

Pignus Tabernæ

(Raíz de un problema actual en un texto de Scaevola)

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

SUMARIO: *Planteamiento.*—1. La ley *Cum tabernam*, como objeto de nuestro estudio.—2. El problema teleológico de la libre disposición de las mercancías.—I. *¿Cuál es la explicación dogmática del dictamen de Scaevola?* A) *Concepción de la universitas.*—3. *Corpus ex distantibus* y *universitas* en el Derecho romano.—4. La *universitas* en el Derecho común.—5. La *universitas rerum* según la doctrina moderna.—6. Aplicación a la ley *Cum tabernam* de las diversas concepciones de la universalidad de bienes.—7. La determinación *sub specie tabernæ* y la explicación de algunos efectos del *pignus tabernæ*. B) *La subrogación real.*—8. La subrogación real y la pignoración de universalidades de cosas.—9. Distintos fenómenos agrupados en la expresión subrogación real, usada latamente.—10. Las reglas de Derecho común sobre la subrogación real.—11. Su aplicación a la ley *Cum tabernam* por los Doctores.—12. Diferencias que resultan de aplicar a la prenda de un conjunto el principio de la determinación *sub specie universitatis* o bien los principios, lato o estricto, de la subrogación real propiamente dicha. C) *Hipoteca de cosas futuras.*—13. *¿Qué significación debe darse a la referencia que de la muerte del deudor hace el texto de la ley Cum tabernam?*—14. Fijación del momento en que han de quedar realmente hipotecadas las mercancías comprendidas en el conjunto.—15. La sujeción como característica fundamental de la hipoteca debe ser el módulo para resolver dicha duda.—16. La hipoteca de cosas futuras en Derecho romano.—17. Supuestos de extensión de la hipoteca a bienes futuros en nuestro Derecho positivo.—18. La cuestión vista dogmáticamente.—19. No puede hablarse propiamente de hipoteca de las mercancías, sino, a lo más, de un simple privilegio que puede ser realizado en un procedimiento ejecutivo sumario.—II. *El problema teleológico de la prelación.*—20. Tres problemas clásicos en torno a la prelación.—21. El problema de la prioridad entre los suministradores a crédito de mercancías y los acreedores garantizados con prenda e hipoteca sobre la universalidad de las mercancías.—22. Prenda e hipoteca flotantes.—23. Solución negativa que rechaza totalmente la posibilidad y conveniencia de la prenda sin desplazamiento de universalidades de mercancías, y de la extensión de la hipoteca de establecimiento a mercancías y materias primas del mismo.—24. Las soluciones intermedias y sus inconvenientes.—*Conclusiones.*

(*) El presente trabajo es desarrollo y ampliación de una conferencia que el que suscribe tuvo el honor de pronunciar en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia en Madrid el 20 de marzo del corriente año.

1. La ley «*Cum tabernam*», 34 del título I, Libro XX del Digesto, recoge un texto de Scaevola (Libro XXVII de su Digesto) cuyo proemio dice así:

«Habiendo el deudor dado en prenda al acreedor una tienda (*Quum tabernam debitor creditori pignori dederit*), se preguntó ¿No habrá realizado nada con este acto, o bajo la denominación de tienda (*tabernae*) se considera que obligó las mercancías que había en ella, y si con el tiempo hubiere vendido aquellas mercancías y comprado otras, y las hubiere introducido en la tienda, y hubiere fallecido podrá el acreedor reclamar con la acción hipotecaria todas las cosas que allí se encuentran, habiéndose cambiado las especies de mercancías, y llevado otras cosas? Respondió: Se considera que están obligadas en prenda las cosas que se hallaran en la tienda al tiempo de la muerte del deudor (*ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur*).»

En estas escasas líneas, cuyas derivaciones vamos a examinar, se halla el germen de muy debatidos problemas dogmáticos y el antecedente de más de una institución considerada como un avance de la técnica jurídica moderna.

Laten en él las cuestiones de la *universitas facti*, del juego de la subrogación real, de la prenda e hipoteca de cosa futura; y asoman instituciones como la prenda sin desplazamiento de mercaderías y materias primas, la prenda y la hipoteca flotantes y la hipoteca de establecimiento mercantil, en cuanto a la posibilidad o conveniencia de su extensión a las mercancías.

La estructura técnico-jurídica de estas instituciones, en gran parte depende precisamente de la solución que se adopte en las cuestiones teóricas antes enunciadas.

En cambio, queda al margen del texto el examen general de la prenda e hipoteca de empresa o de establecimiento mercantil.

a) En sentido lato *taberna* en latín significa todo edificio útil para ser habitado. Ulpiano lo dice así en un pasaje recogido en el frag. 183 del Título «*De verborum significatione*» del Digesto. También, en uno de sus versos, lo utiliza Horacio en este sentido, según cita de nuestro jurista clásico Parladorio (1).

Pero, en la terminología jurídica, el uso impuso la utilización del término *taberna*, como casa o apartamento en el que por razón de negocio se exponen y venden mercancías. Dice Parladorio (2), «*domo in qua merces negotiationis causa exponuntur ut vendeat...*, vulgo *tienda* appellatur». En este sentido Ulpiano, en el frag. 185 del tit. ant. cit., nos dice que está provista («*instructam*») la *taberna* que consta de cosas y de hombres dispuestos para una negociación.

(1) JUAN YAÑEZ PARLADORIO: «*Opera Jurídica*», «*Quotidianorum Differentiarum*». (Coloniae Allobrogum 1761). Diff. CXXXIII, núm. 2 (página 372).

(2) Diff. cit., núm. 3.º (pág. cit.).

b) Mas, en el término taberna se comprendían sus instrumentos, así como las mercancías (3), pero no, en cambio, los esclavos encargados de ella. En este sentido Paulo, en la ley «Tabernæ cauponæ» (Dig. XXX-VII, § 13), distinguía entre *tabernam* y *cauponam*. Nuestro Parladorio (4) sintetizó así la distinción: La denominación *taberna* comprende lo que está dentro de la misma. La denominación *caupona* (mesón o bodegón) comprende no sólo lo que hay dentro, sino también lo que fuera tiene. Es decir, *taberna* es nombre de lugar (*loci nomen est*) y *caupona* de negocio (*negotiationis*).

Con ello, nos alejamos de la hipoteca y la prenda de establecimiento mercantil. El contenido del *pignus tabernæ* examinado por Scaevola es más restringido que el contemplado por el Cardenal de Luca (5), cuando señaló que la hipoteca se extiende tanto «in instrumentis ipsius tabernæ», como, a aquel derecho *intellectuali*, «quod vulgo *aviamentum* dicitur». En cuya acepción «universitates mercimonium reputetur bona fructifera», cualidad apreciable en los contratos de arrendamiento.

c) La ley *Cum tabernam* también se aparta de la hipoteca inmobiliaria: el lugar, la casa, el apartamento no se entienden hipotecados. La explicación ya la dió la glosa de Accursio (6): «Quod videbatur quia erat in publico, vel conducta erat a publico.» Bartolo (7) recogió esta explicación, que apoyó en la ley «Qui tabernas» (Dig. XVIII-I, 32). Ulpiano, al glosarla, nos dice que quien vende tiendas que están en suelo público no vende el suelo, sino el derecho, porque son públicas estas tiendas, cuyo uso pertenece a los particulares. A través de Gothofredo (8) se continúa trans-

(3) Así se deduce del proemio de un texto de POMONIO, recogido en el Digesto (XXXIII-VII, 15), que ante un legado dispuesto en estos términos «quæ tabernarum exercendarum, instrumentarum pistrini, cauponæ causa facta partaque sunt, do lego», resolvió que también se entienden legadas «mercesque, quæ in his tabernis essent». Tal es la opinión de GOTHOFREDO (glosa a la palabra «nihil» que luego será citada), que afirmó: «quæ si ita (la taberna) pignorata esset, nullum dubium foret merces tabernæ quoque pignoratas, arg. l. 7, l. 13, l. 15, l. 23 *infr. de instructo*» (Dig. XXXIII-VII).

(4) Loc. cit., núm. 4.

(5) JUAN BAUTISTA DE LUCA: «Theatrum veritatis et Iustitiæ» (Venetiis 1716), Lib. VIII, Disc. XXXV, núm. 17 (pág. 65).

