

## Orígenes de la prenda en Roma

LA EJECUCIÓN ROMANA EN ESPECIE Y EN EQUIVALENTE

EL PATRIMONIO COMO PRENDA COMUN DE LOS ACREEDORES

POR EL

Dr. Alberto M. Etkin

### 1. — INTRODUCCIÓN.

El origen romano del derecho de prenda *ex contractu*, reside en la prenda judicial, puesto que aparece por primera vez en Roma, este derecho real, en la antigua *legis actio per pignoris capionem*, procedimiento judicial *tutu sensu* <sup>(1)</sup>.

- (1) Según FERRINI, *Pandette*, Milano 1917, p. 505, el origen del derecho real de prenda contractual en Roma, fué la prenda judicial, o sea la *legis actio per pignoris capionem*.

Sin embargo, el *pignus* se menciona en el *Tractatum foederis* de 266, antes de que las XII Tablas (303 de Roma) legislaran sobre la *pignoris capio* (*infra*, nota 7).

WINDSCHEID, *Pandette*, ed. Torino, 1925, t. I, p. 835, dice que es distinta la prenda judicial de la contractual, puesto que la primera proviene de la potestad jurisdiccional y la segunda de la voluntad individual y privada. Estos principios están de acuerdo con su doctrina de que la acción es independiente del derecho subjetivo, que no compartimos (v. mi estudio en *Gaceta del Foro*, t. 99, p. 339, "Para una teoría de las acciones").

Sin embargo, confiesa que su teoría sólo es verdadera para los bienes inmuebles, pues para los muebles, la Ordenanza Procesal Alemana (arts. 709 y 804), es terminante: la prenda judicial es igual a la contractual. Por otra parte, ésta es la opinión dominante para toda clase de bienes, según dice el mismo WINDSCHEID, párr. 233 (p. 836, nt. 5, t. I).

"El derecho de prenda judicial por ejecución, nace en el momento del embargo", agrega WINDSCHEID en el párr. 244, entendiéndose que el embargo se traba después de la sentencia ejecutiva. Así sucedía en derecho romano: "Si et jure indicatum, et pignus in causa iudicati ex

Veamos de cómo se llegó en aquél sistema jurídico paulatinamente a esta concepción.

Ante todo debemos establecer que toda institución jurídica carece de un valor absoluto, es decir, de un valor lógico verdadero para todo tiempo, ya que la parte abstracta, racional del derecho, se halla dirigida y predeterminada por la parte vital, histórica, que da origen a la formación y al estilo de las instituciones de pura lógica jurídica.

Así, el axioma actualmente inuestionable, de que el patrimonio constituye la prenda común de los acreedores, no es una verdad lógica sino desde la compilación de JUSTINIANO. Es el triunfo de una idea espiritualizadora del derecho, y la transformación del pesado materialismo antiguo, basado en un concepto realista de las cosas, hacia una intelección más elástica e ideal (2).

## 2. — EJECUCIÓN ROMANA EN ESPECIE. — COACCIÓN PERSONAL.

En efecto: el sistema cuyo eje central son las XII Tablas, tiene por fundamento el principio de que toda prestación debe satisfacerse en especie; mientras que el concepto nuevo, es que toda prestación puede satisfacerse en especie o en su equivalente (3).

auctoritate eius, qui jubere potuit, captum est, privilegiis temporis fore potioem heredem eius, in cuius persona pignus constitutum est" ULPIANO, D. 20, 4, 10: "Si se juzgó en derecho y se tomó la prenda judicial por el que estaba facultado para hacerlo, tiene preferencia en razón del tiempo, no sólo la persona que ha obtenido la prenda, sino también su heredero".

También se produce prenda judicial por la *missio in possessionem*. Dice WINDSCHEID, párr. 233: "Un derecho de prenda nace por la orden de posesión de una cosa o de un patrimonio, dada por el Juez, siempre que la posesión se haya realizado, y que tenga por objeto procurar al que la adquiere, seguridad para la satisfacción de un derecho que le compete. Esta es, por ejemplo la posesión que en Roma se daba a los acreedores, del patrimonio del deudor fallido" (posesión que hoy se confiere al síndico).

