

*RES PIGNORI DATA PECUNIA SOLUTA CONDICI POTEST:*  
 OBSERVACIONES SOBRE D. 12,1,4,1 (ULP. 34 AD SAB.)

[*Res pignori data pecunia soluta condici potest:*  
 Remarks on D. 12,1,4,1 (Ulp. 34 ad Sab.)]

Adolfo WEGMANN STOCKEBRAND\*  
 Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

El presente artículo ofrece una exégesis de D. 12,1,4,1, texto en el cual Ulpiano reconoce al deudor pignoraticio la posibilidad de ejercer la *condictio* contra el acreedor que no restituye la cosa prendada, habiendo ya sido cumplida la obligación principal, o que percibe los frutos de la cosa sin una causa que lo justifique. Si bien la mayor parte de la doctrina ve aquí una referencia implícita al hurto (*condictio ex causa furtiva*), creemos que esta fuente, genuina en su sustancia, da cuenta de un supuesto de *condictio sine datione* no furtiva, en consonancia con la doctrina sabiniana de que se puede ejercer la *condictio* cada vez que alguien retiene una cosa en su poder *ex iniusta causa*.

PALABRAS CLAVE

*Condictio* – prenda – *datio* – hurto – *retentio ex iniusta causa*.

ABSTRACT

This article offers an exegesis of D. 12,1,4,1, a text in which Ulpian recognizes the pledgor the possibility of exercising the *condictio* against the pledgee who does not return the pledge or who receives its products without a cause that justifies it. Although most of the doctrine sees here an implicit reference to theft (*condictio ex causa furtiva*), we think that this source, genuine in its substance, attests a case of *condictio sine datione non furtiva*, in line with Sabinian doctrine that *condictio* can be exercised every time someone retains a thing *ex iniusta causa*.

KEY WORDS

*Condictio* – pledge – *datio* – theft – *retentio ex iniusta causa*.

RECIBIDO el 28 de abril de 2023 y ACEPTADO el 30 de agosto de 2023.

---

\* Doctor en Derecho, Universidad de Heidelberg, Alemania. Profesor de derecho civil y derecho romano en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile. Correo electrónico: aawegman@uc.cl. Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1220649, del cual el autor es investigador responsable. ORCID 0000-0001-8741-2099.

INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

La doctrina romanística se encuentra conteste en cuanto a que la *datio*, entendida ésta en sentido restringido, vale decir, como transferencia del dominio sobre una cosa y no como mera entrega<sup>2</sup>, constituye el supuesto general de ejercitabilidad de la *condictio*, acción civil estrictamente restitutoria cuyo origen se remonta a la *lex Aebutia (de formulis)*, en torno al año 130 a.C.<sup>3</sup>, si bien encuentra antecedentes un siglo antes, con la introducción en el marco de las *legis actiones* del *agere per conductionem* por medio de la *lex Silia* para obligaciones de dinero (*certa pecunia*) y extendido luego en su ámbito de aplicación a toda cosa cierta (*omnis certa res*) por la *lex Calpurnia*<sup>4</sup>. Lo anterior, en virtud del principio *neminem rem suam nisi furi condicere posse*<sup>5</sup>, es decir, que nadie puede ejercer esta acción respecto de cosa

<sup>1</sup> Lista de abreviaturas: *AHDE*. = Anuario de Historia del Derecho Español; *AUPA*. = Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo; *BIDR*. = Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano 'Vittorio Scialoja'; *ED*. = Enciclopedia del Diritto; *Index* = Index. Quaderni camerti di studi romanistici; *Iura* = Iura: Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico; *RE*. = Pauly-Wissowa Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft; *REHJ*. = Revista de Estudios Histórico-Jurídicos; *RIDA*. = Revue internationale des droits de l'antiquité; *SDHI*. = Studia et Documenta Historiae et Iuris; *TR*. = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis; *ZSS*. = Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (romanistische Abteilung).

<sup>2</sup> El significado técnico-jurídico de *dare* como transferencia de dominio se encuentra ampliamente documentado en fuentes que abarcan la mayor parte del espectro temporal de la jurisprudencia romana. Véase p.ej. Gai. 2,204; 4,4; D. 17,1,47,1 (Pomp. 3 *ex Plaut.*); D. 22,1,4pr. (Pap. 27 *quaest.*); D. 32,29,3 (Lab. 2 *post. a Iav. epit.*); D. 45,1,75,10 (Ulp. 22 *ad ed.*) y, muy especialmente, D. 50,17,167pr. (Paul. 49 *ad ed.*): “*Non videntur data, quae eo tempore quo dentur accipientis non fiunt*”. Cfr. GROSSO, Giuseppe, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche*<sup>2</sup> (Torino, Giappichelli, 1955), pp. 19 ss.; PASTORI, Franco, *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano* (Milano, Cisalpino, 1985), pp. 131 ss.; más recientemente, desde la perspectiva del autor, WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2017), pp. 117 ss.; EL MISMO, *Zur Stellung der Obligation im Vermögensrecht*, en BABUSIAUX, Ulrike; BALDUS, Christian; ERNST, Wolfgang; MEISSEL, Franz-Stefan; PLATSCHKE, Johannes; RÜFNER, Thomas (eds.), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2023), II, pp. 1890 ss. Sin embargo, hay fuentes en las que se utiliza el verbo *dare* o el sustantivo *datio* en sentido amplio (atécnico), como simple entrega. Este es el caso, precisamente, de las fuentes que se refieren a una *datio pignoris*, como se verá *infra*, I.1.

<sup>3</sup> De hecho, la *condictio* representa en lo fundamental el desarrollo de la *legis actio per conductionem* en el marco del más flexible *agere per formulas*. Un análisis diacrónico en LIEBS, Detlef, *The history of the Roman Condictio up to Justinian*, en MAC CORMICK, Neil; BIRKS, Peter (eds.), *The Legal Mind. Essays for Tony Honoré* (Oxford, Clarendon Press, 1986), pp. 163 ss.; últimamente PLATSCHKE, Johannes, *Zur Formel der condictio in der Rechtsentwicklung*, en BABUSIAUX, Ulrike; BALDUS, Christian; ERNST, Wolfgang; MEISSEL, Franz-Stefan; PLATSCHKE, Johannes; RÜFNER, Thomas (eds.), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2023), II, pp. 1898 ss.

<sup>4</sup> Gai. 4,19. Véase por todos ALBANESE, Bernardo, *Il processo privato delle legis actiones* (Palermo, Palumbo, 1987), pp. 5 ss.; KASER, Max; HACKL, Karl, *Das Römische Zivilprozessrecht*<sup>2</sup> (München, C.H. Beck, 1996), pp. 25 ss.; recientemente VARVARO, Mario, *Lineamenti di procedura civile romana* (Napoli, Editoriale Scientifica, 2023), pp. 42 ss.

<sup>5</sup> D. 7,9,12 (Ulp. 18 *ad Sab.*) *in fine*.

propia<sup>6</sup>, circunstancia que excluiría, al menos por regla general, la posibilidad de impetrar una *condictio possessionis* o, en otros términos, una *condictio sine datione*<sup>7</sup>.

En efecto, sostiene asimismo la doctrina mayoritaria que la única excepción a esta regla sería la *condictio ex causa furtiva*<sup>8</sup>, ya que se trataría de un caso en el cual la víctima del hurto ejercería la acción contra el *fur*, quien, ciertamente, no adquiere el dominio por el hecho de la comisión del delito y se encuentra impedido de usucapir como consecuencia de su mala fe inicial y no solo por el hecho de tratarse de una *res furtiva* que la torna objetivamente *inhabilis* para efectos de *usucapio*<sup>9</sup>. Luego, el *furtum* representaría la única hipótesis de ejercitabilidad de una *condictio sine datione*<sup>10</sup>.

Estoy convencido de que la doctrina someramente esbozada no hace justicia a la rica y compleja casuística que se encuentra en las fuentes de que disponemos sobre esta materia. En efecto, no sólo un texto fundamental como D. 12,5,6 reconoce en términos generales la posibilidad de ejercer la *condictio ex iniusta causa*<sup>11</sup> sin

<sup>6</sup> Véase especialmente DONATUTI, Guido, *Le causae delle condictiones*, en *Studi Parmensi*, 1 (Milano, 1951), pp. 33 ss.; SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht* (Münster-Köln, Böhlau, 1952); VON LÜBTOW, Ulrich, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht* (Berlin, Duncker & Humblot, 1952); SANTORO, Raimondo, *Studi sulla condictio*, en *AUPA.*, 32 (Palermo, 1971), pp. 181 ss.; más recientemente SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee* (Milano, Giuffrè, 2002), pp. 234 ss.; HÄHNCHEN, Susanne, *Die causa condictionis. Ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht* (Berlin, Duncker & Humblot, 2003). Una apretada síntesis en HARKE, Jan Dirk, *Das klassische römische Kondiktionensystem*, en *Iura*, 54 (Napoli, 2003), pp. 49 ss.

<sup>7</sup> Sobre esta figura, véase en general el amplio estudio histórico-dogmático HEINE, Sonja, *Condictio sine datione. Zur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung im klassischen römischen Recht und zur Entstehung des Bereicherungsrechts im BGB* (Berlin, Duncker & Humblot, 2006), aunque omite tratar explícitamente la fuente objeto del presente trabajo. Véase también VOGLI, Pasquale, *Conditiones e possesso*, en *SDHI.*, 71 (Città del Vaticano, 2005), pp. 17 ss.

<sup>8</sup> Así parece desprenderse, a primera vista, de D. 13,3,1,1 (Ulp. 27 *ad Sab.*): “*Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex causis ex quibus potest, veluti ex causa furtiva vel vi mobili abrepta*”. Sin embargo, el texto alude al hurto o robo como ejemplos de ejercitabilidad de la *condictio* respecto de cosa propia, lo que no excluye necesariamente otras hipótesis no delictivas. Ampliamente sobre este supuesto de acción PIKA, Wolfram, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht* (Berlin, Duncker & Humblot, 1988), quien curiosamente no incluye en su elenco de fuentes citadas la aludida en esta nota.

<sup>9</sup> Gai. 2,49.

<sup>10</sup> Partiendo de la base de que, a su juicio, el derecho romano clásico no conoció caso alguno de *condictio sine datione*, D’ORS, Álvaro, *Observaciones sobre el ‘edictum de rebus creditis’*, en *SDHI.*, 19 (Città del Vaticano, 1953), pp. 149 ss., 151, plantea que incluso la *condictio ex causa furtiva* impondría al ladrón una obligación de *dare*, ya que el ejercicio de esta acción por parte de la víctima presupondría una renuncia a la *reivindicatio* y, con ello, la pérdida del dominio. Cfr. EL MISMO, *Réplicas Panormitanas IV. Sobre la supuesta ‘condictio’ sin ‘datio’*, en *Iura*, 25 (Napoli, 1974), pp. 1 ss.; EL MISMO, *Los precedentes clásicos de la llamada ‘condictio possessionis’*, en *AHDE.*, 31 (Madrid, 1961), pp. 629 ss.

<sup>11</sup> D. 12,5,6 (Ulp. 18 *ad Sab.*): “*Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est*”. Un detallado análisis del fragmento y sus implicancias en la comprensión del régimen romano de la *condictio* en SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 6), pp. 98 ss., con amplia bibliografía.

conexión necesaria con una *datio* inicial, sino que las fuentes atestiguan casos (ciertamente excepcionales, eso no podemos negarlo, pero no por ello espurios) en los cuales la jurisprudencia clásica reconoció que se podía impetrar esta acción en contra de personas que no adquirieron la propiedad de la cosa (es decir, no se verificó una *datio* en sentido estricto), sino únicamente la *possessio (naturalis o ad interdicta*, según el caso), lo que en la terminología del Código Civil chileno corresponde sustancialmente a la “mera tenencia”<sup>12</sup>. Así ocurre, por ejemplo, en un fragmento de Paulo, en el cual el jurista severiano reconoce al depositante la legitimación para ejercer la *condictio* contra el depositario que *non reddit*, sin que sea necesario que se configure un supuesto de hurto, toda vez que la *infitiatio* del depositario (entendida aquí como negativa dolosa a restituiri) no representa de suyo una hipótesis de *contractatio* ni, por tanto, de *furtum*<sup>13</sup>, de manera que bien puede hablarse aquí de un caso de *condictio sine datione* no furtiva.<sup>14</sup>

---

Cfr. también HÄHNCHEN, Susanne, *Sab.-Ulp. D. 12,5,6 und die condictio ex iniusta causa*, en ZSS., 121 (Graz, 2004), pp. 385 ss.; SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 6), pp. 219 ss. Representa a nuestro juicio una mera petición de principio la hipótesis reconstructiva planteada, entre otros, por VON LÜBTOW, Ulrich, *Beiträge*, cit. (n. 6), p. 145, en orden a que la fuente debió haber dicho originariamente (esto es, antes de una supuesta interpolación justinianea cuyos motivos no se logran entrever) *ex causa furtiva* en lugar de *ex iniusta causa*.