(6) ACURSIO: «Digestum vetus seu Pandectarum Iuris Civilis cum Notis integris Accursii» (edición con otras glosas y los comentarios Antonii Persii, Venetiis 1575), ad Lib. XX, Tit. I, Lex XXXIV (Vol. I, pág. 1300), gl. (1) a las palabras «Nihil egerit».

(7) BARTOLO DE SASOFERRATO: «Adnotationibus integris in secundam Digesti Veteris Partem» (Edición, con otras adiciones, Lugduni 1631), ad Lib. XX, Tit. I, Lex XXXIV, «Cum tabernam» (fol. 133).

(8) DIONYSIO GOTHOFREDO: «Corpus Iuris Civilis Romani, cum notis Dionysii Gothofredi» (Editio Nova—con otras adiciones—Coloniae-Munantianæ 1781), glosa a la palabra «nihil» (núm. 48, pág. 399) de la lex *Cum Tabernam*: «Cur nihil egisse videri possit? An quia taberna, de qua hinc agitur, aut in solo publico posita est: aut de publico conducta: ut ejus generis tabernam pignori obligari non possis magis quam res ipsas, quæ vere publicæ sunt...»

mitiendo esta explicación, que hace unos cincuenta años vuelve a repetir el maestro italiano Scialoja (9). Los mercados solían explotarse por concesión, como aun hoy, pues se hallaban en lugar público. El contexto de la ley *Cum tabernam* nos demuestra que nos encontramos ante un supuesto de esta especie.

d) Igualmente, resulta de la misma ley que no se comprendían en la pignoración cuestionada el derecho arrendaticio, ni el *instrumentum tabernae* (10), pese al texto de Paulo antes citado (¿es que en el caso de la ley «Cum tabernam» el *instrumentum tabernae* estaba adscrito a aquel lugar público?). Lo cierto es que la ley «Cum tabernam» plantea esta alternativa: «¿no habrá realizado nada con este acto?» (*utrum eo facto nihil agerit*) «o bajo la denominación tienda (*tabernae appellatione*) se consideró que obligó las mercancías que en ella había».

Conforme entendió Bartolo, en el sentido de la ley: «*Appellatione tabernae venit, universitas mercantiae, quae ibi exercetur.*» Tratábase, pues, solamente, de la pignoración o hipoteca de las mercancías contenidas en una tienda o en un almacén.

e) En la ley *Cum tabernam* se plantea la pignoración de las mercancías de una tienda *sin desplazamiento de su posesión*. Claramente resulta así de su texto: Es del deudor de quien se presupone que con el tiempo hubiese vendido aquellas mercancías que había en la tienda al constituirse la prenda, y comprado e introducido en la tienda otras. También las expresiones *obligasse videatur* y *pignori obligata esse videntur* (11), referidas a las mercancías, corresponden a la terminología de la prenda convencional, que recibiría más tarde, por influencia helénica, aun sin perder su antigua denominación, el nombre griego de *hypotheca*. Es más, en este mismo proemio, que usa las expresiones *pignori dederit* y *pignori obligata*, se pregunta si el acreedor podrá reclamar las mercancías que se encuentran *in eam tabernam*, precisamente, con la *hypotecaria actio*.

(9) VITTORIO SCIALOJA: «Sulla locazioni dell'esercizio di un fondaco e sulla proprietà delle merci in esso esistenti (Nota alla sentenza 24 nov. 1892, Cass. Roma)», publicada en Foro italiano 1883, I, col. 705, y en «Studi Giuridici», Vol. III—Roma 1932—(que es donde lo hemos consultado), página 381.

(10) Así lo anotó GOTHOFREDO (glos. cit.): que no se entendía pignorada «*nec taberna cum instrumento*».

(11) Así, señala ARIAS RAMOS («La doctrina de la «*conventio*» y el origen de la hipoteca romana», en Rev. Der. Priv., vol. XXVII—abril 1943—, pág. 219, núm. 6): «Cuando se quería aludir concretamente a la modalidad apuntada del *pignus* (es decir, a aquél en que *non transit nec possessio ad creditorem*, o *hypotheca*), resultado del triunfo de la teoría de la *voluntas* en el Derecho pretorio, se hablaba de *conventio* y *convenire*, de *pactum*, *pactare*, o refiriéndose a la cosa de *res obligata*, de *obligare*, *pignus obligatum*, *res pignori obligata*, *praedium obligatum*».

Covarrubias (12), Merlino (13), el Cardenal de Luca (14), etc., emplean esta denominación hipoteca al aludir o examinar el texto de que nos ocupamos.

La salvedad es interesante. De ese modo el problema de la reposición de las mercancías queda situado en un ángulo jurídico inverso al planteado en la prenda hacienda mercantil, o en la de almacén, por la doctrina italiana moderna que exige en toda pignoración el desplazamiento de su posesión, acompañado de una adecuada publicidad (15). En ese supuesto, el acreedor tiene en su poder las mercaderías, puede disponer de ellas como el usufructuario del establecimiento, con la obligación de reponerlas. En cambio, en la hipótesis que examinamos el deudor sigue en posesión de la tienda o almacén, puede disponer libremente de las mercancías y suya es la obligación de reponerlas.

2. La hipoteca de las mercancías de una tienda planteó ya en Roma la primera cuestión teleológica. Tienda con sus mercancías pignoradas equivaldría a tienda cerrada, si el gravamen impediera la normal disponibilidad de aquéllas. Era, pues, necesario que pudieran venderse y que los compradores las adquieran sin mácula de gravamen (16). En la *ratio* de la ley *Cum tabernam* se presupone que ésta era la intención de las partes. Merlino (17) explicó que «per hypothecam mercium non censetur sublata facultas debitori eas alienandi, sed tacite actum censetur, ut possit eas alienare» y que «huiusmodi hypotheca non impedit, quin res venales distrahi valeant». Después, tal vez por influjo germánico, por uso reconocido fundado en la equidad y por razón de comercio, como dijo el Cardenal de Luca (18), en ningún caso fué ejercitable la hipoteca contra las mercancías individualmente vendidas a tercero que las compró de buena fe.

(12) DIEGO COVARRUBIAS DE LEIVA: «Variozum Resolutionum», Lib. II, cap. V, núm. 2, en «Opera Omnia» (Antwerpiae 1614), Vol. II, pág. 116.

(13) MERCURIAL MERLINO: «De Pignoribus et Hypothecis tractatus absolutissimus» (Venetiis 1649), Lib. II, Tit. I, Quaest. XLV (pág. 139 y siguientes).

(14) Disc. XXXV cit.

(15) Asi, v. gr., FRANCESCO FERRARA (senior): «Trattato di Diritto Civile italiano», Vol. I (Roma 1821), núm. 169, pág. 809 (donde, no obstante, cree preferible organizar su publicidad, a través de la forma hipotecaria); LORDI: «Pegno commerciale», en «Nuevo Digesto Italiano», Vol. IX (Torino 1939), núm. 59, pág. 667.

(16) DIEGO IBÁÑEZ DE FARIA: «Additiones, observationes et notae ad libros Variarum resolutionum Ilimi. ac Revdmi. D. Didaci Covarrubias a Leiva» (Coloniae-Allobrogum 1728), ad Lib. II, cap. V, núm. 14 (pág. 177). Resume así la opinión común, con citas de STRACCA, RIPA, MERLINO, BARTOLO, BALDO, ANTONIO AGUSTÍN, etc.: «Speciale est in mercibus, ut hypotheca per eorum alienationem extingatur, nec detur actio contra tertium possessorem creditore, quoniam ipsarum natura aliud non patitur, atque ita videntur contraheutes tacite convenire, ut distrahi irrevocabiliter possint ne alioqui commercium impediatur».

(17) Op. cit., Lib. II, tit. II, Quaest XLIV, núm. 28 (pág. 141).

(18) Disc. cit., núm. 3 (vol. cit., pág. 64).

Por la primera razón—interpretación de la voluntad de las partes—Scaevola, en el texto que estudiamos, respondió: «*ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur*» («se considera que están obligadas en *prenda* las cosas que se hallaron en la tienda al tiempo de la muerte del deudor»).