(2) Sobre los puntos que se leerán a continuación, puede consultarse a IHERING, *Espíritu del derecho romano*, ed. Madrid, t. I, ps. 144 a 198; ALFREDO ROCCO, *Il Fallimento*, Torino, 1917, ps. 131 y sigts.; JOSÉ LO VALVO, *El constreñimiento personal, la prenda común y las causas legítimas de preferencia*, Santa Fe, 1943.

(3) Véase esta antítesis, en los incisos 1° y 3° del art. 505 del Código Civil argentino.

Si el deudor no podía pagar su obligación en la especie y forma contratada, el antiguo romano no concebía fuera factible hacerlo con su equivalente. Esto tiene su explicación *vital* en que la propiedad de entonces era consustancial con la persona, y su menoscabo, un ataque al *sentimiento* de ésta: Cf. IHERING, op. cit., t. I, p. 157. Este ataque daba lugar a la venganza, que era una pena privada, regulada más tarde por las XII Tablas mediante la *manus injectio*, medio penal de venganza a fin de que hubiera la posibilidad de un rescate (4) y civil de coacción, para que el deudor pagara su obligación en especie (5).

En este sistema jurídico, la obligación es puramente personal, y el deudor *no responde con sus bienes, sino con su persona*. Una prueba de ello, es que el deudor encarcelado puede procurarse alimentos de su patrimonio, lo que demuestra que no se le quitaban sus bienes: Tab. III, 4: “Si volet suo vivito”.

“La ejecución en este período —dice Rocco, p. 139— se dirigía exclusivamente a constreñir la voluntad del deudor; y esta coacción era realizada por medios tan enérgicos que fué superfluo procurarse la prestación por equivalente sobre el patrimonio del deudor, ya que no puede concebirse deudor tan obstinado que pudiendo pagar, prefiera ser condenado a muerte o vendido como esclavo, con el mismo resultado final de perder su patrimonio”.

Debemos reconocer que este sistema de coacción personal es común en los pueblos antiguos: indos, egipcios, hebreos, griegos, etc.: v. LO VALVO, op. cit., ps. 5 a 10.

(4) El origen de la palabra latina *poena* y de la griega *poíné*, es la de rescate (IHERING, op. cit., t. I, p. 161, nt. 53).

ALEXANDRE, en su *Dictionnaire Grec-français*, París, 1878, p. 492, vo. NOINH, expresa que ese vocablo significaba primitivamente la multa que se pagaba por la muerte de un hombre; por extensión *reparación* de un crimen, *satisfacción* de una ofensa, *venganza*. Significa comunmente *pena*, *castigo*, y a veces, *expiación* o *víctima expiatoria*; otras, *pena*, *tristeza*, *dolor*, y poéticamente *premio*, *recompensa*.

(5) ROCCO, op. cit., ps. 136 y 137. Debemos recordar que para emplear el procedimiento de la *manus injectio*, el deudor debía haber confesado su obligación (*noxum*) o haberse así juzgado por el magistrado: “Aeris confessi rebusque iure indicatis”, expresaba la Tabla III. Sobre el *noxum*, sus orígenes, etc., puede verse EMILIO COSTA, *Storia del diritto romano privato*, libro III, cap. II.

## 3. — EJECUCIÓN ROMANA EN ESPECIE. — COACCIÓN PATRIMONIAL.

Un estadio posterior (6) admitió la coacción patrimonial mediante la *pignoris capio*, que no tenía por objeto satisfacer el crédito por la aprehensión de una cosa, sino sencillamente tomar cualquier objeto del deudor como prenda, *pignus* (7), a fin de constreñirlo a

- (6) GAYO nos da el origen histórico de este período, *Instituta*, 14, 26-30 y 32: Las *legis actionem per pignoris capionem* nacieron de las costumbres y de la ley. Se introdujeron por las costumbres, en ciertos asuntos militares: cuando se debía al soldado su sueldo, *stipendium*, o el dinero que tenía que recibir para adquirir un caballo, *aes equestre*, o la cebada para los mismos, *aes hordiarum*. En estos casos le era permitido apoderarse de una prenda perteneciente al encargado de suministrar dichos fondos (*licebat militi ab eo qui distribuebat nisi daret, pignus capere*).