<sup>12</sup> El art. 714 del Código Civil de Chile dispone lo siguiente: “Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestrado, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece. Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno”.

<sup>13</sup> Así se desprende de lo dicho por el propio Paulo en D. 47,2,1pr.-3 (Paul. 39 *ad ed.*): “*Furtum a furvo, id est nigro dictum Labeo ait, quod clam et obscuro fiat et plerumque nocte: vel a fraude, ut Sabinus ait: vel a ferendo et auferendo: vel a Graeco sermone, qui φόρος appellant fures: immo et Graeci υπό του φέρει φόρος dixerunt. 1. Inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem. 2. Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si id interceptiendi causa occultaverit. 3. Furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere*”; D. 41,2,3,18 (Paul. 54 *ad ed.*): “*Si rem apud te depositam furti faciendi causa contractaveris, desino possidere. Sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contractatione fieri non potest nec animo furtum admittatur*”. Sobre el carácter no necesariamente furtivo del *non reddere* véase recientemente PENNITZ, Martin, *Das ‘non reddere’ als Deliktstatbestand – Juristendiskurse zu Besitz, Detention und Diebstahl*, en *Index*, 46 (Napoli, 2018), pp. 201 ss.

<sup>14</sup> Se trata de D. 16,3,13,1 (Paul. 31 *ad ed.*): “*Competit etiam condictio depositae rei nomine, sed non antequam id dolo admissum sit: non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, conditione obligari, verum quod dolum malum admiserit*”. Para una exégesis detallada de la fuente nos remitimos a WEGMANN STOCCKEBRAND, Adolfo, *Ex causa depositi condicere? Observaciones sobre credere y deponere en el pensamiento de Paulo*, en REHJ., 42 (Valparaíso, 2020), pp. 193 ss., con amplia bibliografía. Otro tanto puede decirse a propósito del comodato, igualmente según un texto paulino: D. 12,5,9pr. (Paul. 5 *ad Plaut.*): “*Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium, ut reciperem, dedissem, conditione me recte acturum responsum est: quamvis enim propter rem datum sit et causa secuta sit, tamen turpiter datum est*”. Cfr. PASTORI, Franco, *Il comodato in diritto romano* (Milano, Cisalpino, 1995), pp. 142 ss.; MILAZZO, Antonio, *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna* (Torino, Giappichelli, 2018), pp. 131 ss. Sobre la originaria tutela del *commodatum* a través de la *condictio* véase CERAMI, Pietro, *Il comodato*,

El presente artículo aborda, precisamente, otro testimonio de *condictio sine datione* no furtiva conservado en el Digesto, consistente en el otorgamiento de esta acción al deudor pignoraticio en contra del acreedor que no restituye la cosa pignorada, a pesar de que ya se ha cumplido la obligación principal, o que percibe los frutos de la cosa sin estar autorizado para ello. Por consiguiente, nuestro plan de trabajo exige, en primer lugar, exponer la estructura negocial de la prenda en el derecho romano, con especial énfasis en su accionabilidad (I), para luego ofrecer una exégesis de D. 12,1,4,1, texto en el cual Ulpiano reconoce al deudor pignoraticio la facultad de ejercer la *condictio* contra el acreedor que se niega a restituir una vez satisfecho su crédito o que percibe injustificadamente los frutos de la cosa (II). Finalmente, se ofrecen conclusiones y perspectivas de investigación (III).

## I. ESTRUCTURA NEGOCIAL DE LA PRENDA EN EL DERECHO ROMANO

### 1. Aspectos generales

La prenda romana (*pignus*) admite ser considerada desde dos puntos de vista diversos, a saber, como derecho real limitado sobre cosa ajena (así llamados *iura in re aliena*, denominación que, en todo caso, no es clásica)<sup>15</sup> o como contrato<sup>16</sup>. Una exposición detallada de la prenda en cuanto derecho real excedería los márgenes de este trabajo<sup>17</sup>, por lo que nos concentraremos únicamente en su aspecto obligacional, vale decir, en su estructura negocial.

Las fuentes no ofrecen un panorama suficientemente claro sobre los orígenes de la prenda romana<sup>18</sup>; sin embargo, se puede asumir que esta figura tuvo en sus

---

en PARICIO, Javier (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), pp. 306 ss.

<sup>15</sup> Cfr. KASER, Max, *Studien zum römischen Pfandrecht* (Napoli, Jovene, 1982), pp. 22 ss. Para la historia dogmática de los así llamados *iura in re aliena* véase GIUFFRÈ, Vincenzo, *L'emersione dei 'iura in re aliena' ed il dogma del 'numero chiuso'* (Napoli, Jovene, 1992), pp. 113 ss. para el derecho romano; KASER, Max, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (Köln-Graz, Böhlau, 1956), pp. 302 ss. para el derecho romano arcaico. Pone en duda el carácter real de la *actio Serviana* del acreedor pignoraticio (y, por consiguiente, la naturaleza real de su derecho) LA PIRA, Giorgio, *La struttura classica della conventio pignoris*, en ALBERTARIO, Emilio (ed.), *Studi in memoria di Umberto Ratti* (Milano, Giuffrè, 1934), p. 233, sin haber logrado impacto en la doctrina.

<sup>16</sup> Cfr. D. 13,7,1,pr-1 (Ulp. 40 *ad Sab.*); D. 44,7,1,6 (Gai. 2 *aur.*); I. 3,14,2.

<sup>17</sup> Véase, por todos, la esquemática exposición general de KASER, Max, *Das Römische Privatrecht*<sup>2</sup> (München, C.H. Beck, 1971), I, pp. 457 ss.; entre nosotros, GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*<sup>2</sup> (Santiago, Thomson Reuters, 2013), I, pp. 717 ss.

<sup>18</sup> Para el desarrollo histórico de la prenda, tanto en su dimensión contractual como de derecho real, véase, por ejemplo, MANIGK, Alfred, *Pignus*, en *RE.*, 20 (Stuttgart, 1941), pp. 1239 ss.; KUNKEL, Wolfgang, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, en *ZSS.*, 90 (Weimar, 1973), pp. 150 ss.; BISCARDI, Arnaldo, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1976), pp. 137 ss.; BURDESE, Alberto, *Pegno (diritto romano)*, en *ED.*, 32 (Milano, 1982), pp. 662 ss.; KASER, Max, *Studien*, cit. (n. 15), pp. 1 ss.; DE CHURRUCA, Juan, *Pignus*, en PARICIO, Javier (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), pp. 333 ss.; SCHANBACHER, Dietmar, *Zu Ursprung und Entwicklung des römischen Pfandrechts*, en *ZSS.*, 123 (Graz, 2006),

inicios un fundamento público-sacral, como se deduce de las escuetas explicaciones de Gayo a propósito de la arcaica *pignoris capio*<sup>19</sup>. Es muy probable que la forma más antigua de *pignus* se haya restringido a aquella que supone la entrega de la cosa, y que solo en épocas posteriores haya evolucionado hacia formas más estilizadas que admitían la mera sujeción de la *res* a un poder jurídico del acreedor<sup>20</sup>, sin que esta le fuera entregada materialmente<sup>21</sup>. En otros términos: la prenda romana habría evolucionado desde la exclusividad del *pignus datum* hacia la posibilidad de un *pignus obligatum* (*conventum*), como de hecho parece desprenderse de las siguientes palabras de Ulpiano: *pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est*<sup>22</sup>. Aquí, el jurista tardoclásico afirma que la prenda se constituye no solo por medio de la entrega (*non sola traditione*), sino que también (*sed etiam*) por el mero acuerdo de voluntad (*nuda conventione*), aunque la cosa no sea entregada, todo lo cual puede interpretarse como testimonio de una primacía temporal y fáctica de la *datio pignoris*<sup>23</sup> respecto de la *conventio pignoris* o *pignus conventum*.

En efecto, como enseña el propio Ulpiano, se llama prenda en sentido estricto aquello que se entrega al acreedor; en cambio, hablamos de hipoteca (denominación de origen griego para la *conventio pignoris*) cuando no opera un traspaso de

---

pp. 49 ss.; BRAUCKMANN, Michael, *Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft* (Göttingen, Wallstein, 2008), pp. 21 ss.; VERHAGEN, Rick, *The evolution of pignus in classical Roman law, ius honorarium and ius novum*, en *TR.*, 81 (Leiden, 2013), pp. 51 ss.; FUENTESECA, Margarita, *Pignus e hypoteca en su evolución histórica* (Santiago de Compostela, Andavira, 2013), *passim*. Ya encontramos la expresión *pignus* en FEST., *de verb. sign.* 213. La supuesta derivación etimológica de *pignus* (puño), según se indica en D. 50,16,238,2 (Gai. 6 *ad XII tab.*), ha sido ampliamente desmentida. Los más antiguos formularios de contrato de prenda nos han sido transmitidos en *de agri cultura* de Catón: CAT., *de agr. cult.* 146,5; 149,7; 150,6-7. *Cfr.* SARGENTI, Manlio, *Il 'de agri cultura' di Catone e le origini dell'ipoteca romana*, en *SDHI.*, 22 (Città del Vaticano, 1956), pp. 158 ss.; FREZZA, Paolo, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano* (Padova, Cedam, 1963), II (*garanzie reali*), pp. 84 ss., 169 ss.; SCHANBACHER, Dietmar, *Verpfändungspraxis und Pfandrecht*, en ERNST, Wolfgang; JAKAB, Eva (eds.), *Usus antiquus juris romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung* (Heidelberg, Springer, 2005), pp. 191 ss.

<sup>19</sup> Gai. 4,26-29. *Cfr.* ALBANESE, Bernardo, *Il processo privato*, cit. (n. 4), pp. 52 ss.; KASER, Max; HACKL, Karl, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit. (n. 4), pp. 146 ss.

<sup>20</sup> En el fondo, se trata de que la cosa pignorada queda a disposición del acreedor, aunque sin estar en los hechos en su poder. *Cfr.* D. 20,4,12pr. (Marc. *ls. form. hyp.*). Un detallado análisis de la prenda sin desplazamiento o hipoteca en el derecho romano en KRÄMER, Gerd, *Das besitzlose Pfandrecht. Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat* (Köln-Weimar-Wien, Bohlau, 2007), esp. pp. 143 ss., con exégesis de las fuentes principales y amplia bibliografía. Véase también DE IULIIS, Federica, *Studi sul pignus conventum. Le origini. L'interdictum Salvianum* (Torino, Giappichelli, 2017), *passim*, aunque centrada principalmente en la protección interdictal.

<sup>21</sup> *Cfr.* D. 13,7,1pr. (Ulp. 40 *ad Sab.*); D. 20,1,4 (Gai. *ls. form. hyp.*).

<sup>22</sup> D. 13,7,1pr. (Ulp. 40 *ad Sab.*).

<sup>23</sup> Ciertamente, se emplea aquí el vocablo *datio* en sentido lato, es decir, como entrega (*traditio possessionis*), no en su sentido técnico de transferencia del dominio (*cf. supra*, n. 2). Así aparece utilizado, por ejemplo, en D. 6,2,9,1 (Ulp. 16 *ad ed.*); D. 13,7,1,1 (Ulp. 40 *ad Sab.*); D. 13,7,2 (Pomp. 6 *ad Sab.*); D. 13,7,6 (Pomp. 35 *ad Sab.*); D. 13,7,31 (Afr. 8 *quaest.*); D. 34,3,8,7 (Pomp. 6 *ad Sab.*).

la posesión: *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem*<sup>24</sup>. Luego, el jurista estructura las relaciones pignoraticias sobre la base de si opera o no un desplazamiento posesorio. Así, por una parte, hablamos de la prenda con desplazamiento posesorio de la *res* desde el deudor al acreedor<sup>25</sup> (específicamente, de la *possessio ad interdicta*<sup>26</sup>, una especie calificada de *possessio pro alieno*<sup>27</sup>, aunque en el interés del propio acreedor, *suo iure*<sup>28</sup>, lo que lo autoriza a retener<sup>29</sup>), que sería la prenda propiamente tal (*proprie pignus dicimus*), y por otra parte, de la prenda sin desplazamiento (*hypotheca*)<sup>30</sup>, que no supone la entrega de la *res* al acreedor, ya que basta para su constitución el consentimiento de las partes (*conventio pignoris*)<sup>31</sup>, contexto en el que puede decirse (metafóricamente) que es la misma cosa la que se obliga (*res obligata*)<sup>32</sup>.