I. ¿CUAL ES LA EXPLICACION DOGMÁTICA DE ESTE DICTAMEN?

A) *Concepción de la «universitas».*

3. Ha sido la primera solución ofrecida como básica. Pero la *universitas*, como posible objeto de derechos, ha sido harto discutida. Se habló de ella como concepto *ontológico*, como concepción meramente *lógica* y simplemente como *expediente técnico* que explica determinados efectos jurídicos. Incluso su origen y el valor terminológico clásico de la palabra *universitas* y de la expresión *corpus ex distantibus* han sido desmenuzados por los romanistas.

a) El texto básico que en el Digesto (XLI-III, 30, pr.) formula la concepción del *corpus ex distantibus* corresponde a Pomponio (libr. XXX ad Sabinum). Refiere, en él, la famosa tripartición de los *tria genera corporum: corpus unitum* «quod continetur uno spiritu», como el hombre, el madero, la piedra, etc.; *corpus ex coherentibus* o *connexum*, «*quae ex contingentibus constat*», que se compone de varias cosas unidas entre sí, como un edificio, una nave, un armario; y *corpus ex distantibus*, que consta de muchos cuerpos no unidos, pero subordinados a un solo nombre, como un pueblo, una legión o un rebaño.

Scialoja (19) nos explica que este texto recogió la doctrina estoica, repetidamente explicada en los libros filosóficos (Plutarco. Séneca, Tazio) Incluso los ejemplos ofrecidos fueron precisamente los usados por las escuelas filosóficas. Pero, para los estoicos, el *corpus ex distantibus* está compuesto siempre por cosas animadas (20). Por eso, el maestro italiano estima absurdo querer extender el concepto a la biblioteca, los almacenes o semejantes. Antes que él, otros autores habían sostenido este criterio restrictivo. V. gr. Winscheid, a partir de la 5.ª edición de sus *Pandectas* (21).

(19) Op. cit., *Studi...*, III, pág. 378.

(20) Incluso señala que la duda suscitada por la circunstancia de comprenderse a las constelaciones en dicha categoría, se desvanece recordando que para los estoicos también las estrellas eran seres animados, incluso de grado más elevado que las bestias y los hombres (SCIALOJA, loc. cit., págs. 378 in fine y sig.).

(21) BERNARDO WINSCHIED: *Il Diritto Delle Pandette*, versión italiana, con notas de FADDA y BENZA—Torino 1925—. Vol. I, § 137. núms. 6, 7 y 8, pág. 479.

¿Pero esta teoría filosófica tuvo aplicaciones reales?, ¿o no pasó de una abstracción sin efectos jurídicos prácticos?

Por de pronto, Pomponio, en el § 2.º del texto antes citado, niega la usucapición y la posesión del rebaño como tal—«sed singularum animalium sicuti possessio, ita et usucapio»—; y la *vindictio gregis* (22) tampoco supone una propiedad sobre el rebaño distinta del derecho que individualmente se tenga sobre cada *res*. La reivindicación por sus respectivos propietarios de los *capita aliena* (Dig. VI-I, 3, pr., Ulpiano)—según precisa Barbero (23)—nos demuestra que la concepción del *grege* como *corpus ex distinctibus* no sustituye a las *singula ovem* como objeto de la propiedad. Únicamente tiene la función de invertir el procedimiento de determinación de los objetos de la reivindicación, que resultan en él por exclusión de las ovejas ajenas.

b) Los términos *universitas*, *universaliter*, según Bonfante (24), expresaron en la latinidad clásica genéricamente la totalidad, la colectividad, en oposición a las partes, a los elementos singulares. *Universus* equivalía a *omnis* e indicaba, en sentido enfático, la totalidad, la unanimidad, pero no la unidad. La antítesis típica era *singuli-universi*. En cambio, según el mismo maestro, en el lenguaje justiniano, *universus* equivale a *totus, cunctus*, y adquiere valor orgánico, unitario. La *universitas*, es así usada por los bizantinos para significar una unidad orgánica; es decir, un complejo de cosas consideradas como un único objeto.

Albertario (25) distingue en tres grupos los textos de las Pandectas que contienen el término *universitas*. Los que lo emplean con referencia a la *hereditas*; aquellos que lo aplican a la corporación como *persona jurídica*, y, finalmente, los demás por exclusión. En los dos primeros grupos, creo que esa expresión es fruto de interpolaciones de los compiladores. En el tercero, acepta su origen clásico.

Ahora bien, este autor, como Bonfante (26), también acepta la interpolación, señalada por Eisele, en el texto de Ulpiano, Digesto VII-I, 79, § 3.º, del inciso «*id est universitatis*», referido al *corpus ex distinctibus (grege, equitium, armentum)*, pues entiende que los clásicos, que tenían un tecnicismo terminológico perfecto y nunca usaban un término con significados diversos, no utilizaron

(22) Ver GAYO, IV-XVII, 1, § 3.º; ULPIANO, Dig. VI-I, 1, § 3.º; PAULO, Dig. VI-I, 2; ULPIANO, Dig. VI-I, 3; PAULO, Dig. VI-I, 23, § 5.º; POMPONIO, Dig. XLIV-II, 21, § 1.º

(23) DOMENICO BARBERO: *La universalità patrimoniali* (Milano 1936). número 52, pág. 196.

(24) PIETRO BONFANTE: *Le formazione scolastica della dottrina dell'universitas*, en «*Scritti Giuridici Varii*», vol. I (Torino 1926), pág. 308. y *La successio in universum ius e l'universitas*, vol. cit., pág. 268.

(25) EMILIO ALBERTARIO: *Actio de universitate e actio specialis in rem*, en «*Studi di Diritto Romano*», vol. IV (Milano 1946), pág. 70.

(26) «*La successio in universum ius e l'universitas*», «*Scritti...*», vol. cit., pág. 270.

jamás en sentido abstracto la palabra *universitas*. Por otra parte, cree Albertario (27) que la concepción de la *vindicatio gregis* como una *actio rei specialis*, supone una contradicción *in terminis*, en la que no pudo caer Ulpiano, en el frag. 1, Dig. VI-1. Por lo que estima interpolado el inciso «*specialis in rem actio*», del § 1.º de dicho texto, tanto más cuanto que en aquel absurdo cayeron los bizantinos, tal como, a su juicio, inevitablemente debían caer por su preocupación en distinguir entre la *actio in rei specialis (rei vindicatio)* y la *actio universitatis (acciones hereditarias)*.

En cambio, Barbero (28) subraya que no es posible afirmar que para los clásicos todo término tuviese un significado determinado. Por lo menos resulta de los textos precisamente lo contrario con referencia a la palabra *universitas*. Así indica: cosa compuesta en la *universitas aedium* (Dig. XLI-III, 23; XLIII-XXIV, 8; XLVII-1, 7, 11); la integridad del *corpus unicum*, en la *universitas fundi* (Dig. XXXI-único, 10; X-II, 30; XLI-IV, 2, § 6.º; L-XVI, 239, § 8.º); la suma atomística, en la *universitas centum et viginti*, etcétera (Dig. XIII-IV, 10; XLVI-III, 73; XXIX-1, 18, pr.; XXXIV-II, 8); y el *corpus ex distantibus* en el aludido fragmento de Ulpiano, Dig. VII-1, 79, § 3.º. A su juicio, en este texto, el inciso «*id est universitatis*» pudo ser genuino, ya que no es necesario referirlo a una *universitas* como *categoría general*. Entiende que no tuvo valor extensivo, sino meramente explicativo; ni pretendió abrazar en una categoría general, además del rebaño, el *equitium* y el *amentum*, etc., sino que simplemente quiso explicar el sentido, el modo, como las unidades del conjunto eran consideradas *sub specie universitatis*. Es decir, determinadas precisamente por formar parte de dicho conjunto con referencia a él.

Si el *id est universitatis* no expresa un concepto dogmático, sino un *modo de considerar*, no parece—según sigue ratiocinando Barbero—que deba ser aplicado solamente a los complejos animados (*grex*, «*et quae gregatim habentur*»). Ciertamente, en las fuentes la terminología se aplica solamente a éstos, entre las posibles universalidades de cosas; pero—a juicio del mismo autor—este dato terminológico no prejuzga para nada el punto de vista sustancial. Su valor jurídico, que estima coincidente con el de la expresión *corpus ex distantibus*, entiende que consiste en: «Someter un complejo de cosas a un tratamiento jurídico *unitario*, como si la efectiva pluralidad de las cosas fuese (*lógicamente*) reducida a la unidad.»

4. En Derecho común aparece en clara antítesis la terminología *universitas facti* y *universitas iuris* (29). Esta, caracterizada por gozar de la *actio de universitate* y por el principio de la subrogación real *in iudiciis universalibus*, tenía la *hereditas* como

(27) Loc. cit., págs. 94 y 5.

(28) Op. cit., núm. 51, págs. 185 y ss.

