus tibi subpono...»).

Sé que es posible que se me pueda objetar que en este documento no consta de una manera expresa que el acreedor no estuviera disfrutando la heredad o viviendo la casa; pero estudiándolo con un poco de detenimiento, vemos quejarse a la comunidad de judíos porque les venden a otros, sus deudores, los bienes inmuebles que garantizaban los préstamos hechos; y debemos sobreentender que generalmente en esta época nadie compra sin ver lo que va a adquirir, ni compraría conociendo la obligación anterior. Y en el último párrafo, queriendo Alfonso III poner remedio en lo posible a lo ya mal hecho, ordena que los que las hayan comprado o las quieran tener por cualquier razón, asuman la deuda y no puedan excusarse de ella.

Pero aún hay otro argumento, y es que, dado el carácter profesional del judío que presta dinero a varias personas, no es presumible tuviese la posesión y disfrute de los predios rústicos y urbanos de sus deudores, trocando su carácter y actividad comercial y financiera (17), por el cuidado y administración de casas y tierras en un período tan avanzado ya de la Reconquista. Por tanto, lo constituido por estos vecinos de Santarém y los judíos no son, a mi juicio, prendas sobre inmuebles, sino hipotecas.

Esta es mi modesta opinión. Esperemos que algún día (D. m.) se pueda confirmar o probarse lo contrario; y así un día y otro investigando, vayan habiendo menos dudas y puntos oscuros en nuestra Historia del Derecho.

(17) Después de escritas estas líneas, pude consultar la obra de Gorla (Gino): «Le Garanzie reali dell'Obbligazione», Milán 1935, el cual es de idéntica opinión cuando dice (pág. 71, número 45): «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 piú sentita l'esigenza della circolazione dei beni».

También el profesor Rota, en un artículo publicado en el «Archivio G.» (vol. CXXIV, fasc. 2), octubre, 1940: «Ricerche intorno al pegno convenzionale immobiliare, nelle carte romane fino al sec. XIV», pág. 212, cree que un «peño» muy semejante a la hipoteca se encuentra en las cartas romanas ya en fines del s. XII.

Por nuestra parte, hemos de añadir que en España podemos observar el no desplazamiento de la posesión (al menos en lo que hasta la fecha he podido encontrar), ya a mediados del s. XII. En el cartulario de S. Vicente de Oviedo, publicado por el P. Luciano Serarño (q. s. g. h.), transcribe un documento del 1158 (núm. 252, pág. 243), en el cual se entrega al monasterio cumpliendo la última voluntad de la donante, «terciam partem ex integro in tota ipsa villa», es decir, que es una tercera parte proindiviso en casas, tierras de labor e incultas, plantaciones, etc., etc.; y esta tercia... «dum domna Sol Petri obiret..., manet sub pignore quinquaginta morabotino-rum...». Creo que esta tercera parte en todo lo de la villa, como parte ideal de ese todo indiviso, no es posible entregarla al acreedor; además, bien claro lo dice el documento, línea 14: «...sicut habuit et possedit uxor mea domna Sol Petri». Por tanto, me atrevo a afirmar que en este documento, aún más claramente que en el de los judíos de Santarém, se ve que no hay desplazamiento de la posesión.