<sup>24</sup> D. 13,7,9,2 (Ulp. 28 *ad ed.*). Sin embargo, en opinión de Marciano, prenda e hipoteca se distinguirían únicamente en el nombre: D. 20,1,5,1 (Marci. *l.s. form. hyp.*): “*Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*”.

<sup>25</sup> D. 13,7,35,1 (Flor. 8 *inst.*): “*Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transferi ad creditorem*”. Extrañamente, en D. 13,7,40,2 (Pap. 3 *resp.*) se alude a una *corporalis possessio*, probablemente con la finalidad de distinguir entre el *pignus datum* y el *pignus obligatum*.

<sup>26</sup> *Cfr.* D. 41,3,16 (Iav. 4 *ad Plaut.*); D. 41,2,1,15 (Paul. 54 *ad ed.*). Para la protección interdictal del acreedor pignoraticio véase FREZZA, Paolo, *Le garanzie*, cit. (n. 18), pp. 197 ss.; ALBANESE, Bernardo, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano* (Palermo, Palumbo, 1985), pp. 83 ss.; LA ROSA, Franca, *La protezione interdittale del pignus e l'actio Serviana*, en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* (Milano, Giuffrè, 1987), VII, pp. 281 ss.; DE IULIIS, Federica, *Studi*, cit. (n. 20), pp. 157 ss. para el interdicto Salviano. Por su parte, el deudor pignoraticio conserva la propiedad o, en su caso, la *possessio ad usucapionem* de la *res*. En este sentido, D. 41,3,16 (Iav. 4 *ad Plaut.*): “[...] *qui pignori dedit ad usucapionem tantum possidet* [...]”. Si el deudor adquiere la propiedad después de constituida la prenda, se concede al acreedor una *actio utilis*, según el testimonio de D. 20,1,1pr. (Pap. 11 *resp.*).

<sup>27</sup> D. 41,3,13pr. (Paul. 5 *ad Plaut.*): “*Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus*”. En términos similares, D. 47,2,12,2 (Ulp. 29 *ad Sab.*).

<sup>28</sup> D. 42,8,13 (Paul. 68 *ad ed.*).

<sup>29</sup> D. 13,7,37 (Paul. 5 *ad Plaut.*). Lo anterior, al punto que el acreedor puede ejercer la *actio furti* contra el deudor que recupera la cosa por mano propia: D. 47,2,19,5 (Ulp. 40 *ad Sab.*): “*Qui rem pignori dat eamque subripit, furti actione tenetur*”. *Cfr.* Gai. 3,200 (= I. 4,1,10). Se trata del denominado *furtum rei suae, furtum possessionis*. En este sentido, D. 47,2,1,3 (Paul. 39 *ad ed.*). Por su parte, igualmente podía cometer hurto el acreedor que enajenaba la cosa pignorada sin la autorización de su deudor y antes del vencimiento de la obligación principal, caso en el cual se hablaba de *furtum pignoris*. *Cfr.* FREZZA, Paolo, *Le garanzie*, cit. (n. 18), pp. 48 ss.; KASER, Max, *Studien*, cit. (n. 15), pp. 233 ss.

<sup>30</sup> El uso más antiguo del término *hypotheca* en las fuentes jurídicas romanas de que disponemos se remonta a Salvio Juliano, en D. 41,3,33,4 (Iul. 44 *dig.*).

<sup>31</sup> D. 20,1,4 (Gai. *l.s. form. hyp.*): “*Contrahitur hypotheca per pactum conventum* [...]”. *Cfr.* D. 22,4,4 (Gai. *l.s. form. hyp.*). Del carácter consensual de la hipoteca se desprende que pueda contrarse entre ausentes (*inter absentes*). *Cfr.* D. 20,1,23,1 (Mod. 3 *reg.*). Véase también Gai. 3,136, con relación a la posibilidad de constituir *obligationes consensu contractae* entre ausentes; una aplicación práctica en D. 20,1,34,1 (Scaev. 27 *dig.*), respecto de la función meramente probatoria de la documentación de una *conventio pignoris*. Por cierto, lo anterior no obsta a que también la *datio pignoris* exija el acuerdo de las partes en orden a destinar la *res* a garantizar el cumplimiento de la obligación principal. *Cfr.* en este sentido D. 13,7,1,1 (Ulp. 40 *ad Sab.*).

<sup>32</sup> En este sentido, véase por ejemplo D. 20,1,4 (Gai. *l.s. form. hyp.*); D. 20,1,10 (Ulp. 73 *ad ed.*); D. 20,1,32 (Scaev. 5 *resp.*); D. 20,4,5 (Ulp. 3 *disp.*); D. 20,4,9,3 (Afr. 8 *quaest.*); D.

De lo anterior resulta que la estructura negocial de la prenda en sentido estricto supone lo que suele denominarse como “momento real” (la entrega de la cosa: *traditio possessionis*), motivo por el cual es encuadrada por la doctrina romanística (siguiendo en esto demasiado de cerca la dogmática civil) dentro de la categoría de los contratos reales, sobre la base de una —a nuestro juicio— errónea lectura de un fragmento de las *res cottidianae*<sup>33</sup> en que, a primera vista, pareciera extenderse el campo semántico del *re contrahere* (limitado en el derecho romano clásico al *mutuum*)<sup>34</sup> al *commodatum*, el *depositum* y el *pignus*<sup>35</sup>, es decir, a todas las relaciones obligatorias que se contraen por medio de la entrega de una cosa, implique ésta, o no, la transferencia del dominio<sup>36</sup>.

---

20,4,11,2 (Gai. *l.s. form. hyp.*); D. 20,4,20 (Tryph. 8 *disp.*); D. 22,4,4 (Gai. *l.s. form. hyp.*); D. 39,2,44,1 (Afr. 9 *quaest.*); D. 49,14,28 (Ulp. 3 *disp.*); PS 3,6,8. En detalle sobre esta cuestión BISCARDI, Arnaldo, *Appunti*, cit. (n. 18), pp. 15 ss. y, especialmente, EL MISMO, *La dottrina romana dell'obligatio rei* (Milano, Giuffrè, 1991), pp. 73 ss., con exégesis de las fuentes principales y amplia bibliografía.

<sup>33</sup> D. 44,7,1,3-6 (Gai. 2 *aur.*): 3. “*Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur [...]*”. 5. “*Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur [...]*”. 6. “*Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur [...]*”.

<sup>34</sup> En este sentido, desde la perspectiva del autor, WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta*, cit. (n. 2), pp. 115 ss.; EL MISMO, *Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo*, en *REHJ.*, 40 (Valparaíso, 2018), pp. 97 ss.

<sup>35</sup> Una exégesis detallada de la fuente, desde el punto de vista del autor, en WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta*, cit. (n. 2), pp. 218 ss.; EL MISMO, *Causae credendi y obligatio re contracta en las res cottidianae*, en *REHJ.*, 41 (Valparaíso, 2019), pp. 87 ss. En el mejor de los casos, podría llegar a afirmarse que en D. 44,7,1,3-6 se aprecia un uso atécnico, impreciso y extremadamente débil de la noción de *re obligari*, pero en ningún caso una extensión del *re contrahere* más allá del mutuo. Así WUBBE, Felix, *I contratti reali alla fine della repubblica*, en MILAZZO, Francesco (ed.), *Contractus et pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990), p. 119: “*La responsabilità introdotta con le nuove acciones in factum conceptae abiturè i giuristi all'idea che il detentore, siccome sarà debitore ove non restituiscia la cosa, ha l'obbligazione contrattuale di restituire. Si tratta di una specie di riflesso [...]. Così depositario, comodatario e creditore pignoratizio potrebbero, a partire del momento in cui ricevono la cosa, essere considerati debitori, obbligati re in un senso debolissimo di tale espressione*”. Cfr. EL MISMO, *Gaius et les contrats réels*, en *TR.*, 35 (Leiden, 1967), pp. 500 ss.

<sup>36</sup> Conviene aquí tener presente la acertada crítica de PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup> (Roma, Athenaeum, 1928), II, p. 32 n. 1: “*La frase: contratto che si fa colla cosa (re) non significa infatti nulla; ed è enorme in ogni caso riassumere in un'unica categoria per il modo di perfezionamento contratti che si perfezionano colla trasmissione del dominio e contratti che si perfezionano dando una cosa, di cui il dante conserva la proprietà e il possesso o sempre o agli effetti almeno dell'usucapione come nel pegno*”. Por lo mismo, incluso autores que atribuyen a la jurisprudencia clásica la creación de la categoría de los contratos reales tal y como la conocemos actualmente, esto es, compuesta por mutuo, comodato, depósito y prenda, quedan perplejos ante la abrumadora heterogeneidad de los supuestos componentes de dicha categoría. Así SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law* (Oxford, Clarendon Press, 1951), p. 469, se ve en la necesidad de reconocer que al margen del hecho que todas estas relaciones contractuales encuentran su fundamento en la entrega de una cosa, “[...] otherwise the contracts assembled in this group have nothing in common”. En términos similares QUADRATO, Renato, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Ommissioni e rinvii* (Napoli, Jovene, 1979), p. 78, se preguntaba por “*le ragioni di presenze così eterogenee in una stessa categoria*”. A mayor abundamiento, la idea misma de centrar el análisis de las *obligationes contractae* en un supuesto “modo de perfeccionamiento” constituye un anacronismo que no se

El acreedor a quien se entrega la cosa (*datio pignoris*) es responsable de su cuidado según el criterio de la *culpa*<sup>37</sup>, y su modelo para ello es un *diligens pater familias*<sup>38</sup>. De ahí que deba responder por los daños que sufra la cosa pignorada como consecuencia de su negligencia, así como que también incurra en *furtum usus* si utiliza la cosa contra la voluntad del deudor<sup>39</sup>.

La constitución del derecho de prenda supone que se haya contraído válidamente la obligación cuyo cumplimiento se busca caucionar; por lo mismo, la extinción de la obligación asegurada implica la extinción de la garantía, lo que significa que el derecho de prenda es de naturaleza accesorio<sup>40</sup>. Luego, cumplida que sea la obligación principal, el acreedor se encuentra en la necesidad de restituir la cosa pignorada, puesto que deja de tener una *causa retinendi*<sup>41</sup>; si no lo hace espontáneamente, el deudor dispone de la *actio pigneraticia directa* para exigirlo<sup>42</sup>, aunque en realidad el acreedor no pueda ser compelido por el juez a restituir la *res ipsa*, sino únicamente el *quanti ea res erit*, en virtud del carácter estrictamente pecuniario de la condena en el marco del procedimiento formulario<sup>43</sup>.

---

condice con el testimonio de las fuentes. Plantea la cuestión correctamente BRASIELLO, Ugo, *In tema di categorie contrattuali*, en *SDHI.*, 10 (Cittá del Vaticano, 1944), pp. 103 s. “*Il fondare infatti la partizione sull’elemento perfezionatore, come apparirà anche in questo studio, non può essere frutto che di uno sforzo che i giuristi classici non avrebbero motivo di fare, mentre si impone —e, come vedremo, nemmeno sempre— ai compilatori, i quali, pure considerando tutti i contratti come consensuali, volevano ancora inquadrarli negli schemi classici*”.

<sup>37</sup> Cfr. D. 13,6,5,2 (Ulp. 28 ad ed.); D. 13,7,30 (Paul. 5 epit. Alf. dig.); D. 20,1,2 (Pap. 3 resp.); D. 20,1,27 (Marcell. 5 dig.); I. 3,14,4.

<sup>38</sup> D. 13,7,14 (Paul. 29 ad ed.): “*Ea igitur, quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur*”. Si el acreedor incurre en gastos de conservación de la cosa, puede hacer valer un (así llamado) *ius retentionis* contra el deudor. En este sentido, por ejemplo, D. 13,7,8pr. (Pomp. 35 ad Sab.). En detalle sobre la *retentio* del acreedor pignoraticio BÜRGE, Alfons, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (Zürich, Schulthess, 1979), pp. 148 ss. (en el contexto de la *actio Serviana*), 172 ss. (en el marco del ejercicio de la *actio pigneraticia contraria*).

<sup>39</sup> En términos explícitos Gayo, en D. 47,2,55pr. (Gai. 13 ad ed. prov.): “*Si pignore creditor utatur, furti tenetur*”. También incurre el acreedor en *furtum usus* si percibe los frutos de la cosa pignorada con intención delictiva (es decir, sin que baste el mero hecho de la percepción), a menos que las partes hayan acordado la *anticresis*. Cfr. recientemente PERANI, Renato, *Creditor fructus percepit. Sul pegno con patto anticretico*, en *TR.*, 90 (Leiden, 2022), pp. 31 ss.