(29) Ver en la citada obra de BARBERO (núms. 80 y ss., págs. 302 y ss.) una interesantísima reseña de la posición de glosadores y comentaristas.

figura más característica, a la que luego se agrega el *peculium* (30) y se la calificó de *universitas incorporalis et iuris*, ya que podía componerse de *corpore* y de *iure* o incluso solamente de *iure*. Aquélla, compuesta necesariamente de cosas corporales—«*corpore*»—, recogía al principio únicamente los complejos animados—«*ut grex*»—, era objeto de la «*actio singularum rerum petitionis*» y a efectos de la subrogación fué catalogada entre los *iudicibus singularibus*.

No faltaron autores (31) que entre la *universitas iuris*—«*ut est hereditas quae potest consistere sine corporibus*»—y la *universitas facti*—«*consistente in corporibus sine quibus consistere non potest, ut grex*»—situaron una tercera especie, la «*universitas mixta*», o «*iuris et facti mixtum, ut peculium, dos patrimonium*» (32).

En la terminología observamos las expresiones: «*nomen universitatis*»—que Bartolo aplica a la denominación *tabernae*, referida a las mercancías en ella contenidas (33)—; «*corpus universale*»—aplicado a las universalidades de cosas, que con Gothofre-

(30) Resumiendo, según su propio criterio, las opiniones de los autores, nuestro PARLADORIO (op. cit., Diff. CXXXI, núm. 2, pág. 369) dice: «*Quator autem sunt in iure nomina quae universitatem significant, secundum Bald. ... Haec nempe, hereditas, patrimonium, peculium, bonorum possessio, adjiciunt et alii dotem, inter quos est Bartol. ...*».

(31) Tales: GIASON DEL MAINO y ALCIATO (ver la obra de BARBERO, página 307, nota 330, y pág. 316, nota 349).

(32) La calificación de la dote como *universitas iuris* fué muy discutida, debido a que la subrogación real «*proctium loco rei*», en ella sólo tenía lugar *ex conventione* y *ad utilitatem mulieri*. (Ver su resumen en las páginas 309 y ss. de la cit. op., de BARBERO.)

Entre nuestros clásicos, MATEIZO (*Comentaria in librum quintum recollectionis legum Hispaniae*—Mantuae Carpetanae 1597—. Tit. II, Lex I, glo. 1, fols. 41 y ss.) se ocupó principalmente de esta cuestión. A su juicio: «*dos est ius mixtum de universali et particulari participans, prout magis mulieri expedierit*» (núm. 1, fol. 41 y vto.). Y, a la pregunta de si el precio «*an succedat loco rei in dote, sicut in rebus universalibus*», responde negativamente, pero con esta salvedad «*nisi ita fuerit conventum, quia sic expedit mulieri... ibi si muliere ita utile*» (núm. 12, fols. 42 vto. y 43).

También discuten nuestros clásicos la naturaleza del mayorazgo. Para el Dr. LUIS DE MOLINA (*De Primogenitorum Hispanorum origine ac natura*—Nova Editio, Lugduni 1749—, Lib. I, cap. XXVI, núm. 20, pág. 214), «*titulum majoratus non esse titulum particularem, sed universalem cum eadem cadant accessiones et incrementa*»... «*Intelligendum autem est majoratum esse quid universale, nedum si ex pluribus constet vel ex una universali, oppido, castro, seu civitate, vel rebus similibus, sed etiam si solum constet ex domo, vel fundo, vel alia re particulari simili: adhuc enim dicendum erit esse jus universale, saltem aptitudine; quia ex accessionibus potest auferri... sed haec erit universitas facti, non juris, ut optime declarant Sigismundus Neapolitanus... atque Mattheus de Afflictis... ubi dicitur feudum esse universitate facti, non juris. Ea autem quae quoad hoc in feudis dici solita sunt, optimo iure ad majoratus deduci poterunt*».

(33) Op. y loc. cit. «*Appellatione tabernae venit universitas mercantiae, quae ibi exercetur*». En otro inciso de la misma glosa añade: «*Operet haec appellatio, tabernae, puta refertur ad merces est nomen universitatis, sicut, grex, peculium, et similia... et ideo licet merces mutetur: tunc videtur esse taberna*».

do (34), Merlino (35), el Cardenal de Luca (36), Salgado de Somoza (37), etc., no sólo es referida a los complejos animados, sino también a la taberna—; *ius universale*, que, para Salgado de Somoza (38), corresponde al *nomen universitatis* y es distinto a la suma de los derechos sobre los bienes y especies que están comprendidos en el mismo, por la susceptibilidad de extenderse a los futuros aumentos que se entienden comprendidos en el nombre universal; *causa universale*—equivalente al título hereditario (39)—; *iudicibus universalibus*, expresión de la que nos ocuparemos al tratar de la subrogación real, originariamente referida a la petición de herencia.

Covarrubias (40) nos señala la significación de la oración universal, a la que atribuye el sentido de totalidad, mas no de unidad.

Y Fontanella (41), en este mismo sentido, distingue: «Uni-

(34) Op. y lex cit., gl. a las palabras «an tabernae» (núm. 49, página 399), donde se lee: «Universitatis corpora (ut est taberna)».

(35) Op. cit., Quaest. cit., núms. 51, 55 (págs. 142 y s.). En esta última dice: «Quia corpus universale mercatoris potest considerari, ut quid distinctum a singulis mercibus, et uti ius universale...» En el núm. 24 (pág. 141) parece en cambio que apunta el sentido de un modo de considerar, más que el de concepto dogmático, ya que dice: «Ideo veniunt merces, quia sub nomine universali corporis tabernae continentur».

(36) Op. y Disc. cit., núm. 4 (pág. 64). Refiriéndose, «ubi agatur de universitati fundaci, seu tabernae», afirma que «tunc attenditur ipsum corpus universale, quod semper est unum et idem, nequeper variationem mercium variatur». En el núm. 21 (pág. 65), donde se remite a los Disc. XV y XVI del Lib. V, Pars. I (págs. 39 y ss.), distingue el conjunto de mercancías y el negocio propio del establecimiento: de éste dice que «non consistit in ipsis mercibus, materialibus, sed in ipso jure incorporali, seu intellectuali».

(37) FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA: *Labyrinthus creditorum concurrentium, inter illos causatam*, Pars. IV (Lugduni 1672), cap. II, núm. 6, pág. 15.

(38) Op. y loc. cit., núms. 96 y 97, pág. 24.

(39) DE LUCA (Disc. XXXV, cit., núm. 55 y 56, pág. 68, al distinguir «inter causam universalem, et particularem» reconoce: «Bene verum quod prima pars distinctionis circa causam universalem, communiter recepta est in ea universitate, quae consideratur in haereditate..., non tamen procedit in omni alia universitate». Más exactamente, expresa la distinción VINNIO (*Selectarum Iuris Quaestionum*. Ed. Novissima, Lugduni 1755. Lib. I, cap. XXIII, pág. 40) ... «Aut allegat titulum, sed universalem scilicet pro haerede... aut allegat titulum singularem, et hunc vel universitate sive haereditate aut parte haereditate... vel in re singulari...»

Causa o título universal vale tanto como título de herencia, por cuyo título pueden adquirirse toda clase de bienes. Por causa o título singular (como es la compraventa) pueden ser adquiridos tanto *universitas facti* o *iuris* como cosas singulares.

Así como la expresión *iudicibus universalibus* no se define por el objeto sino por la acción ejercitada (*petitio haereditatis*), *causa* o *título universal* tampoco se refiere a la naturaleza del objeto, sino a la causa o título de su adquisición.

(40) DIDACI COVARRUBIAS A LEYVA: *Variorum resolutionum*—en «Opera Omnia». Vol. II (Antrepiae 1614)—Lib. I, cap. XIII, núm. 1 (pág. 57): «Universalis oratio est, quae termino communi signum universale apponitur est enim signum universalem, quod omnia refertur potest, et per se ipsum nihil significat, ut nullus, homo, omnis: erit ergo propositio universalis, Nullus homo cantat, Omnis homo dormit, Nemo currit».

(41) JOANIS PETRI FONTANELLAE: *Tractatus de pactis nuptialibus sive de*

versalitas autem quae provenit ex re ipsa est, quae res ita ex se universitatem importat, ut nullo ad id ageat signo universalis, veluti *haereditas, peculium, grex*, et similia, quae corporum, et iurium universitatem important: universitatem autem, quae descendit ex vocabulis, est quae ex se universalitatem minimè denotat, sed ex eo, quod ei signa universalis, veluti *omnes, quicumque*, et similia adiungantur.»