La Ley de las XII Tablas, introdujo esta *legis actio* para los que no pagaban el precio o alquiler (*merces*) de un animal destinado al sacrificio. Una ley censoria también concedió la *pignoris capio* a los publicanos (encargados de recaudar los impuestos —*vectigalia*—) contra los deudores de éstos.

Cf. AULO GELIO, VII, 10; CICERÓN, *in Verrem*, II, 3, 11.

Este origen histórico, confirma la concepción de IHERING, de que el derecho proviene a la vez de la fuerza y de la religión.

- (7) *Pignus*, de pago o pango, clavar, afirmar, contratar; en griego Ἰνυονί πέγνυμι asegurar, reforzar, fijar, inmovilizar.

V.: ALEXANDRE, p. 439. "En su significación vulgar y originaria, dice MAYNZ, 239 nt. 9, *pignus* quiere decir simplemente *garantía*, y es sinónimo de *cautio*, *sponsio*, *arra*. V.: ISIDORO, *De Originis*, V, 25; AULO GELIO, XVII, 2; PLINIO, 39, 1, 8. Cf. MAYNZ, 344, nt. 2: "En el lenguaje vulgar romano, la palabra *arra* es sinónima de *pignus*, pues ambas tienden a asegurar la ejecución de una obligación". (Sin embargo, no debemos olvidar el otro concepto o función de las *arrae*, como signo de perfección de un contrato y de una suma a cuenta del precio: Cf. MAYNZ, *loc. cit.*, nt. 7).

GAYO, D. 50, 16, 238, 2, da otro origen etimológico a la palabra *pignus*. Expresa que "*pignus apellatum a pugno, quia res, quae pignerit dantur, manu traduntur* (se llama *pignus* de *pugnum* —puño— porque las cosas que se dan en prenda se entregan con la mano). No obstante ello, creemos no ser exacta filológicamente esta etimología, por cuanto, como más adelante veremos, la palabra *pignus* se aplicaba a los muebles e inmuebles indistintamente; y los inmuebles, evidentemente, no se daban con la mano.

Recuérdese que GAYO no era romano, sino asiático, probablemente natural de Bithynia, según MOMMSEN y KNIEP (v. GIRARD, *Textes de Droit romain*, París, 1913, p. 221), y floreció en tiempos de Antonino Pío y Marco Aurelio, esto es, nueve siglos después de la fundación de Roma.

El mundo antiguo carecía del sentido histórico que en alto grado posee la cultura de Occidente: SPENGLER, *La Decadencia de Occidente*, Madrid, 1923-24, *passim*. La etimología dada por Gayo es lógica, pero

cumplir su obligación (8). El acreedor podía apoderarse y destruir la cosa, pero no venderla (9).

Después, el pretor introdujo el sistema de la *missio in possessionem* (GAYO, IV, 34) (10), contra el demandado que no comparecía al juicio, y que consistía en la aprehensión de todo el patrimonio del deudor, a fin de obligarlo a cumplir sus compromisos. En este estadio, "la personalidad física del deudor, fué sustituida por su personalidad económica" expresa Rocco, p. 146.

La *missio in possessionem* contra el demandado rebelde, se extendió al *confessus* y al *judicatus*; y para vencer su obstinación, después de desposeerlo del patrimonio, se vendía éste ficta e íntegramente a un *bonorum emptor*, que considerándose como sucesor universal del mismo, enajenaba después realmente los bienes, y pagaba las deudas (GAYO, IV, 35).

Como vemos, aun perdura el concepto de que el mismo deudor, por medio del sucesor universal ficto satisfacía sus obligaciones (Cf. BONFANTE, "D. Romano", p. 500). La *bonorum venditio* puede tener lugar aun por una deuda pequeña, y no presuponia la insolvencia del deudor, sino obstinación en no pagar. Era siempre un medio de coacción de la voluntad, y no ejecución directa sobre los bienes para satisfacer las deudas. Se consideraba al deudor como difunto, y entrañaba *capitis diminutio* e infamia (GAYO, IV, 35, 154; CICERÓN, *Pro Quinctio*, 15; PAULO, D. 17, 2, 65, 12).

no filológica, ya que se basaba ésta en el origen histórico de la *legis actio per pignoris capionem*, esbozada según datos del mismo juriscónsulto en la nota 6.