<sup>40</sup> Así claramente en D. 46,3,43 (Ulp. 2 reg.); C. 8,32,1 (Sev. et Ant., a. 197). Cfr. D. 16,1,13,1 (Gai. 9 ad ed. prov.); D. 20,1,13,4-5 (Marci. *Ls. form. hyp.*); D. 36,1,61pr. (Paul. 4 quaest.); D. 44,2,30,1 (Paul. 14 quaest.). En general sobre la accesoriedad de la prenda, CARRELLI, Edoardo, *Sulla accessorietà del pegno nel diritto romano* (Napoli, Jovene, 1980), pp. 3 ss.; FREZZA, Paolo, *Le garanzie*, cit. (n. 18), pp. 99 ss.; RATTI, Umberto, *Sull’accessorietà del pegno e sul ius vendendi del creditore pignoraticio* (Napoli, Jovene, 1985), pp. 27 ss.; SCHANBACHER, Dietmar, *Forderung und Pfand – Die Anfänge der Akzessorietät beim römischen Pfandrecht*, en HARKE, Jan Dirk (ed.), *Drittbeteiligung am Schuldverhältnis* (Heidelberg, Springer, 2010), pp. 141 ss.; últimamente MARINO, Salvatore, *Sull’accessorietà del pegno per la giurisprudenza romana* (Napoli, Jovene, 2018), *passim*. Un amplio estudio sobre el carácter accesorio de las garantías en perspectiva histórico-dogmática en HEINEMEYER, Susanne, *Der Grundsatz der Akzessorietät bei Kreditsicherungsrechten* (Berlin, Duncker & Humblot, 2017), pp. 35 ss. para el derecho romano.

<sup>41</sup> Cfr. D. 13,7,9,3-5 (Ulp. 28 ad Sab.).

<sup>42</sup> Sobre esta acción, véase *infra*, I.2.

<sup>43</sup> Así se lee en Gai. 4,48: “*Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad*

En consecuencia, la obligación restitutoria del acreedor pignoraticio está sujeta a la condición de que su crédito sea satisfecho en tiempo y forma, lo que en todo caso no significa que el simple hecho del incumplimiento por parte del deudor implique que el acreedor adquiere el dominio de la *res*: para ello se requería un acuerdo expreso entre las partes<sup>44</sup>, figura que en las fuentes aparece con el nombre de *lex commissoria*<sup>45</sup> y que perduró en la experiencia jurídica romana hasta su prohibición por el emperador Constantino<sup>46</sup>, situación que perdura hasta hoy en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de tradición romanística<sup>47</sup>. Por regla general, el incumplimiento del deudor daba lugar a la facultad del acreedor de vender la cosa pignorada, a fin de satisfacer su interés con el precio de la venta (*ius vendendi* o *distrabendi*)<sup>48</sup>, con cargo a restituir el exceso (*superfluum* o *hyperocha*)<sup>49</sup>.

De lo anterior se desprende que, a diferencia de lo que ocurre con el mutuario, el comodatario o el depositario, no siempre será exigible la obligación restitutoria del acreedor pignoraticio, sino únicamente ante la eventualidad (hecho esperable, pero que no siempre se verifica) de que el deudor satisfaga la acreencia, circunstancia esta que ha llevado a que defensores del origen clásico de la categoría de los

---

*pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. itaque et si corpus aliquod petamus, uelut fundum, hominem, uestem, aurum, argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat*".

<sup>44</sup> Al respecto, véase por todos BURDESE, Alberto, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus* (Torino, Giappichelli, 1949), pp. 95 ss., 110 ss. Cfr. (en crítica a la teoría de Max Kaser sobre un originario *Verfallpfand* en el derecho romano) WACKE, Andreas, *Max Kaser Lehren zum Ursprung und Wesen des römischen Pfandrechts*, en ZSS., 115 (Graz, 1998), pp. 169 ss.

<sup>45</sup> Cfr. 20,1,16,9 (Marc. *l.s. form. hyp.*). Véase por todos BURDESE, Alberto, *Lex commissoria*, cit. (n. 44), pp. 110 ss.; BISCARDI, Arnaldo, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, en *Studi in onore di Emilio Betti* (Milano, Giuffrè, 1962), II, pp. 575 ss.

<sup>46</sup> C. 8,34,3 = CTh. 3,2,1: "*Quoniam inter alias captiones praecipuae commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt*".

<sup>47</sup> En el caso de Chile, la prohibición está contenida (en términos aparentemente absolutos) en el art. 2397 del Código Civil: "*El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios. Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados*". Cfr. art. 2424 del Código Civil, que extiende la misma prohibición a la hipoteca.

<sup>48</sup> Véase por ejemplo Gai. 2,64; D. 10,2,25,14 (Paul. 23 *ad ed.*); D. 13,7,8,1 (Pomp. 35 *ad Sab.*); D. 13,7,34 (Marc. *l.s. form. hyp.*); D. 20,1,26,2 (Mod. 4 *resp.*); D. 20,3,3 (Paul. 3 *quaest.*); D. 20,4,3,2 (Pap. 11 *resp.*); D. 20,4,12,5 (Marc. *l.s. form. hyp.*); D. 20,4,21,1 (Scaev. 27 *dig.*). Al respecto, véase últimamente PERANI, Renato, *Pignus distrabere. La vendita del pegno da parte del creditore pignoratizio* (Milano, Giuffrè, 2021), con exégesis de las fuentes principales y amplia bibliografía.

<sup>49</sup> Cfr. D. 13,7,6,1 (Pomp. 35 *ad Sab.*); D. 13,7,24,2 (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 13,7,42 (Pap. 3 *resp.*); D. 20,1,15,2 (Gai. *l.s. form. hyp.*); D. 46,3,96,3 (Pap. 11 *resp.*). El vocablo *hyperocha* se encuentra en un único texto del Digesto, a saber, D. 20,4,20 (Tryph. 8 *disp.*). Véase al respecto MANIGK, Afred, *Hyperocha*, en RE., 9 (Stuttgart, 1916), pp. 291 ss.

contratos reales le nieguen este carácter a la prenda<sup>50</sup>. A este respecto, cabe añadir que, a finales de la época clásica, se autorizó al acreedor a retener la prenda incluso después de que el deudor haya cumplido su obligación, si existen todavía otras obligaciones no garantizadas entre las mismas partes, por medio del instrumento pretorio de la *exceptio doli*, configurándose el así llamado *pignus Gordianum*<sup>51</sup>.

## 2. Accionabilidad de la prenda

El interés del deudor pignoraticio contaba en el derecho romano clásico fundamentalmente con protección pretoria, por medio de la concesión de una *actio pigneraticia in factum concepta*<sup>52</sup>. Los presupuestos de la condena del acreedor pignoraticio eran que se tratara de una *datio pignoris* (en caso de una *conventio pignoris* o *hypotheca* no hay nada que restituir), el cumplimiento de la obligación principal y que no se verificara la restitución de la *res* por parte del acreedor, es decir, que este incurriera en *mora accipiendi*<sup>53</sup>.

Consecuentemente al presupuesto de la no restitución (*non reddere*), la condena estaba limitada al simple valor de la cosa pignorada (*quanti ea res erit*), lo que hace de la *actio pigneraticia* una acción estrictamente restitutoria<sup>54</sup> (o, si recurrimos a la nomenclatura bizantina, una acción de estricto derecho)<sup>55</sup> que, en cuanto tal, estaba incluida en el *edictum de rebus creditis* y, por consiguiente, permite calificar la prenda como *causa credendi* en el sentido edictal del término<sup>56</sup>. De hecho, si fuera posible encontrar alguna afinidad entre el mutuo, el comodato y la prenda (no así con el depósito, excluido del *credere* edictal, al menos según el testimo-

<sup>50</sup> Es el caso de MASCHI, Carlo Alberto, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1973), esp. pp. 74 ss. Cfr. EL MISMO, *Tutela, fedecommissi, contratti reali (Omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)*, en *Studi in onore di Edoardo Volterra* (Milano, Giuffrè, 1971), IV, pp. 690 ss.

<sup>51</sup> C. 8,26,1pr.-3 (Gord., a. 239). Al respecto, véase especialmente NARDI, Enzo, *Ritenzione e pegno gordiano* (Milano, Giuffrè, 1939), pp. 53 ss.; SCHANBACHER, Dietmar, *Beobachtungen zum sog. 'pignus Gordianum'*, en ZSS., 114 (Graz, 1997), pp. 240 ss.; BUENO DELGADO, Juan Antonio, *Pignus Gordianum* (Madrid, Dykinson, 2004), pp. 17 ss.

<sup>52</sup> Para la reconstrucción de la fórmula, véase LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup> (Leipzig, Tauchnitz, 1927), p. 254 ss.; MANTOVANI, Dario, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup> (Padova, Cedam, 1999), pp. 67 s.

<sup>53</sup> Cfr. LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, cit. (n. 52), pp. 254 ss.; FREZZA, Paolo, *Le garanzie*, cit. (n. 18), p. 320; BURDESE, Alberto, *Pegno*, cit. (n. 18), p. 673.

<sup>54</sup> Cfr. Kaser, Max, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht* (München, C.H. Beck, 1935), pp. 78 ss.; EL MISMO, *Studien*, cit. (n. 15), p. 61, 93 ss.

<sup>55</sup> I. 4,6,28: "*Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris [...]*".

<sup>56</sup> D. 12,1,1,1 (Ulp. 26 ad ed.): "[...] nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. Nam cui-cumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. rei quoque verbum ut generale praetor elegit". Una exégesis detallada del fragmento en ALBANESE, Bernardo, *Per la storia del creditum*, en AUPA., 32 (Palermo, 1971), pp. 5 ss. Véase también VARVARO, Mario, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili* (Torino, Giappichelli, 2008), pp. 104 ss.; SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 6), pp. 417 ss.; SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 6), pp. 377 ss.

nio de Ulpiano)<sup>57</sup>, ésta radicaría no en el modo de “perfeccionar el contrato” (nomenclatura del todo ajena a los clásicos)<sup>58</sup>, sino que en su accionabilidad, en cuanto las *actiones commodati* y *pigneraticia in factum conceptae* fueron construidas muy probablemente siguiendo el modelo de la *condictio* del mutuante, al punto que destacados autores de la romanística alemana han acuñado a este respecto el acertado concepto de *kondiktionenartige Klagen*<sup>59</sup>.

En ocasiones, esta acción es denominada por los juristas romanos como “directa” (*actio pigneraticia directa*) con el objeto de distinguirla de la así llamada *actio pigneraticia contraria*, igualmente honoraria (*in factum concepta*) y destinada a hacer valer las eventuales pretensiones compensatorias del acreedor pignoraticio que, por haber incurrido en costos de conservación de la cosa o por daños que esta le haya provocado, estaba autorizado (*iure pretorio*) a exigir el resarcimiento<sup>60</sup>.

Si el deudor no entrega la cosa al acreedor, sino que acuerda con él, *ut res pignori ei sit*, es decir, si se trata de una *conventio pignoris* o *hypotheca*, el pretor pone a disposición del acreedor, ante la falta de cumplimiento en tiempo y forma de la obligación principal, una *actio Serviana* con la cual puede hacer valer su derecho de garantía *erga omnes*<sup>61</sup>. Esta acción muestra cierta equivalencia funcional con

<sup>57</sup> Lo anterior resulta no solo de la omisión del *depositum* en el catálogo de *causae credendi* contenido en D. 12,1,1,1 (Ulp. 26 *ad ed.*), sino que también de la explícita distinción entre *credere* y *deponere* que se desprende de otro fragmento ulpiano, a saber, de D. 42,5,24,2 (Ulp. 63 *ad ed.*): “*In bonis mensularii vendundis post privilegia potiorum eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt a ceteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia*”. En detalle al respecto, desde la perspectiva del autor, WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Aliud est enim credere, aliud deponere. Sobre la relación entre causas crediticias y depósito en el pensamiento de Ulpiano*, en REHJ., 43 (2021), pp. 135 ss.

<sup>58</sup> Lo cual, en todo caso, no implica la formación en torno a las *causae credendi* (noción estrictamente edictal) de una suerte de categoría contractual que coincidiría con la moderna noción de contrato real. En este sentido ya ALBANESE, Bernardo, *Per la storia*, cit. (n. 56), p. 33 (n. 13): “*Alla base di tutte le difficoltà sta chiaramente la convinzione, a nostro avviso infondata, di una coincidenza, o comunque di una stretta relazione, tra il credere edittale e la formazione della categoria dei c.d. contratti reali comprensiva del mutuo, commodato, deposito e pegno*”. Cfr. desde el punto de vista del autor, WEGMANN, Adolfo, *Obligatio re contracta*, cit. (n. 2), pp. 218 ss.; EL MISMO, *Causae credendi*, cit. (n. 35), pp. 87 ss.