Pero, frente a este sentido *totalitario* de la *universalis oratio* o del *nomen universalis*, aparece como *unitario* el significado de *corpus universale*, «*quid distinctum a singulis mercibus*» (42), «*quod semper est unum, et idem*» (43).

Sin embargo, esta concepción se basó, seguramente, en un espejismo producido por la distinta eficacia de la venta al detall de las mercancías y de la venta del conjunto o de la mayor parte de éstas. Al acreedor, garantizando con hipoteca de la *tabernae* no le era posible actuar sobre las mercancías vendidas, «*quando ut singulae, et minutim fuissent distracta et alienata*» (44); en cambio, podía ejercitar su derecho contra el comprador en bloque de la totalidad, o de parte alícuota, o de todo el negocio (45). Más adelante veremos cuál es la verdadera explicación de estos efectos, evidentemente justos y equitativos.

Ciertamente, se distinguió con precisión entre la determinación *específica* de las mercancías de un conjunto y su determinación *sub nomine universale*. Bajo el nombre universal *tabernae*, como glosó Bartolo (46), se comprenden todas las mercancías que allí se encuentran; «*veniunt merces, quia sub nomine universalis corporis tabernae continentur*», según dejó escrito Merlino (47). En cambio —expresa este último autor (48)—, en el caso de que las mercancías—«*merces et res venales*»—«*fuerint descriptae in instrumento*», cada una de ellas queda expresa y específicamente hipotecada y la hipoteca les sigue aunque fuesen vendidas, «*cum alienatio vetita censeatur*» (49).

capitulis matrimonialibus, Tomus prior (Lugduni 1667.; Claus. IV. Glosa IX. Pars. IV. núm. 98 (pág. 160).

(42) MERLINO, op. y quaest, cits., núm. 55 (pág. 143).

(43) DE LUCA, op. y disc. cits., núm. 4 (pág. 64).

(44) MERLINO, loc. cit., núm. 50 (pág. 152); DE LUCA, loc. ult. cit., núm. 3 (pág. 64); IBÁÑEZ DE FARIA, op. y loc. cit. núm. 14 (pág. 177).

(45) MERLINO, loc. cit., núms. 51 y 55 (págs. 152 y s.); DE LUCA, discurso cit., núm. 4 (pág. 64); IBÁÑEZ DE FARIA, op. y loc. cits., núm. 18 (pág. 177): «*Quia eas (mercium) non minutatim, sed ut corpus emit, veluti si tota taberna, vel horreum fuerit distractum, au pars ejus quotitativa: nam cum universitas rerum sit cum suo onere transit in emptorem, sicut caetera quae nexu obligationis tenentur...* «*Cessant enim hic rationes, propter quas mercium obligatarum alienatio est permissa.*»

(46) Op. loc. cit.

(47) Quaest. cit., núm. 24 (pág. 141).

(48) Quaest. cit., núm. 68, pág. 143.

(49) También se expresa en este sentido IBÁÑEZ DE FARIA (op. y loc. cits., número 19, pág. 177): «*Si in generali obligatione merces aliquae fuerint descriptae, quod eas, actionem creditori contra tertium possessorem non denegari;*

Nuestro clásico Salgado de Somoza (50) formula la distinción en estos términos: «Quia aliud est hypothecare jus universale per nomem universalae, ut gregem, peculium, mercimonium; aliud vero hypothecare bona et species ipsius juris universalis, ut sub illa hypotheca cadat augmentum, sub iste vero minime».

Esta distinción creemos que nos encamina por la verdadera senda. La designación *sub nomine universitatis* equivale a un modo de determinar las unidades no *in specie*, sino *sub specie universitatis*; no individualmente, sino en cuanto formen parte del conjunto en el tiempo correspondiente. Los textos últimamente transcritos nos aproximan a la explicación de Barbero. En cambio, los que hablan del *corpus universalis*, como hemos enunciado y luego desarrollaremos, sufren el espejismo de un determinado efecto—¿sujeción del *corpus*?—que tiene otra explicación distinta.

5. La moderna doctrina ha llenado muchas páginas discutiendo la naturaleza de la *universitas rerum o facti*.

a) Una primera teoría la considera como una cosa material con existencia real. Warkoenig y Gesterding, entre otros pandectistas, defendieron esta tesis (51). Fadda y Bensa (52) cuentan en Italia entre sus más ilustres sostenedores.

La independencia del todo respecto de sus elementos constitutivos, de modo que aquél permanece idéntico pesa a la mutación de sus componentes singulares, se considera como la prueba más segura de su unidad jurídica.

Su carácter corporal, determinado por su composición, creen que está reconocido en el citado fragmento de Pomponio de los *tria corpora*. Si en la distinción de los *corpora* en tres categorías se usara la expresión en un sentido para dos de las categorías y para la tercera en otro distinto, resultaría una incongruencia terminológica y, además, un error de lógica, pues las distinciones o clasificaciones sólo se hacen en orden a cosas pertenecientes al mismo género.

Otros autores, como Bonfante (53), han aceptado esta tesis, aunque limitando su campo de aplicación a las agrupaciones de animales constituyentes del rebaño. «Una vez admitido el concepto de universalidad de cosas, adoptando como criterio la conciencia y la economía, a nada conduce—según el sabio romanista—rebelarse a la idea de que semejante universalidad constituye una cosa

nam censentur specialiter obligatae, et earum alienatio quocunque modo vetita.»

(50) SALGADO DE SOMOZA: *Labyrinthus creditorum concurrentium*. (Editio novissima, Lugduni 1672), Pars. IV, cap. II, núm. 97 (pág. 24).

(51) Ver las citas que de estos y otros autores hace SCIALOJA (loc. cit., página 377).

(52) FADDA Y BENSA: *Notas al Diritto delle Pondette de Winscheid*. Vol. V. nota b, al Libro III, núms. 8 a 12, págs. 10 y ss.

(53) BONFANTE: *Instituciones de Derecho Romano*, traducción española de la 8.ª ed. italiana, por BACCI Y LARROSA (Madrid, 1929) § 78, pág. 241, nota 2.

corporal. Todo se reduce a operaciones del pensamiento. Pero el concepto mismo de cosa es una operación de nuestro pensamiento; en la naturaleza no existe más que el átomo, aunque en ella sea el último elemento» (54).

b) Como variante de la concepción positiva, otros muchos autores (55) entienden que la *universitas facti* es una realidad jurídica ideal, es decir, una *res incorporalis*. En sentido material, *corpus* sólo puede ser lo que tiene carácter unitario. La unidad de un cuerpo está siempre condicionada a una exterior coherencia. Si ésta falta, si existe la pluralidad de cosas, su conjunto no puede constituir una sola cosa material. Pero si el común destino económico imprime al agregado una individualidad propia, que no cabe alterar por las variaciones de sus componentes, entiende Venezian (56) que es necesario aplicar el concepto de cosa objeto del derecho a aquella *unión de cosas* conexas por su destino. La unidad del conjunto—dice—«constituye una mera representación individual y la misma realidad física de la unión no es sino la realidad de la posición en que se hallan colocadas determinadas cosas». Esa unidad se concibe, por lo tanto, como un *quid* necesariamente inmaterial, dada la pluralidad real y distinta de los diversos elementos componentes del conjunto.

c) No obstante, en la doctrina, con cierta variedad de matices, predominan las tesis negativas (57), es decir, las posiciones que niegan a la *universitas* la posibilidad de ser objeto de derechos. Según Scialoja (58), la lectura sin prejuicios de los textos romanos convence de que, en la mayoría de ellos, la pretendida *universitas* no tiene importancia jurídica directa, ni es construída por el Derecho como cosa en sí misma, y en cambio, tiene importancia indirecta como elemento de interpretación de la voluntad o del criterio como deben ser administrados ciertos conjuntos de cosas.

Ya Ihering (59) hizo notar que dos relaciones de propiedad no pueden existir sobre *una sola y misma cosa* (*unidad de la cosa, unidad de derecho*, teoría de la accesión), así como tampoco puede existir una sola relación de propiedad sobre dos cosas (*pluralidad de cosas-pluralidad de propiedad*).

(54) Respecto a la terminología clásica, observa que *corpus* cuando no se usa en el sentido más restringido de cuerpo, es un puro y simple sinónimo de *res* (*corporalis* se entiende), en todos los usos jurídicos y extrajurídicos de la palabra».