Según este origen, el *pignus* era la cosa que se tomaba con el puño.

Pero resulta que antes de las XII Tablas, en el tratado de federación (*Tractatum foederis*) con los latinos, celebrado por el cónsul Spurio Casio Viscelino en 493 a. C. (266 de Roma), se menciona al *pignus* como garantía legal del tratado (Cf. MAYNZ, 239, nt. 9). Con esto demostramos, que la etimología de dicha palabra es la de *pago* o *pango*, y ésta a su vez del griego , que trae la idea de afianzar, asegurar. Cf. WINDSCHEID, § 224, nt. 1; DERNBURG, I, p. 49; BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, 1847 (WINDSCHEID califica a esta obra como "una elaboración del derecho romano de prenda, desde el punto de vista filológico puro").

(8) GAYO, IV, 32, *in fine*. V.: MAYNZ, I, § 130, texto y nota 40.

(9) SCIALOJA, *Procedura civile romana*, p. 155. IHERING, *op. cit.*, I, p. 191.

(10) Esta fué una prenda pretoria, *pignus pretorio*: ULPIANO, D. 13, 7, Frag. 3 y 26; Id. D. 27, 9, Frag. 3, 1; equivalente, por ende, al *pignoris capio* de la ley.

## 4. — PERÍODO DE TRANSICIÓN. — VOLUNTAD LIBRE DEL DEUDOR.

La complicación de este procedimiento, así como la infamia que importaba, unidos a la transformación de la propiedad romana y del sistema privado de justicia, indujeron poco a poco a encontrar nuevos expedientes para satisfacer a los acreedores.

Por la *Lex Julia* (probablemente capítulo de la *Lex Judiciaria* de AUGUSTO, de 737 de Roma, según Rocco, p. 169), el deudor podía evitar la persecución personal y la infamia de la *bonorum venditio*, poniendo sus bienes a disposición de sus acreedores: *bonorum cessio*.

Ello importaba confesión del deudor, de no poder satisfacer sus obligaciones y era un acto voluntario de éste <sup>(11)</sup>. Impedía la coacción personal, que ya no tenía objeto, puesto que el deudor no pagaba porque no quería, sino porque no podía; y no implicaba la infamia.

Pero por la *cessio*, el deudor no perdía la propiedad de sus bienes, sino que los daba en prenda a los acreedores, que adquirían por lo tanto un derecho para promover la venta de los mismos (DIOCLECIANO y MAXIMINO, en C. 7, 71, 4). Era más o menos la antigua *missio in possessionem* o *pignus pretorio*, y constituía un procedimiento de liquidación colectiva del patrimonio del deudor, reposando siempre sobre la voluntad (libre ahora) de éste.

## 5. — EJECUCIÓN ROMANA POR EQUIVALENTE. — EL “PIGNUS IN CAUSA JUDICATI CAPTUM”.

Del *pignus* general al especial sobre un bien, no había ya más que un paso. Y de la *missio in possessionem* de todo el patrimonio, a la aprehensión por orden del Pretor, de un bien determinado, no hubo más de otro. Y lo que primero fué un medio para constreñir la voluntad del deudor, se convirtió en una prenda en favor del

(11) “In omni cessione sufficit voluntatis sola professio”: TEODOSIO, C. 7, 71, 6: “En toda cesión, basta la sola manifestación de voluntad”.

acreedor, con facultad de venderla por orden del magistrado <sup>(12)</sup>. La *bonorum cessio* dió el ejemplo. Por una ficción <sup>(13)</sup> se consideró que el deudor cedía en prenda al acreedor, una cosa determinada para que la vendiera y con su precio se cobrara su acreencia: *id quod interest; quanti ea res est*. El paso decisivo estaba dado: la satisfacción de la obligación en especie, se hacía en su equivalente, en dinero.

Quitado el andamiaje de la ficción, quedó la realidad: la prenda voluntaria del deudor mediante la *bonorum cessio*, se convirtió en prenda constreñida, obligatoria. A la voluntad del deudor se substituyó el imperio del Juez. De ahí que CARACALLA pudo decir: “nam in vicem justae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis” (C. 8, 23, 1) “En la obligación legal, a la causa contractual, sucede la autoridad del juzgador”.