<sup>59</sup> Cfr. PERNICE, Alfred, *Labeo. Römische Recht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* (Halle, 1873, reimp. Aalen, Scientia, 1963), I, pp. 429 ss.; KASER, Max, *Quanti ea res est*, cit. (n. 54), pp. 78 ss. para la prenda.

<sup>60</sup> Véase por ejemplo D. 13,7,1,2 (Ulp. 40 *ad Sab.*); D. 13,7,3 (Pomp. 18 *ad Sab.*); D. 13,7,8pr. (Pomp. 35 *ad Sab.*); D. 13,7,9pr. (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 13,7,24pr. (Ulp. 30 *ad ed.*). El más amplio y reciente estudio sobre esta temática corresponde a SCIANDRELLO, Enrico, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'* (Napoli, Jovene, 2017), pp. 122 ss. para la prenda. Véase también PROVERA, Giuseppe, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria* (Torino, Giappichelli, 1951), pp. 94 ss.; SCHWARZ, Fritz, *Die Konträrklagen*, en ZSS., 71 (Weimar, 1954), pp. 129 ss., 135 ss. para la prenda.

<sup>61</sup> Cfr. FREZZA, Paolo, *Le garanzie*, cit. (n. 18), pp. 327 ss.; KASER, Max, *Studien*, cit. (n. 15), pp. 133 ss.; KRÄMER, Gerd, *Das besitzlose Pfandrecht*, cit. (n. 20), pp. 38 ss.; FUENTESECA, Margarita, *Pignus e hypotheca*, cit. (n. 18), pp. 44 ss. Para la reconstrucción de la fórmula, véase LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, cit. (n. 52), pp. 493 ss.; MANTOVANI, Dario, *Le formule*,

la *actio Publiciana*<sup>62</sup> y, por tanto, también con la *rei vindicatio*, por lo que no resulta extraño que algunas fuentes se refieran a ella como *vindicatio pignoris*<sup>63</sup>.

En cambio, es incierto y más bien improbable que el deudor pignoraticio haya gozado de la posibilidad de ejercer una *actio pigneraticia in ius ex fide bona* para hacer valer su pretensión contra el acreedor, al menos en época clásica<sup>64</sup>: el catálogo gayano de acciones de buena fe no la nombra<sup>65</sup>, y tampoco se encuentran rastros de ella en el edicto del pretor urbano<sup>66</sup>. Quizá surgió esta acción a caballo entre la época clásica y la postclásica<sup>67</sup>, ya que, en todo caso, es mencionada en las Instituciones de Justiniano<sup>68</sup>.

Es en este orden de cosas donde se presenta el problema consistente en la posibilidad, atestiguada en un único fragmento del Digesto, de que el deudor pignoraticio pueda ejercitar en época clásica, además de la *actio pigneraticia in factum (directa)*, la *condictio* contra el acreedor que no restituye la cosa a pesar de que el primero ha satisfecho su crédito, o que percibe los frutos que esta produce sin causa que lo justifique; cuestión que si bien no atenta, sino que más bien confirma la posición de esta relación obligatoria en el edicto pretorio, sí choca contra la doctrina mayoritaria, esbozada en la introducción de este trabajo, según la cual el único supuesto de *condicere sine datione* que conoció el derecho romano clásico fue aquel derivado de hurto (*ex causa furtiva*); tesis que intentaremos rebatir, según se expone a continuación.

---

cit. (n. 52), p. 47. Contra el carácter *erga omnes* de esta acción LA PIRA, Giorgio, *La struttura classica*, cit. (n. 15), p. 233.

<sup>62</sup> De hecho, es muy probable que la *actio Serviana* se haya encontrado en la misma sección edictal que la *actio Publiciana*. Así parece desprenderse de D. 20,1,3pr. (Pap. 20 *quaest.*); D. 20,1,18 (Paul. 19 *ad ed.*); 20,1,21,1 (Ulp. 73 *ad ed.*). Cfr. PICHONNAZ, Pascal; WUBBE, Felix, *L'actio Servienne dans l'édit du pretor*, en *Mélanges à la mémoire de André Magdelain. Droit, histoire et religion de Rome* (Paris, LGDJ, 1998), pp. 374 ss.

<sup>63</sup> Cfr. D. 13,7,43pr. (Scaev. 5 *dig.*); D. 20,1,16,3 (Marc. *l.s. form. hyp.*); D. 20,4,12pr. (Marc. *l.s. form. hyp.*).

<sup>64</sup> Sobre esta cuestión, véase FREZZA, Paolo, *Le garanzie*, cit. (n. 18), pp. 318 ss.; KASER, Max, *Studien*, cit. (n. 15), pp. 78 ss.; ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press, 1996), p. 222 ss.

<sup>65</sup> Gai. 4,62: "*Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae*".

<sup>66</sup> Cfr. LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, cit. (n. 52), p. 254 ss.

<sup>67</sup> En este sentido, TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1990), p. 552. En opinión de SEGRE, Gino, *Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno, Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento* (Napoli, Luigi Pierrò Editore, 1906), VI, pp. 333 ss., C. 4,24,6 (Sev. Alex., a. 225) representaría el único indicio de una *actio in ius ex fide bona* para la prenda, fuera del texto de las Instituciones de Justiniano. Por su parte, BIONDI, Biondo, *Iudicia bonae fidei*, en *AUPA*, 7 (Palermo, 1918), pp. 233 ss., se inclina por un origen justinianeo y, por tanto, bizantino, de la *actio pigneraticia ex fide bona*.

<sup>68</sup> I. 4,6,28: "*Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, bonae fidei sunt haec: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio [...]*".

II. LA *CONDICTIO* DEL DEUDOR PIGNORATICIO

El primer título del décimo segundo libro del Digesto, dedicado al *edictum de rebus creditis* (título edictal XVII según la reconstrucción de Lenel)<sup>69</sup> y, por tanto, a la *condictio* (la rúbrica reza *de rebus creditis si certum petetur et de condictione*), contiene un fragmento que, según su *inscriptio*, habría sido tomado por los compiladores del trigésimo cuarto libro del comentario de Ulpiano al derecho civil de Masurio Sabino, en el cual el jurista severiano afirma lo siguiente:

D. 12,1,4,1 (Ulp. 34 *ad Sab.*): “*Res pignori data pecunia soluta condici potest. et fructus ex iniusta causa percepti condicendi sunt: nam et si colonus post lustrum completum fructus perceperit, condici eos constat ita demum, si non ex voluntate domini percepti sunt: nam si ex voluntate, procul dubio cessat condictio*”.

El primer aspecto que debe ser tenido en cuenta en el análisis del fragmento consiste en que su *inscriptio* debe estar errada, toda vez que en el libro trigésimo cuarto de su comentario *ad Sabinum* Ulpiano se ocupaba del derecho dotal (*de iure dotium*), no de la prenda, ni tampoco de la *condictio*, como demuestra un análisis palinogénico de la obra<sup>70</sup>. De ahí que sea razonable conjeturar que la posición original del fragmento debió ser el libro cuadragésimo cuarto *ad Sabinum* (lo que reduciría el problema a un error de transcripción del copista), puesto que es allí donde Ulpiano trató la *condictio*<sup>71</sup>, lo que debió representar la ocasión ideal para referirse a la posibilidad de que el deudor pignoraticio ejerciera esta acción contra su acreedor.

El segundo aspecto, dogmáticamente más complejo, y que es aquel en el que centraremos nuestra exégesis, se refiere a que, como adelantamos en la introducción, la doctrina mayoritaria sostiene que la *datio rei* en sentido restringido, esto es, la transferencia del dominio, representa el supuesto general de ejercitabilidad de la *condictio*<sup>72</sup>, por aplicación de la regla *neminem rem suam nisi furi condicere posse*<sup>73</sup>, según el testimonio que el propio Ulpiano ofrece, precisamente, en su comentario *ad Sabinum*, en el marco del tratamiento del usufructo<sup>74</sup>; todo lo cual, en una primera aproximación, pareciera excluir de plano la posibilidad de impetrar una *condictio possessionis* o *condictio sine datione* que no emane del delito de hurto. En

<sup>69</sup> LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum*, cit. (n. 52), pp. 231 ss.

<sup>70</sup> Cfr. LENEL, Otto, *Palinogenia Iuris Civilis* (Leipzig, ex officina Bernhardi Tauschnitz, 1889), II, c. 1148 ss. Recientemente, sobre el comentario ulpiano a Masurio Sabino, HARKE, Jan Dirk, *Libri ad edictum – libri ad Sabinum. Zu den sogenannten Kommentaren des Domitius Ulpianus* (Berlin, De Gruyter, 2022), pp. 89 ss. para el derecho dotal. VOGLI, Pasquale, *Conditiones e possesso*, cit. (n. 7), p. 24, no duda que este fragmento haya estado ubicado originalmente en el trigésimo cuarto libro *ad Sabinum*, en materia de dote, aunque reconoce que “*non si può stabilire in che relazione fosse col tema della condictio*”.

<sup>71</sup> Cfr. LENEL, Otto, *Palinogenia*, cit., (n. 70), c. 1177 ss. En su comentario *ad edictum*, en cambio, la *condictio* constituye el objeto de los libros vigésimo sexto a vigésimo octavo (en este último, también de la *actio pigneraticia in factum*).

<sup>72</sup> Véase la bibliografía citada *supra*, n. 6.

<sup>73</sup> D. 7,9,12 (Ulp. 18 *ad Sab.*) *in fine*. Cfr. D. 13,3,1,1 (Ulp. 27 *ad Sab.*), cuyo texto es citado *supra*, n. 8.

<sup>74</sup> LENEL, Otto, *Palinogenia*, cit., (n. 70), c. 1070 ss.

otros términos: el derecho romano clásico (y, en todo caso, Ulpiano) no habría conocido hipótesis de *condictio* del *dominus* fuera del caso excepcionalísimo de la *condictio ex causa furtiva*, la que, además, estaría motivada por razones que Gayo, tal vez ingenuamente, sintetiza en la idea de un *odio furum*<sup>75</sup>.

Así, para la mayoría de los autores habría dos soluciones posibles al problema del sentido y alcance de esta fuente: por una parte, la eventual referencia originaria a un caso de *fiducia*, idea que se remonta a Savigny y que encontró acogida sobre todo en la romanística de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX<sup>76</sup>, aunque hoy en día sea posible sostener que no se funda más que en una serie de prejuicios hiper-críticos propios de aquella época<sup>77</sup>; por otra parte, una implícita referencia al hurto, seguramente en la modalidad de *furtum usus*, idea que armoniza muy bien con la tesis mayoritaria sobre el carácter absolutamente excepcional del *ex causa furtiva condictere* en cuanto único supuesto de *condictio* sin *datio*. Por cierto, esta última tesis tiene la ventaja de no necesitar proponer enmiendas al texto original y, además, pareciera estar refrendada por el texto de D. 13,3,1,1 (Ulp. 27 *ad Sab.*), ya citado anteriormente, y especialmente por otro fragmento de Ulpiano en el que aparentemente se trataría de un supuesto idéntico al de nuestra fuente, donde el jurista afirma que procede el ejercicio de la *actio furti*: D. 47,2,52,7 (Ulp. 37 *ad ed.*): “*Eum creditorem, qui post solutam pecuniam pignus non reddat, teneri furti Mela ait, si celandi animo retineat: quod verum esse arbitror*”.

Ahora bien, lo primero que cabe señalar sobre el texto recién transcrito, y que por obvio muchas veces se olvida, es que del otorgamiento en este caso de la acción por hurto no se deduce necesariamente que la *condictio* de la que se habla en D. 12,1,4,1 haya sido *ex causa furtiva*. De hecho, esta última fuente no ofrece argumento textual alguno que autorice a completarlo con una supuesta referencia implícita al delito de *furtum*. Asimismo, nada impone asumir que la opinión de Mela haya representado una convicción general de los *prudentes*; más bien lo contrario: si Ulpiano consideró necesario citar al jurista augusteo, bien pudo deberse a que se trataba de una opinión minoritaria pero digna de ser mencionada en el marco de una controversia no resuelta en el seno de la jurisprudencia romana. De hecho, el uso de la expresión *quod verum esse arbitror* al final del fragmento autoriza a pensar que, precisamente, existía una opinión contraria sobre este mismo punto<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> Gai. 4,4: “[...] *plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: si paret eos dare oportere, quamvis sit etiam adversus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus*”. Sobre la extraña explicación gayana, que más bien parece una excusa, véase D’ORS, Álvaro, *The ‘odio furum’ of Gaius 4,4*, en *RIDA.*, 12 (Liège, 1965), pp. 453 ss.