(55) Ver los autores que citan SCIALOJA (loc. pág. últ. cit.) y FADDA Y BENZA (loc. cit., núm. II, pág. 15).

(56) VENEZIAN: *Usufructo, uso y habitación*, trad. española anotada por Castán (Madrid, 1928), vol. II, núm. 277, pág. 265 a 269 y esp. nota I de la pág. 268.

(57) Ver la bibliografía que cita BARBERO, op. cit., núm. I, pág. 2 y s., nota 2.

(58) Loc. cit., pág. 378.

(59) RUDOLF VON IHERING: *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, versión española y notas de PRÍNCIPE Y SOTORRES (quinta tirada, Madrid, s. f.) Vol. IV, § LVI, pág. 41.

En este sentido Ferrara, padre (60), señaló que la consideración de la *universitas rerum* como cosa corporal o incorporeal no suprime la individualidad de las cosas singulares que la componen. Por eso «es admitido un dualismo de los derechos de propiedad sobre el agregado y sus componentes, derechos que concurren y no se absorben, de modo que la introducción de una cosa ajena en la universalidad no extingue la propiedad del dueño de aquélla». Ese razonamiento basta por sí sólo—a su juicio—para demostrar el error de las construcciones positivas.

El absurdo se confirma con la fórmula que, para patentizarlo, nos ofrece Barbero (61): conjunto de X elementos = propiedad de X + 1 cosa (la *universitas*).

Varias cosas materiales no pueden ser a la vez una sola cosa material.

Pomponio, en el fragmento de los *tria corpora*, no pudo usar en su sentido ontológico, sino con significado alegórico, o a lo más lógico, la palabra *corpus* en el *corpus ex distantibus*. Así resulta del mismo texto que le niega la posibilidad de posesión y de usucapión. Recuerda Barbero (62) el concepto gayano de las cosas corporales recogido en la Instituta (II, 12-73). «Corporales hae sunt quae tangi possunt». Quien intentase tocar un rebaño o una biblioteca—explica—, difícilmente lograría tocar más que alguna oveja o algún libro. Y, aun cuando las tocase todas, tocaría todas las ovejas del rebaño, pero no a éste, que sólo es un *nomen* lógico.

Si la *universitas facti* no es una cosa material, tampoco puede ser una *res inmaterialis*. Un conjunto de cosas materiales no puede ser una cosa inmaterial. Puede abstraerse como concepto, pero un concepto no es un ser. El propio Barbero (63) señala que no tiene una existencia objetiva, sino sólo *subjetiva*; no existe en la *serie de los seres*, sino en el interior del ser pensante.

Como concluye Barassi (64), no ofrece duda que la universalidad se esfuma en una entidad meramente conceptual e incorporea si se quiere construirla como unidad independiente de sus elementos.

Negada la posibilidad de que una universalidad pueda ser objeto de derechos, es decir, negada su existencia ontológica, se plantea si su concepto puramente lógico, basado en la unidad económica de algunos conjuntos, tiene alguna repercusión jurídica.

Para Scialoja (65) su consideración sólo tiene una importancia indirecta como elemento de interpretación de la voluntad o del

(60) Op. y vol. cit., núm. 169, pág. 801.

(61) Op. cit., núm. 17, pág. 66.

(62) Op. cit., núm. 8, págs. 28 y ss. y núm. 19, III, págs. 79 y ss.

(63) Op. cit., núm. 7, pág. 24.

(64) LUDOVICO BARASSI: *Diritti Reali e Possesso*, Vol I (Milano, 1952), núm. 118, pág. 373.

(65) Op. cit. en *Studi...* vol. cit., pág. 378.

criterio que determina el modo cómo han de ser administrados ciertos complejos de cosas.

Ferrara (66) dice que «la conexión económica que liga los elementos del agregado no queda sin influencia jurídica, el Derecho lo tiene en cuenta, como tiene en cuenta la voluntad humana, dando a las relaciones jurídicas que lo requieren un especial contenido. La unidad económica del conjunto actúa, pues, no ya creando una nueva cosa, sino produciendo una desviación de los efectos jurídicos o por disposición de la ley o por interpretación de la voluntad de las partes».

Según Enneccerus-Nipperdey (67), el *común destino* en los conjuntos de cosas—que consideran como pluralidad de cosas singulares independientes—determina que en ciertos aspectos sean jurídicamente tratados como un todo.

Barassi (68) dice que el complejo no es sino la conexión por su destino unívoco de la pluralidad real de varios factores en un tratamiento jurídico unitario. Prescindir de ese común destino sería tanto como disociar el concepto jurídico del económico.

d) Estas explicaciones son consideradas insuficientes por Barbero (69). Este brillante jurista italiano sostiene que la *universitas* no es una realidad ontológica, pero sí es una realidad lógica (70). No es en sí objeto de derecho, pero es *elemento determinante* de los objetos de algunas relaciones. No es un *ser* sino un *modo diverso de considerar* cuantos elementos se comprenden en su conjunto (71). Por eso esa concepción lógica tiene un carácter relativo; así un mismo conjunto puede ser tratado *sub specie universitatis* en un aspecto y en otro no (72).

En concreto, según esta tesis: 1.º Las cosas, en su pluralidad, son los efectivos objetos de los derechos. La particularidad radica en que no están determinadas a base de su *individualidad singular*, sino de la *individualidad del conjunto*. 2.º El conjunto no es un ente en sí, pero traduce una pluralidad de entes; tampoco es un objeto de derecho, pero expresa la *pluralidad de objetos de derecho*: es el *elemento determinante de las cosas (elemento determinado)* que son objeto de la relación. 3.º La *universitas*, es decir, la consideración del mismo conjunto *sub specie universitatis*: es la *unidad de consideración* (vértice lógico) de la pluralidad de cosas (plataforma ontológica) a través de la *individualidad del conjunto*, en función de elemento determinante (73).

(66) Op. y vol. cit., núm. 169, pág. 802.

(67) LUDWIG ENNECCERUS Y HANS KARL NIPPERDEY: *Tratado de Derecho Cril.* Vol. II-1.º (1.ª ed. española con notas de BLAS PÉREZ Y J. ALGUER. (Barcelona, 1943) § 114. III. pág. 552.

(68) Op. y vol. cit., núm. 117-bis, pág. 363.

(69) Op. cit., núm. 13, págs. 50 y ss.

(70) Núm. 1, págs. 2 a 6 y núm. 20, págs. 82 y ss.

(71) Núm. 14, págs. 53 y ss.

(72) Núm. 15, pág. 62 y ss.

(73) BARBERO. op. cit., núm. 22, págs. 85 y ss.

Las cosas pueden determinarse: *específicamente*, sea de modo *individual* o *en bloque*; *genéricamente* en cantidad y calidad determinada; *alternativamente*, es decir, quedando relativamente indeterminadas entre cierto mayor número de unidades determinadas; *sub specie universitatis*, es decir, a través su inclusión en el conjunto del que forman o formarán parte.

La consideración en bloque y la consideración *in universitate*, según vimos, fueron claramente distinguidas por los clásicos, como Merlino (74) y Salgado de Somoza (75). Según Barbero (76), difieren en que el primer modo supone la consideración unitaria de la relación o del negocio, referidos al conjunto, pero a la vez la de terminación individual de cada uno de los elementos plurales comprendidos en éste; mientras que del segundo modo sólo se individualizan las cosas a través de su permanencia o ingreso en el conjunto.

En el *Nuovo Digesto* Montel (77) recoge y se adhiere a esa concepción de la *universitas* como categoría lógica, no ontológica, «que—dice—no constituye un nuevo objeto de derecho al lado de las cosas singulares, sino únicamente una operación lógica del ordenamiento jurídico sobre un complejo de objetos de derecho, que viene considerado unitariamente en relación a determinados efectos».

6. Al texto de la *lex Cum tabernam* aplican los autores la particular concepción de la universalidad que respectivamente admiten.

Ascoli (78) consideró que el gravamen recae sobre la *universitas*, como objeto inmaterial distinto de los elementos que la componen, de forma que sólo aquélla constituye su objeto, pero no éstos.