Y JUSTINIANO asimiló esta prenda *in causa judicati* a la antigua prenda pretoria (C. 8, 22, 2) <sup>(14)</sup>.

El engorroso procedimiento de la *missio in bona*, de la *bonorum venditio* y de la *bonorum cessio*, quedó tan sólo para el deudor en falencia. Para la satisfacción de un crédito singular, se terminó con el sistema de constreñir la voluntad, transformando la primitiva obligación en su equivalente en dinero.

El *pignus in causa judicati captum* (prenda adquirida en virtud de sentencia), fué la institución necesaria para poder convertir en dinero la cosa del deudor, ya que el acreedor no podía exigir la entrega de ésta en propiedad, puesto que no era el objeto de la obligación; y tan sólo podía pedir la transformación de dicha cosa en dinero, para cobrar el equivalente de su crédito en moneda, rasero común de todos los valores económicos. Para realizar esta transformación y adquirir el dinero producido hasta la concurrencia de su crédito, necesitaba vender la cosa: y este derecho para instar la

(12) Quizás en ello influyó el derecho griego de aquella época. En Atenas, el acreedor hipotecario hacía vender el bien hipotecado, y se pagaba con su precio: DARESTE, *Nouvelles études d'histoire du Droit*, Paris, 1902, T. 2, p. 81.

(13) No hablan las fuentes ni los autores de este momento transicivo de la ficción. Pero es indudable que lo hubo, dada la mentalidad romana, por lo que no trepidamos en mencionarlo en esta síntesis histórica.

(14) Véase supra, nota 10.

venta y adquirir su producido no se explica sino concibiendo la existencia de un derecho real de prenda, que el Juez reconoce y declara (15).

6. — EJECUCIÓN POR EQUIVALENTE. — EL PATRIMONIO “PIGNUS COMMUNIS”.

La ejecución personal se transformó en real; a la persona sucede la cosa. Ahora bien: es indudable que el acreedor puede ejercer sus derechos sobre cualquier bien del deudor. De ahí que estos constituyan una garantía latente para los acreedores, y el conjunto de ellos, que se llama *patrimonio*, forme la garantía prendaria común para todos los acreedores.

Esta garantía no es un derecho de prenda actual, sino potencial, latente, indeterminado, que se ejerce sobre todas las cosas del patrimonio, de un modo invisible, hasta el instante en que por medio del embargo y orden de venta de cosas singulares de dicho patrimonio, se transforma en derecho real definitivo, incondicionado y absoluto.

De ahí que todos los bienes que pertenecen al patrimonio del deudor, sean *cosas fungibles* con respecto al acreedor: AUBRY ET RAU, párr. 575, N° 1° (16).

(15) Es esencial la transformación de la cosa en dinero, porque el derecho de prenda no es un derecho sobre la cosa en sí, sino sobre su valor de cambio, sobre el dinero que produce la venta de esta cosa. El dinero no es más que fórmulas en las que están proyectadas las infinitas actividades humanas, actividades que se hallan ínsitas, *in potentia*, dentro del signo monetario. La esencia del cumplimiento de una obligación por su equivalente en dinero, consiste pues en el otorgamiento de valores *in potentia*, en posibilidades, equivalentes a los que se hubiera debido tener *in essentia*, en efectividades. Es muy distinto, de consiguiente, el otorgar una cosa, que el dar una suma de dinero.

(16) Estos autores (párr. 579 *in fine*), así como PLANIOL, N° 193, t. II, ed. 1900, dicen que los acreedores no tienen sobre el patrimonio del deudor un verdadero derecho real de prenda, puesto que carecen del *ius perseguendi*, y hay otras diferencias, que hemos hecho notar en el texto. FADDA y BENSÁ, con gran acópio de doctrina, combaten victoriosamente esta teoría, diciendo que una universalidad jurídica, como el patrimonio, puede ser objeto de un verdadero derecho real de prenda, el que se efectiviza sobre las cosas singulares y determinadas pertenecientes a dicho patrimonio en un momento dado (Notas a WINDSCHEID, t. 5°, nt. b al párr. 137; N° 32 y sigts).