<sup>76</sup> Cfr. por ejemplo PEROZZI, Silvio, *Le obbligazioni romane. Prolusione letta il 14 aprile 1902 con note* (Bologna, Zanichelli, 1903), p. 103 (n. 1); DONATUTI, Guido, *Le causae*, cit. (n. 6), p. 155; SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage*, cit. (n. 6), p. 275. FREZZA, Paolo, *Le garanzie*, cit. (n. 18), p. 20, no toma posición sobre la cuestión. En la bibliografía más reciente, NOORDRAVEN, Bert, *Die Fiduzia im römischen Recht* (Amsterdam, Gieben, 1999), pp. 170 ss., se inclina todavía por una originaria referencia a la *fiducia*.

<sup>77</sup> Cfr. SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 6), pp. 363 ss.

<sup>78</sup> PENNITZ, Martin, *Das ‘non reddere’ als Deliktstatbestand*, cit. (n. 13), p. 209 (n. 34).

A mayor abundamiento, Ulpiano nos informa que Mela subordinaba la ejercitabilidad de la *actio furti* al requisito de que la cosa pignorada hubiera sido retenida *animo celandi*, esto es, con la intención de ocultarla, circunstancia fáctica que constituye un requisito del *furtum* en época clásica<sup>79</sup>, pero de la que no hay rastro alguno en D. 12,1,4,1<sup>80</sup>. Además, la imagen que presenta Ulpiano del caso da la impresión de que el acreedor pignoraticio habría ocultado la cosa desde el primer momento, lo que tampoco se condice con la hipótesis presentada en D. 12,1,4,1<sup>81</sup>.

De esta guisa, la falta de toda referencia, explícita o implícita, al *animus celandi* en nuestra fuente es un argumento suficientemente poderoso para sostener que el simple hecho de que el acreedor pignoraticio no restituya la *res* cuando la obligación principal ya ha sido cumplida (*soluta pecunia*) no permite enmarcar su *non reddere* dentro de los límites del *furtum*, ni en tiempos de Mela ni en los de Ulpiano. Luego, la *condictio ex causa furtiva* no es conciliable con el supuesto tratado en D. 12,1,4,1, que se restringe a otorgar la *condictio* contra el acreedor pignoraticio que no restituye. Asumir que lo anterior corresponde sin más a una hipótesis delictual, excede manifiestamente la información que nos entrega el texto, que jamás da la impresión de estar hablando de cosas hurtadas<sup>82</sup>.

Tampoco ofrece un argumento sólido a favor de una eventual naturaleza furtiva de la *condictio* de D. 12,1,4,1 el caso expuesto por Celso en D. 47,2,68,5 (Cels. 12 dig.): “*Si colonus post lustrum conductionis anno amplius fructus invito domino perceperit, videndum, ne messis et vindemiae furti cum eo agi possit. et mihi dubium non videtur, quin fur et si consumpserit rem subreptam, repeti ea ab eo possit*”.

El texto celsino alude a una percepción de frutos por parte del colono contra la voluntad del dueño, cuando el plazo del arrendamiento ya ha expirado. En tal caso, el jurista altoclásico sostiene que se puede ejercer en su contra la *actio furti* por las mieses y la vendimia. Como puede verse, lo anterior corresponde en lo sustancial al supuesto fáctico referido en la segunda parte de D. 12,1,4,1 (...*nam et si colonus post lustrum completum fructus perceperit...*), circunstancia que ha permitido a la doctrina ver aquí una confirmación de que la *condictio* del deudor pignoraticio sería *ex causa furtiva*, no sólo en lo relativo a los frutos, sino que también a la misma cosa pignorada.

Sin embargo, el asunto no es tan sencillo. Ante todo, es significativo que el texto que comentamos forme parte de un extenso discurso en el cual Celso comienza afirmando que nadie comete hurto por el sólo hecho de negarse a restituir

<sup>79</sup> Así se desprende de D. 47,2,1,2 (Paul. 39 ad ed.), donde el jurista tardoclásico exige, para la configuración del hurto, además de la *abnegatio furti*, el *occultare intercipiendi causa*: “*Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si id intercipiendi causa occultaverit*”. Cfr. ALBANESE, Bernardo, *La nozione di furtum fino a Nerazio*, en *AUPA*, 23 (Palermo, 1953), pp. 69 ss.; EL MISMO, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, en *AUPA*, 25 (Palermo, 1956), pp. 110 ss. Desde la perspectiva del autor, WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *¿Ex causa depositi condictio?*, cit. (n. 14), pp. 197 ss., para el carácter no furtivo de la *condictio* del depositante contra el depositario.

<sup>80</sup> SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 6), p. 366.

<sup>81</sup> Cfr. PENNITZ, Martin, *Das ‘non reddere’ als Deliktstatbestand*, cit. (n. 13), p. 209.

<sup>82</sup> Cfr. SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 6), p. 36.

la cosa depositada (*infitiando depositum nemo facit furtum*), aunque reconoce que es una situación similar (*prope furtum*); lo anterior, porque el hurto exige, como requisito indispensable, que se tome posesión (*naturalis*, se entiende) de la cosa depositada con la intención de defraudar<sup>83</sup>. Es decir, el jurista rechaza la idea de que la simple negación de restituir la *res* represente una hipótesis de *furtum*, aunque se trate de una situación (al menos externamente) parecida (*nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est*). La clave para comprender la opinión celsina se encuentra, a nuestro entender, en la frase final: con independencia de que el supuesto de hecho descrito se asemeje al hurto en su aspecto material, sigue siendo imprescindible que se conecte con un elemento espiritual (*intervertendi causa*)<sup>84</sup>, no bastando el *destinare habere pro suo*, si éste no se exterioriza en alguna modalidad de *contractare*<sup>85</sup> (aquí: *possessionem apisci*)<sup>86</sup>.

En este orden de cosas, cabe considerar que también Paulo, en un famoso texto en el que explica los márgenes del delito de hurto, sostiene en primer lugar que la mera intención de hurtar (*sola cogitatio furti*), la que puede manifestarse en un *abnegare* por parte del depositario, sin que se llegue a poner dicha voluntad por obra mediante un *occultare* (u otra especie de *contractare*), no convierte al depositario inmediatamente en ladrón (*non statim etiam furti tenetur*)<sup>87</sup>. Por cierto, la exclusión de la *actio furti* implica asimismo la improcedencia de la *condictio* en su modalidad *ex causa furtiva*, puesto que ambas acciones encuentran su fundamento en el mismo hecho ilícito. Luego, el simple *non reddere* del depositario no es suficiente para que se pueda ejercer contra él la *actio furti*, sino que es condición necesaria que haya ocultado la cosa a fin de no restituir (*si id intercipiendi causa occultaverit*), del mismo modo como Ulpiano-Mela exigen esta intención maliciosa (*si celandi animo retineat*) para la ejercitabilidad de la acción contra el acreedor pignoraticio que *non reddit*. Por otra parte, Paulo reitera en lo sustancial la misma idea en el marco de su comentario al edicto en materia de *possessio* y *usucapio*, al afirmar que el depositante no pierde la posesión de la *res deposita* por el solo hecho que el depositario la haya tocado con ánimo furtivo (*furti faciendi causa contractaveris*), porque la intención de negarla (*animus infitiandi*) no basta para configurar el delito<sup>88</sup>.

<sup>83</sup> D. 47,2,68pr. (Cels. 12 dig.): “*Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est): sed si possessionem eius apiscatur intervertendi causa, facit furtum. nec refert, in digito habeat anulum an dactyliotheca quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit*”.

<sup>84</sup> Cfr. D. 47,2,43,10 (Ulp. 41 ad Sab.).

<sup>85</sup> D. 47,2,1,3 (Paul. 39 ad ed.): “*Furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere*”.

<sup>86</sup> Cfr. PENNITZ, Martin, *Das ‘non reddere’ als Deliktsarbestand*, cit. (n. 13), pp. 222 ss.

<sup>87</sup> D. 47,2,1,1-2 (Paul. 39 ad ed.): 1. “*Inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem*”. 2. “*Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si id intercipiendi causa occultaverit*”.

<sup>88</sup> D. 41,2,3,18 (Paul. 54 ad ed.): “*Si rem apud te depositam furti faciendi causa contractaveris, desino possidere. Sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contractatione fieri non potest nec animo furtum admittatur*”. Se refleja en lo fundamental la misma idea en D.

Todo lo anterior autoriza a pensar que difícilmente pudo Celso, dentro de un mismo fragmento, considerar que el simple hecho de la percepción de los frutos por parte del colono representa una hipótesis furtiva, si pocas líneas más arriba había puesto tanto énfasis en explicar que una situación análoga, como lo es la falta de restitución por parte del depositario, no constituye *furtum* (*infitiando depositum nemo facit furtum*). Por lo demás, hay un aspecto formal que no debe ser pasado por alto, y es que resulta extraño que una cuestión que inicialmente es analizada desde el punto de vista de la posibilidad de ejercer la *actio furti*, finalmente sea resuelta desde una perspectiva muy distinta, como es la impetrabilidad de la acción de repetición (... *ne messis et vindemiae furti cum eo agi possit... repeti ea ab eo possit*). Muy probablemente debió tratarse de una cuestión controvertida, circunstancia que ya había exigido a Ulpiano, ante una situación similar, tener que recurrir al apoyo de la decisión de Mela.

Luego, o la referencia celsina al hurto del colono (*et mihi dubium non videtur quin fur sit*) es, en realidad, obra de un glosador postclásico<sup>89</sup>, o la cuestión controvertida analizada por Celso no fue vertida íntegramente por los compiladores en el fragmento conservado en D. 47,2,68, o, como preferimos creer (siempre cautos ante teorías interpolacionistas), la lectura armónica del fragmento permite completar el supuesto fáctico del párrafo quinto en orden a que la configuración del hurto, tanto de parte del depositario como del colono que no restituye la *res* una vez que se ha vencido el plazo para hacerlo, exige, además del hecho objetivo de la no restitución (léase: retención de lo que no se está autorizado a retener, respecto del depositario, o percepción de lo que no se está autorizado a percibir, respecto del colono), la concurrencia de un especial ánimo defraudatorio.

Asimismo, está más allá de toda duda que, en un caso como éste, Celso debió estimar posible la concesión de la *condictio*, aunque no se tratara de un *furtum*, si se tiene presente que, como enseña Ulpiano en su comentario *ad Sabinum*, el jurista antoniniano aprobaba la opinión de los *veteres* en cuanto a que la *condictio* es ejercitable cada vez que algo se encuentra por una causa injusta (no necesariamente furtiva) en poder de otro (*quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condicti*)<sup>90</sup>, situación que corresponde tanto a la no restitución (sin ánimo defraudatorio) del depositario<sup>91</sup>, como a la percepción injustificada por parte del colono de los frutos de un inmueble cuyo arrendamiento ha expirado<sup>92</sup>.

Lo mismo puede afirmarse con respecto al *non reddere* y la percepción de frutos del acreedor pignoraticio, según se desprende de D. 12,1,4,1. En efecto, no se advierten diferencias sustanciales entre la negativa del depositario a restituir la

41,2,47pr. (Pap. 26 *quaest.*): “*Si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi, possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est*”.

<sup>89</sup> En este sentido, SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 6), p. 371.

<sup>90</sup> D. 12,5,6 (Ulp. 18 *ad Sab.*): “*Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condicti: in qua sententia etiam Celsus est*”.

<sup>91</sup> Véase D. 16,3,13,1 (Paul. 31 *ad ed.*), citado *supra*, n. 14; D. 47,2,1,2 (Paul. 39 *ad ed.*), citado *supra*, n. 79; D. 47,2,68pr. (Cels. 12 *dig.*), citado *supra*, n. 83.

<sup>92</sup> *Cfr.* SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 6), p. 372: “*Ciò doveva bastare a Celso per concedere l'azione reipersecutoria di ripetizione, anche se il giurista non si sentiva di affermare, nella fattispecie non integrata da altri elementi di illecito, l'esperibilità dell'azione penale*”.

cosa cuando el depositante lo exige, la percepción de frutos por parte del colono cuando se ha vencido el plazo del contrato que lo autorizaba a ello, y la falta de restitución de la cosa pignorada por parte del acreedor después de que la obligación principal ha sido cumplida o la percepción injustificada de frutos. De hecho, no puede ser una simple coincidencia que, a propósito de los frutos, Ulpiano diga (en su comentario *ad Sabinum*, no hay que olvidarlo), que son percibidos por el colono *ex iniusta causa* (... *et fructus ex iniusta causa percepti condicendi sunt*). A mayor abundamiento, ni la ubicación palingenésica del fragmento (muy probablemente, el cuadragésimo cuarto libro de Ulpiano *ad Sabinum*, en vez del trigésimo cuarto de la *inscriptio*), ni el lugar elegido por los compiladores justinianos para insertarlo en el Digesto (D. 12,1) ofrecen apoyo a la tesis de que aquí se estaría hablando de la *condictio ex causa furtiva*, materia a la que se dedicó un título completo (D. 13,1)<sup>93</sup>.