Rotondi (79) tampoco ha estimado como objeto de la garantía a los elementos que existían en la tienda en el acto de la constitución de la garantía, sino a la taberna, en sí y por sí, tal cual se encuentre en todo momento durante su funcionamiento, y permanece pese a la continua mutación que agita a sus elementos constitutivos. Sólo esta perdurable individualidad, distinta de sus elementos singulares, explica—a su juicio—cómo después de constituida la prenda se puedan vender las mercancías y sustituirlas por otras. Y, también, se ve en ella la clave del por qué decidió Scaevola que sólo se entendían vinculadas en garantía aquéllas que se hallaran en la taberna a la muerte del deudor, es decir, en aquel momento determinado en el cual el contenido y la extensión de la garantía debía concretarse

(74) Ver antes, texto y nota 45 de este trabajo.

(75) Op. y frag. citados en la nota 46, transcrito en el texto correspondiente a la misma.

(76) Op. cit., núm. 23, págs. 89 y ss.

(77) «Nuevo Digesto Italiano», Vol. IX, *Pegno civile*, núm. 35, pág. 630.

(78) ASCOLI: *Le origine dell'ipoteca e l'interdetto Salsviano* (Livorno, 1887), págs. 119 y s. (cita de FADDA Y BENSA).

(79) MARIO ROTONDI: *Il pegno dell'azienda*, en Riv. Dir. Comm. Volumen XXVIII (1930-1), pág. 794.

(Como veremos, caben otras explicaciones de este mismo resultado, tan claramente dictaminado por Scaevola.)

Fadda y Bensa (80) afirmaron que yerran quienes sólo estiman afectadas por la prenda a las cosas singulares, pero que también yerran gravemente aquellos otros—como Ascoli—que sólo admiten como objeto de la prenda a la *universitas*, y no a sus elementos singulares.

Para Scialoja (81), la prenda va referida inicialmente sobre las mercancías consideradas en sí mismas no como universalidad—*merces, quae ibi deprehenduntur, quae in taberna inventa sunt*—. «Perc si las mercancías eran el verdadero objeto de la prenda, era necesario considerar que estaban destinadas al comercio y, por tanto, que el deudor debía poderlas enajenar libres de toda carga... Esto lo sabía el acreedor, de modo que aceptando la prenda sobre las mercancías, tácitamente había permitido su enajenación, autorización que, según la regla general, daba lugar a la extinción de la prenda (Dig. L-XVII, 158; XX-VI, 4 § 1, 7 pr., 8 § 6 segs. y 10 pr.; Cod. VIII-XXV, 2 y 11). Si la prenda no perduraba sobre las mercancías enajenadas, el otorgamiento sería inútil y ridículo si en las partes contrayentes no se presupusiese la intención de someter a la prenda las mercancías adquiridas en sustitución de las vendidas. ¿No era suficientemente clara tal voluntad cuando el correspondiente contrato se había referido a la taberna? Ahora bien, todo el mundo sabe que era perfectamente lícito constituir una prenda sobre las cosas que se adquiriesen en lo futuro e incluso que se produjesen en lo futuro (Dig. XX-I, 1, pr.; 15 pr. y § 1.º; 10 § 7.º; XX-IV, 3 § 1.º, 7 § 1.º, 11 § 3.º; Cod. VIII-XV, 5).»

La misma explicación, basada en este criterio de interpretación de la voluntad de las partes, ha sido aceptada por el santo jurista Contardo Ferrini (82), por Hölder (83), por Bonfante (84), por Ferrara, padre (85)... Según este último autor, la sucesiva extin

(80) Op. y vol. cit., nota b), núm. 34, pág. 50.

(81) Op. cit., «Scritti...», vol. cit., pág. 381.

(82) CONTARDO FERRINI: *Anotaciones a las Pandectas de Glück*, vol. XX, pág. 746 (cita de FADDA Y BENSÁ.)

(83) HÖLDER: *Pand.* § 30, pág. 138 (cita de los mismos anotadores).

(84) «Instituciones...», cit., § 148, pág. 446: «Si la prenda recae sobre una universalidad de cosas—aquí se entiende por *universalidad* un conjunto cualquiera de cosas reunidas en un único concepto económico, y, por lo tanto, no solo el rebaño y semejantes, sino también, por ejemplo, un almacén de mercancías—, ella grava también cada una de las mercancías del almacén o cada una de las cabezas del rebaño; pero conforme a la presumible voluntad de las partes, se entiende que la prenda se extingue respecto las mercancías o cabezas enajenadas y en cambio se extiende sobre las introducidas de nuevo, siempre y cuando el conjunto no sea destruido o disminuido.»

(85) Op. y vol. cit., núm. 169, págs. 808 y ss.: «La solución romana para el *pignus tabernae* se explica lógicamente, considerando que tratándose de mercancías destinadas a la enajenación, se ha de entender que el acreedor, desde la constitución de la prenda, consiente en renunciar a la garantía sobre las cosas enajenadas, así como el deudor desde el principio consiente en someter a la prenda las mercancías que se hallen en el almacén.»

ción y nueva constitución de garantía real sobre los elementos materiales—querida por las partes—produce la ilusión de una única prenda sobre la colectividad abstracta.

Kholer (86) busca la explicación en las recíprocas relaciones económicas, que vinculan las cosas singulares. Si el destino del conjunto de cosas requiere la sucesiva separación de los elementos singulares, y su subrogación con otros nuevos, la prenda deberá presentar la especialidad de cesar sobre las cosas normalmente enajenadas y de surgir automáticamente sobre nuevamente agregadas. De modo, que tal prenda sería una prenda de las cosas presentes y de las a adquirir en lo futuro, y una prenda con cláusula de extinción por la normal separación... «Económicamente sería dado en prenda el organismo en constante renovación del negocio; jurídicamente, la prenda vincularía las cosas singulares presentes y futuras, pero con la peculiar modalidad resultante precisamente del fin económico de tal derecho de prenda».

Barbero (87) señala la insuficiencia de las explicaciones ofrecidas, tanto con la tesis de la voluntad tácita de los constituyentes como a través del destino económico del conjunto. «¿No sería mejor—pregunta a los sostenedores de aquélla—, en lugar de esforzarse, en hacer hablar al silencio de las partes, en lugar de meterse a la busca de tácitas intenciones, referirse a una regulación positiva del ordenamiento jurídico, que pudo haber tenido en cuenta aquellas probables exigencias, pero que, técnicamente, ha concluido por hacer autónoma la propia disciplina?». A las palabras de Köhler, observa que tienen ciertamente la virtud de *describir* el fenómeno jurídico, más no, al parecer, la de explicarlo: recurrir a las recíprocas relaciones económicas no resuelve la cuestión porque se trata sobre todo de un fenómeno a encuadrar en los esquemas que constituyen propiamente la *mecánica del derecho*, no *la de la economía*.

Enneccerus-Nipperdey (88) aceptan por su brevedad la expresión prenda de universalidad, como expresión resumen, pese a considerarla inexacta. Pero estiman que esa prenda recae, en realidad, sobre las cosas singulares, y que sólo en algunos aspectos tiene un trato diverso del que tendría si las cosas hubiesen sido dadas en prenda aisladamente. Mas tampoco nos explican en qué consiste ese trato diverso ni precisan cuál es su razón jurídica.

Es Barbero (89), con su teoría de la consideración *sub specie universitatis*, quien nos ofrece de modo satisfactorio una explicación jurídica armónica con las finalidades económicas que se trata de satisfacer con la solución buscada. La aplicación nos la ofrece sobre esa fórmula:

(86) KOHLER: *Das Dispositionnisbrauch*, en Iherings Iarbuch, 1880, página 206 y ss. (cita de FADDA Y BENZA).

(87) Notas 118 y 119 de su obra cit., págs. 233 y ss.

(88) Op. y vol. cit., § 114, II, pág. 552.

(89) Op. cit., núm. 54, págs. 232 y ss.

a) *Objeto del derecho* son las mercancías. Como dice el texto de la ley: «*merces... obligasse videtur*».

b) El *conjunto* no es objeto del derecho, sino elemento determinante. Como dice el texto: «*merces, quae in taberna erant, obligasse*».

c) La *universitas*, la consideración *sub specie universitatis* sitúa a las cosas y a su conjunto en la relación recíproca de elemento determinado y elemento determinante. Dice el texto: «*tabernam... pignori dederit*», para deducir que con esto no «*nihil egit*», sino «*merces quae in ea erant obligasse*».

d) La permanencia de la identidad de las relaciones referidas al todo, no obstante la variación de los elementos componentes, según el texto: «*cum mercium species—en sentido de individualidades—mutatae sunt... ea quae mortis tempore debitoris, in taberna inventa sunt, pignori obligata esse*».