Consecuencialmente, si nos remitimos estrictamente a la información que nos entregan las fuentes analizadas, resulta que D. 12,1,4,1, lejos de tratar un caso especial de *condictio ex causa furtiva*, debió en realidad reflejar la doctrina sabiniana (representada primero por los *veteres*, y aprobada después por Celso, según el testimonio de Ulpiano conservado en D. 12,5,6), en el sentido de que, así como puede ejercerse la *condictio* cada vez que alguien detenta injustamente una cosa (*quod ex iniusta causa apud aliquem sit*), también el acreedor pignoraticio es legitimado pasivo de esta acción, tanto cuando no restituye la cosa una vez cumplida la obligación principal, como cuando percibe los frutos de la misma sin una causa que lo justifique<sup>94</sup>. En el fondo, se trata de situaciones que, sin constituir propiamente *delicta*, son de todos modos reprobables y, por tanto (hasta cierto punto y sin llegar a confundirlas), similares al hurto<sup>95</sup>. Así se entiende que, como ya se vio, Celso hable —a propósito del *non reddere* del depositario— de un acto que *prope furtum est*, aunque no se configure este delito en sentido estricto<sup>96</sup>.

Igualmente sabiniano y, en cuanto tal, desligado de la necesidad de una *datio*, por una parte, o de la concurrencia del *furtum*, por la otra, para la ejercitabilidad de la *condictio*, parece ser el segundo párrafo de nuestra fuente, donde Ulpiano afirma lo siguiente: “*Ea, quae vi fluminum importata sunt, condici possunt*”<sup>97</sup>. Aquí, el jurista severiano se limita a afirmar que las cosas que han sido arrastradas por la fuerza del río a un fundo de propiedad de otra persona pueden ser reclamadas por medio de esta acción<sup>98</sup>. En este contexto, cabe destacar la circunstancia que,

<sup>93</sup> Cfr. SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 6), p. 36.

<sup>94</sup> En este sentido, SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 6), p. 372: “*Del pignus si può dire, dunque, che è ‘apud aliquem ex iniusta causa’, così come dei frutti, conseguentemente, che sono ‘ex iniusta causa percepti’. Escluso che qui l’espressione ‘causa iniusta’ abbia il significato ristretto alludente all’ipotesi del furtum, noi dobbiamo vedere in essa un riflesso della terminologia usata nella formulazione della teoria dei veteres*”.

<sup>95</sup> Cfr. VOICI, Pasquale, *Conditiones e possesso*, cit. (n. 7), p. 25.

<sup>96</sup> D. 47,2,68pr. (Cels. 12 dig.): “*Infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitatio, licet prope furtum est) [...]*”.

<sup>97</sup> D. 12,1,4,2 (Ulp. 34 *ad Sab.*).

<sup>98</sup> El problema se presenta igualmente en D. 39,2,9,1 (Ulp. 53 *ad ed.*): “*De his autem, quae vi fluminis importata sunt, an interdictum dari possit, quaeritur. Trebatius refert, cum tiberis*

si evidentemente no estamos ante un caso de hurto, tampoco lo estamos ante una *datio rei*, y ni siquiera se ha verificado un *negotium contractum*<sup>99</sup> en los términos que exigía Salvo Juliano para que tenga lugar el *condicere*<sup>100</sup>. De ahí que ante el escueto testimonio ulpiano no quede más que reconocer que la *res vi fluminis importata* representa un supuesto de *esse apud aliquem ex iniusta causa*<sup>101</sup>.

En consecuencia: D. 12,1,4,1-2 contiene una cadena de *sabiniana*, es decir, un conjunto de decisiones que se remontan a Masurio Sabino y que están fundadas en la doctrina de los *veteres* (aprobada en plena época altoclásica por Celso) a la que alude Ulpiano en D. 12,5,6. De hecho, en el Digesto se conservan más fragmentos extraídos de comentarios *ad Sabinum* que atestiguan la ejercitabilidad de la *condictio sine datione* en situaciones que no constituyen hurto. Es el caso, por ejemplo, de la expulsión injustificada de alguien de un fundo, circunstancia no furtiva al tratarse de un inmueble<sup>102</sup>, ante lo cual Ulpiano afirma explícitamente que la posibilidad de ejercer la *condictio* es reconocida por Sabino y aprobada por Celso<sup>103</sup>. Otro tanto cabe señalar de un pasaje extraído del comentario de Paulo *ad Sabinum*, en el cual se concede la *condictio* para recuperar las cosas hereditarias retenidas *ex iniusta causa* por la viuda, sin que se aprecie estar dentro de los límites del *furtum*<sup>104</sup>.

---

*abundasset et res multas mutorum in aliena aedificia detulisset, interdictum a praetore datum, ne vis fieret dominis, quo minus sua tollerent auferrent, si modo damni infecti reprobmitterent*". El otorgamiento de un *interdictum* es compatible con el ejercicio de una acción restitutoria como la *condictio* en D. 12,1,4,2. Cfr. MARRONE, Matteo, *Actio ad exhibendum*, en *AUPA*, 26 (Palermo, 1957), pp. 301 ss.

<sup>99</sup> En opinión de BETTI, Emilio, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere' in giuristi proculiani e sabiniani*, en *BIDR.*, 28 (Roma, 1915), p. 62, el *negotium contractum* consistiría esencialmente en una relación objetiva entre dos patrimonios distintos.

<sup>100</sup> D. 12,6,33 (Iul. 39 dig.): "*Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit [...]*". Aquí, el jurista adrianeo niega la posibilidad de ejercitar la *condictio* en un caso de *inaedificatio*, debido a que en la especie no se ha contraído ningún *negotium*. Ampliamente sobre la exigencia del *negotium contrahere/gerere* en la fuente juliana SACCOCIO, Antonio, *Si certum petetur*, cit. (n. 6), pp. 277 ss., con bibliografía. Véase también CORTESE, Barbara, *Quod sine iusta causa apud aliquem est potest condici* (Napoli, Jovene, 2013), pp. 17 ss.

<sup>101</sup> SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 6), p. 376.

<sup>102</sup> Así se desprende de D. 47,2,25pr. (Ulp. 41 ad Sab.): "*Verum est, quod plerique probant, fundi furti agi non posse*".

<sup>103</sup> D. 13,3,2 (Ulp. 18 ad Sab.): "*Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus, sed ita, si dominus sit qui deiectus condicat: ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait*". Se trata, pues, no de una *condictio ex causa furtiva*, sino de una *condictio ex iniusta causa*. Cfr. VOCI, Pasquale, *Conditiones e possesso*, cit. (n. 7), p. 22.

<sup>104</sup> D. 25,2,6,5 (Paul. 7 ad Sab.): "*Sed si morte mariti solutum sit matrimonium, heres mariti hereditatis petitione vel ad exhibendum actione eas consequi poterit. Aristo et condici ei posse recte putat, quia ex iniusta causa apud eam essent*". Cfr. HÄHNCHEN, Susanne, *Sab.-Ulp. D. 12,5,6*, cit. (n. 11), pp. 387 ss.

Así las cosas, el carácter *credendi causa* del mutuo, el comodato y la prenda, según da cuenta, nuevamente, Ulpiano<sup>105</sup>, se manifiesta, al margen de ciertas similitudes estructurales (las que, en todo caso, no son determinantes, como ya vimos, para la configuración de una categoría contractual)<sup>106</sup>, principalmente en la identidad del mecanismo procesal de tutela (que es, por lo demás, lo que interesaba a los clásicos): la *condictio*, sin que se requiera una *datio* inicial, aunque no se trate de una causa furtiva<sup>107</sup>.

### III. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

D. 12,1,4,1 representa un *unicum* en el marco de la jurisprudencia romana, en cuanto autoriza al deudor pignoraticio a ejercer la *condictio* contra el acreedor que no restituye la cosa prendada, a pesar de que la obligación principal ya ha sido cumplida, o que percibe los frutos de la cosa sin una causa que lo justifique; lo anterior, sin la necesidad de que el *non reddere* o la percepción injustificada de frutos por parte del *creditor* se enmarque en la noción de *furtum* ni que, por tanto, se trate de un supuesto de *ex causa furtiva condicere*, aunque la situación sea igualmente reprobable. El hecho que un contemporáneo de Ulpiano, como es Paulo, conceda igualmente esta acción tanto al comodante<sup>108</sup> como al depositante<sup>109</sup> en eventos de falta de restitución de la *res* que no configuran un hurto, permite sostener que muy probablemente las hipótesis de *condictio sine datione* en el derecho romano clásico iban más allá de la así llamada *condictio ex causa furtiva*, acercándose a la noción de *condictio ex iniusta causa* según la *opinio veterum* transmitida por Ulpiano en D. 12,5,6.

Desde esta perspectiva, la fuente objeto del presente trabajo da cuenta de una doctrina que, arrancando de la jurisprudencia tardorepublicana (siglo I a.C.), pasando por Masurio Sabino (siglo I d.C.), aprobada luego por Celso (siglo II d.C.) y refrendada finalmente por Ulpiano (siglo III d.C.), contradice aquello que la moderna romanística califica habitualmente como el régimen clásico de la *condictio*, supuestamente fundado exclusivamente en la *datio rei*, y que reconocería como única excepción la *condictio ex causa furtiva*. Sólo así se entiende que se autorice al deudor pignoraticio a ejercer la acción contra su acreedor, a pesar de que éste es un mero poseedor de la cosa (es decir, no ha habido *datio*) y no ha cometido hurto, ya sea por el simple hecho de no restituir la prenda o por percibir injustificadamente los frutos que ésta produce: “*res pignori data pecunia soluta condici potest. et fructus ex iniusta causa percepti condicendi sunt*”.

Para terminar, se impone una última consideración: al margen de cuestiones de detalle sobre el *pignus* y el *condicere*, centrar la investigación romanística en la exégesis de un fragmento específico del Digesto facilita la tarea de tomar distancia del problema jurídico estudiado y respetarlo en su particularidad histórica, y se

<sup>105</sup> Véase D. 12,1,1,1 (Ulp. 26 *ad ed.*), cuyo texto es citado *supra*, n. 56.

<sup>106</sup> *Cf. supra*, n. 36 y 58.

<sup>107</sup> *Cf.* SANTORO, Raimondo, *Studi*, cit. (n. 6), p. 377.

<sup>108</sup> D. 12,5,9pr. (Paul. 5 *ad Plaut.*), fuente y bibliografía citadas *supra*, n. 14.

<sup>109</sup> D. 16,3,13,1 (Paul. 31 *ad ed.*), fuente y bibliografía citadas *supra*, n. 14.

convierte así en un eficaz antídoto contra la tentación de pretender ofrecer esquemas ordenadores rígidos del derecho privado romano y de encontrar una dignidad dogmática o metafísica allí donde no la hay<sup>110</sup>. En este sentido, el otorgamiento de una *condictio sine datione* no furtiva al deudor pignoraticio en D. 12,1,4,1 es un buen ejemplo de ello.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, Bernardo, *La nozione di furtum fino a Nerazio*, en *AUPA.*, 23 (Palermo, 1953), pp. 5-207.
- ALBANESE, Bernardo, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, en *AUPA.*, 25 (Palermo, 1956), pp. 85-300.
- ALBANESE, Bernardo, *Per la storia del creditum*, en *AUPA.*, 32 (Palermo, 1971), pp. 5-179.
- ALBANESE, Bernardo, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano* (Palermo, Palumbo, 1985).
- ALBANESE, Bernardo, *Il processo privato delle legis actiones* (Palermo, Palumbo, 1987).
- BETTI, Emilio, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere' in giuristi proculiani e sabiniani*, en *BIDR.*, 28 (Roma, 1915), pp. 3-96.
- BIONDI, Biondo, *Iudicia bonae fidei*, en *AUPA.*, 7 (Palermo, 1918), pp. 3-280.
- BISCARDI, Arnaldo, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, en *Studi in onore di Emilio Betti* (Milano, Giuffrè, 1962), II, pp. 573-589.
- BISCARDI, Arnaldo, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1976).
- BISCARDI, Arnaldo, *La dottrina romana dell'obligatio rei* (Milano, Giuffrè, 1991).
- BRASIELLO, Ugo, *In tema di categorie contrattuali*, en *SDHI.*, 10 (Cittá del Vaticano, 1944), pp. 101-149.
- BRAUCKMANN, Michael, *Pignus. Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft* (Göttingen, Wallstein, 2008).
- BUENO DELGADO, Juan Antonio, *Pignus Gordianum* (Madrid, Dykinson, 2004).
- BURDESE, Alberto, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus* (Torino, Giappichelli, 1949).
- BURDESE, Alberto, *Pegno (diritto romano)*, en *ED.*, 32 (Milano, 1982), pp. 662-675.
- BÜRGE, Alfons, *Retentio im römischen Sachen- und Obligationenrecht* (Zürich, Schulthess, 1979).
- CARRELLI, Edoardo, *Sulla accessorietà del pegno nel diritto romano* (Napoli, Jovene, 1980).
- CERAMI, Pietro, *Il comodato*, en PARICIO, Javier (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), pp. 301-332.
- CORTESE, Barbara, *Quod sine iusta causa apud aliquem est potest condici* (Napoli, Jovene, 2013).
- DE CHURRUCA, Juan, *Pignus*, en PARICIO, Javier (ed.), *Derecho romano de obligaciones*.

<sup>110</sup> Cfr. las reflexiones de WIEACKER, Franz, *Notizen zur rechtshistorischen Hermeneutik*, en *Ausgewählte Schriften I. Methodik der Rechtsgeschichte* (Frankfurt am Main, Metzner, 1983), p. 87.

- Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994), pp. 333-386.
- DE IULIIS, Federica, *Studi sul pignus conventum. Le origini. L'interdictum Salvianum* (Torino, Giappichelli, 2017).
- DONATUTI, Guido, *Le causae delle condictiones*, en *Studi Parmensi*, 1 (Milano, 1951), pp. 33-169.
- D'ORS, Álvaro, *Observaciones sobre el 'edictum de rebus creditis'*, en *SDHI.*, 19 (Città del Vaticano, 1953), pp. 134-201.
- D'ORS, Álvaro, *Los precedentes clásicos de la llamada 'condictio possessionis'*, en *AHDE.*, 31 (Madrid, 1961), pp. 629-650.
- D'ORS, Álvaro, *The 'Odio Furum' of Gaius 4,4*, en *RIDA.*, 12 (Liège, 1965), pp. 453-467.
- D'ORS, Álvaro, *Répliques Panormitanas IV. Sobre la supuesta 'condictio' sin 'datio'*, en *Iura*, 25 (Napoli, 1974), pp. 1-45.
- FREZZA, Paolo, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano* (Padova, Cedam, 1963), II (*garanzie reali*).
- FUENTESECA, Margarita, *Pignus e hypotheca en su evolución histórica* (Santiago de Compostela, Andavira, 2013).
- GIUFFRÈ, Vincenzo, *L'emersione dei 'iura in re aliena' ed il dogma del 'numero chiuso'* (Napoli, Jovene, 1992).
- GROSSO, Giuseppe, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche<sup>2</sup>* (Torino, Giappichelli, 1955).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano<sup>2</sup>* (Santiago, Thomson Reuters, 2013), I.
- HÄHNCHEN, Susanne, *Die causa condictionis. Ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht* (Berlin, Duncker & Humblot, 2003).
- HÄHNCHEN, Susanne, *Sab.-Ulp. D. 12,5,6 und die condictio ex iniusta causa*, en *ZSS.*, 121 (Graz, 2004), pp. 385-395.
- HARKE, Jan Dirk, *Das klassische römische Kondiktionensystem*, en *Iura*, 54 (Napoli, 2003), pp. 49-86.
- HARKE, Jan Dirk, *Libri ad edictum – libri ad Sabinum. Zu den sogenannten Kommentaren des Domitius Ulpianus* (Berlin, De Gruyter, 2022).
- HEINE, Sonja, *Condictio sine datione. Zur Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung im klassischen römischen Recht und zur Entstehung des Bereicherungsrechts im BGB* (Berlin, Duncker & Humblot, 2006).
- HEINEMEYER, Susanne, *Der Grundsatz der Akzessorietät bei Kreditsicherungsrechten* (Berlin, Duncker & Humblot, 2017).
- KASER, Max, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht* (München, C.H. Beck, 1935).
- KASER, Max, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht<sup>2</sup>* (Köln-Graz, Böhlau, 1956).
- KASER, Max, *Das Römische Privatrecht<sup>2</sup>* (München, C.H. Beck, 1971), I.
- KASER, Max, *Studien zum römischen Pfandrecht* (Napoli, Jovene, 1982).
- KASER, Max; HACKL, Karl, *Das Römische Zivilprozessrecht<sup>2</sup>* (München, C.H. Beck, 1996).
- KRÄMER, Gerd, *Das besitzlose Pfandrecht. Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat* (Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2007).

- KUNKEL, Wolfgang, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, en ZSS., 90 (Weimar, 1973), pp. 150-170.
- LA PIRA, Giorgio, *La struttura classica della conventio pignoris*, en ALBERTARIO, Emilio (ed.), *Studi in memoria di Umberto Ratti* (Milano, Giuffrè, 1934), pp. 225-246.
- LA ROSA, Franca, *La protezione interdittale del pignus e l'actio Serviana*, en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* (Milano, Giuffrè, 1987), VII, pp. 281-317.
- LENEL, Otto, *Palingenesia Iuris Civilis* (Leipzig, ex officina Bernhardi Tauschnitz, 1889), II.
- LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup> (Leipzig, Tauchnitz, 1927).
- LIEBS, Detlef, *The History of the Roman Condictio up to Justinian*, en MAC CORMICK, Neil; BIRKS, Peter (eds.), *The Legal Mind. Essays for Tony Honoré* (Oxford, Clarendon Press, 1986), pp. 163-183.
- MANIGK, Afred, *Hyperocha*, en RE., 9 (Stuttgart, 1916), pp. 291-321.
- MANIGK, Afred, *Pignus*, en RE., 20 (Stuttgart, 1941), pp. 1239-1284.
- MANTOVANI, Dario, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup> (Padova, Cedam, 1999).
- MARINO, Salvatore, *Sull'accessorietà del pegno per la giurisprudenza romana* (Napoli, Jovene, 2018).
- MARRONE, Matteo, *Actio ad exhibendum*, en AUPA., 26 (Palermo, 1957), pp. 177-693.
- MASCHI, Carlo Alberto, *Tutela, fedecomessi, contratti reali (Omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)*, en *Studi in onore di Edoardo Volterra* (Milano, Giuffrè, 1971), IV, pp. 667-774.
- MASCHI, Carlo Alberto, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1973).
- MILAZZO, Antonio, *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna* (Torino, Giappichelli, 2018).
- NARDI, Enzo, *Ritenzione e pegno gordiano* (Milano, Giuffrè, 1939).
- NOORDRAVEN, Bert, *Die Fiduzia im römischen Recht* (Amsterdam, Gieben, 1999).
- PASTORI, Franco, *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano* (Milano, Cisalpino, 1985).
- PASTORI, Franco, *Il commodato in diritto romano* (Milano, Cisalpino, 1995).
- PENNITZ, Martin, *Das 'non reddere' als Deliktstatbestand – Juristendiskurse zu Besitz, Detention und Diebstahl*, en *Index*, 46 (Napoli, 2018), pp. 201-225.
- PERANI, Renato, *Pignus distrahere. La vendita del pegno da parte del creditore pignoratizio* (Milano, Giuffrè, 2021).
- PERANI, Renato, *Creditor fructus percepit. Sul pegno con patto anticretico*, en TR., 90 (Leiden, 2022), pp. 31-63.
- PERNICE, Alfred, *Labeo. Römisches Recht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* (Halle, 1873, reimp. Aalen, Scientia, 1963), I.
- PEROZZI, Silvio, *Le obbligazioni romane. Prolusione letta il 14 aprile 1902 con note* (Bologna, Zanichelli, 1903).
- PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup> (Roma, Athenaeum, 1928), II.
- PICHONNAZ, Pascal; WUBBE, Felix, *L'action Servienne dans l'édit du prêteur*, en *Mélanges à la mémoire de André Magdelain. Droit, histoire et religion de Rome* (Paris, LGDJ, 1998), pp. 361-382.
- PIKA, Wolfram, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht* (Berlin, Duncker & Humblot, 1988).

- PLATSCHEK, Johannes, *Zur Formel der condictio in der Rechtsentwicklung*, en BABUSIAUX, Ulrike; BALDUS, Christian; ERNST, Wolfgang; MEISSEL, Franz-Stefan; PLATSCHEK, Johannes; RÜFNER, Thomas (eds.), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2023), II, pp. 1898-1905.
- PROVERA, Giuseppe, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria* (Torino, Giappichelli, 1951).
- QUADRATO, Renato, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii* (Napoli, Jovene, 1979).
- RATTI, Umberto, *Sull'accessorietà del pegno e sul ius vendendi del creditore pignoratizio* (Napoli, Jovene, 1985).
- SACCOCCIO, Antonio, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones iustinianee* (Milano, Giuffrè, 2002).
- SANTORO, Raimondo, *Studi sulla condictio*, en AUPA., 32 (Palermo, 1971), pp. 181-512.
- SARGENTI, Manlio, *Il 'de agri cultura' di Catone e le origini dell'ipoteca romana*, en SDHI., 22 (Città del Vaticano, 1956), pp. 158-184.
- SCIANDRELLO, Enrico, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'* (Napoli, Jovene, 2017).
- SCHANBACHER, Dietmar, *Beobachtungen zum sog. 'pignus Gordianum'*, en ZSS., 114 (Graz, 1997), pp. 233-271.
- SCHANBACHER, Dietmar, *Verpfändungspraxis und Pfandrecht*, en ERNST, Wolfgang; JAKAB, Eva (eds.), *Usus antiquus juris romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung* (Heidelberg, Springer, 2005), pp. 191-204.
- SCHANBACHER, Dietmar, *Zu Ursprung und Entwicklung des römischen Pfandrechts*, en ZSS., 123 (Graz, 2006), pp. 49-70.
- SCHANBACHER, Dietmar, *Forderung und Pfand – Die Anfänge der Akzessorietät beim römischen Pfandrecht*, en HARKE, Jan Dirk (ed.), *Drittbeteiligung am Schuldverhältnis* (Heidelberg, Springer, 2010), pp. 141-157.
- SCHULZ, Fritz, *Classical Roman Law* (Oxford, Clarendon Press, 1951).
- SCHWARZ, Fritz, *Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht* (Münster-Köln, Böhlau, 1952).
- SCHWARZ, Fritz, *Die Konträrklagen*, en ZSS., 71 (Weimar, 1954), pp. 111-220.
- SEGRÈ, Gino, *Sull'età dei giudizii di buona fede di commodato e di pegno*, en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento* (Napoli, Luigi Pierrò Editore, 1906), VI, pp. 331-390.
- TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1990).
- VARVARO, Mario, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili* (Torino, Giappichelli, 2008).
- VARVARO, Mario, *Lineamenti di procedura civile romana* (Napoli, Editoriale Scientifica, 2023).
- VERHAGEN, Rick, *The Evolution of Pignus in Classical Roman Law, ius honorarium and ius novum*, en TR., 81 (Leiden, 2013), pp. 51-79.
- VOCI, Pasquale, *Conditiones e possesso*, en SDHI., 71 (Città del Vaticano, 2005), pp. 17-33.
- VON LÜBTOW, Ulrich, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht* (Berlin, Duncker & Humblot, 1952).
- WACKE, Andreas, *Max Kaser Lehren zum Ursprung und Wesen des römischen Pfandrechts*, en ZSS., 115 (Graz, 1998), pp. 168-202.

- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2017).
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo*, en *REHJ.*, 40 (Valparaíso, 2018), pp. 97-122.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Causae credendi y obligatio re contracta en las res cottidianae*, en *REHJ.*, 41 (Valparaíso, 2019), pp. 87-109.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *¿Ex causa depositi condicere? Observaciones sobre credere y deponere en el pensamiento de Paulo*, en *REHJ.*, 42 (Valparaíso, 2020), pp. 193-216.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Aliud est enim credere, aliud deponere. Sobre la relación entre causas crediticias y depósito en el pensamiento de Ulpiano*, en *REHJ.*, 43 (Valparaíso, 2021), pp. 135-161.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, *Zur Stellung der Obligation im Vermögensrecht*, en BABUSIAUX, Ulrike; BALDUS, Christian; ERNST, Wolfgang; MEISSEL, Franz-Stefan; PLATSCHEK, Johannes; RÜFNER, Thomas (eds.), *Handbuch des Römischen Privatrechts* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2023), II, pp. 1883-1897.
- WIEACKER, Franz, *Notizen zur rechtshistorischen Hermeneutik*, en *Ausgewählte Schriften I. Methodik der Rechtsgeschichte* (Frankfurt am Main, Metzner, 1983), pp. 84-102.
- WUBBE, Felix, *Gaius et les contrats réels*, en *TR.*, 35 (Leiden, 1967), pp. 500-525.
- WUBBE, Felix, *I contratti reali alla fine della repubblica*, en MILAZZO, Francesco (ed.), *Contractus e pactum, Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990), pp. 109-121.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press, 1996).