Es decir: las cosas son objeto de la relación jurídica en cuanto forman parte o entran a formar parte del conjunto, y dejan de ser objeto de la relación jurídica en cuanto cesan de formar parte del conjunto. Porque la relación jurídica se refiere a las singulares mercancías no en vista a la individualidad de cada una de éstas, sino a la individualidad del conjunto. La *universitas—la taberna—no es objeto del derecho, ni corporal ni incorporal, sino sólo un elemento lógico determinante del objeto del derecho*.

A nuestro parecer, es exacta la función jurídica que Barbero asigna a las expresiones que—como *taberna*—significan una universalidad. Ahora bien, esta determinación *sub specie universitatis* puede referirse a un período de tiempo, determinado o determinable, o bien, concretamente, a un momento, también determinado o determinable. Para Barbero la determinación *sub specie tabernam* de los objetos pignorados o hipotecados actúa desde el momento de constituirse la garantía hasta el de su extinción. De este modo, los objetos pignorados variarán conforme salgan y entren en el conjunto que actúa de elemento determinante.

En este punto discrepamos del ilustre jurista italiano. Así como en el usufructo nos parece exacto que la determinación *sub specie universitatis* tiene dimensión temporal; en cambio, tratándose de la prenda o la hipoteca, referidas a una universalidad de cosas, creemos que esa determinación no se concreta sino en el instante en que la hipoteca se hace efectiva y cristaliza en el embargo de las mercancías que en aquel momento constituyan el conjunto.

Pero esta cuestión la examinaremos detalladamente en el momento oportuno.

7. Ahora, para no dejar otro frente a nuestra espalda, veremos si concibiendo como objeto de derecho a la *universalidad* de las mercancías de una tienda o almacén se lograría explicar algún efecto práctico de los jurídicamente derivados del *pignus tabernae* y que resulte inexplicable de otro modo.

1) La permanencia de la relación, pese a la constante varia-

ción de las mercancías, como hemos visto puede ser explicada sin recurrir a la configuración de la *universitas* como realidad ontológica objeto del derecho. La idea de la determinación *sub specie universitatis* explica dicho resultado con iguales ventajas y menos inconvenientes que la concepción de la *universitas* como *corpus* o como *res incorporali*. En cambio, con la concepción de Barbero el inconveniente que no se supera es el de explicar cómo las mercancías pueden estar pignoradas sin quedar sujetas.

2) Gierke—según cita de Wolf—señaló como una consecuencia de la realidad de la *universitas* la circunstancia de que en la prenda sobre un conjunto de cosas, el derecho del acreedor a proceder a su venta se refiere únicamente a la totalidad.

Pero, como el propio Wolf replica, semejante venta colectiva puede ser estipulada en toda pignoración que se refiera a varias cosas, aunque éstas sean determinadas individualmente. Estipulación, ésta, que debe entenderse tácitamente sobreentendida cuando se pignora un conjunto de cosas (90).

3) La aparentemente reipersecutoriedad del gravamen en el caso de venta en bloque de las mercancías, parece inexplicable, a primera vista—puesto que no hay reipersecutoriedad sobre las mercancías individualmente enajenadas—, si no es partiendo del presupuesto de considerar hipotecado el conjunto, como *corpus universale* o como *res intellectuali*.

Merlino (91), después de proclamar que las mercancías sólo se entienden obligadas según su naturaleza, es decir, en tanto no sean enajenadas, y, por tanto, que sobre las vendidas cesa la hipoteca, señala que lo contrario sucede si son enajenadas como *corpus* «sive ante motum indicium, et ante ortam actionem, sive post». He aquí su explicación: «quia corpus universale mercatoris potest considerari, ut quid distinctum a singulis mercibus, ut uti ius universale assumendo dicitur venire propter ea in hypotheca». Transferida por el deudor la *tabernam* a otra persona se entiende que la transfiere «idest cum illa hypotheca, quae erat penes debitorem, tanquam contra ius ipsum, et corpus apothecae» (92). E Ibáñez de Faria (93) explica que, como la taberna es *universitas rerum*, con su carga (*cum suo onere*) pasa al comprador.

No obstante, la misma explicación puede lograrse con la tesis que niega que el conjunto sea objeto del derecho, y únicamente lo considera como elemento determinante de las mercancías hipotecadas *sub specie universitatis*. Quien adquiere mercancías de modo singular, las recibe libres de todo gravamen por imperiosa exigencia del comercio; pero a favor de quien compra en masa las

(90) MARTÍN WOLF: *Derecho de cosas*, en el cit. «Tratado...» de ENNECKERUS, KIPP, WOLF, vol. III.2.º (Barcelona, 1937) § 161. IV. 2. págs. 40-1-2 y nota 12, § 166, III, 3. b. pág. 432.

(91) Quaest. cit., núm. 50 y ss., págs. 142 y ss.

(92) Núm. 55. pág. 143.

(93) Op. y loc. cit., núm. 18. pág. 177.

existencias de una tienda o un almacén no milita esta razón. Como el propio Merlino observa (94): 1.º, el *favor commercium* no tiene razón de ser en este supuesto; 2.º, el perjuicio para el acreedor no se da cuando el deudor tiene abierta la tienda, y a medida que vende va reponiendo las mercancías; pero se daría si la venta en masa extinguiese su garantía por desaparición de su objeto, y 3.º, por el fraude resultante de la operación—*vendentis in corpus non minutim*—cuando con ella se perjudicase el acreedor.

Junto a estas razones teleológicas, puede aducirse una explicación dogmática sin transformar el *corpus tabernæ* en realidad ontológica, es decir, sin elevarla al rango de objeto del derecho. Una frase de Baldo que recoge Merlino (95)—«manente eodem corpore penés emptorem durat eandem hypotheca»—y otra de Marescoto, también recogida por el mismo Merlino (96)—«ita ut corpus adhuc universale conservetur ipsarum rerum venalium apud eundem emptorem»—, deben ser traducidas del conceptualismo jurídico en el sentido de significar: «cómo siguen determinadas por formar parte del mismo conjunto»; o bien: «porque su determinación *sub specie universitate* no varía». El *corpus*, en sentido del conjunto, la *universalidad* sigue actuando después de la venta como elemento determinante aun bajo la propiedad del comprador. Este mismo sentido debe atribuirse a las palabras de Ibáñez de Faria: «nam cum universitas rerum sit». Desde el punto de vista de Barbero, podría decirse que si las mercancías son objeto del gravamen en cuanto forman parte del conjunto—determinadas *sub specie universitatis*—, no dejan de formar parte de dicho conjunto determinante si con la venta en masa éste no pierde su identidad.

Aunque, según luego defenderemos, la determinación *sub specie universitatis* de las mercancías pignoradas sólo deba ser referida efectivamente al tiempo del vencimiento, o al del ejercicio de la acción, también cabe una explicación semejante. La venta en bloque de las mercancías debió dar lugar, normalmente, al vencimiento de la hipoteca—simultáneo al primer instante de la operación, es decir, a la disposición del vencedor—. Sin duda el crédito así garantizado tenía cierto carácter personalísimo, ya que incluso la muerte del deudor daba lugar a su vencimiento, según el texto de la ley. Tal suceso, en consecuencia, debía dar lugar a la concreción del gravamen en las mercancías existentes en aquel momento. Estas quedarían determinadas por ese dato, precisamente al ser transferidas por el vendedor al comprador, que las recibiría con su gravamen.

B) *La subrogación real.*

8. Conjuntamente con el concepto de la *universitas*, o con independencia de éste, se ha recurrido frecuentemente al fenómeno de

(94) Quaest. cit., núms. 52, 53 y 54, pág. 143.

(95) Núm. 51, pág. 142.

(96) Núm. 51, vers. «Et procedere» (pág. 142).

la subrogación real, sea para completar la explicación o para explicar totalmente porque el día del vencimiento de la hipoteca se entendía hipotecadas las mercancías que, a la sazón, se hallasen en la tienda o en el almacén en cuestión.

Baldo (97) ya indicó: «quia aliae res de novo acquisitae loco illarum rerum subrogatur, est enim mercatura quodam corpus universale, ubi una res subrogatur loco alterius». También Merlino (98) explica que «aut merces dici corpus universale, et universitatem importase», por esta razón: «una res loco alterius succedit, et veniunt tam praesentes, quam futurae, uti subrogatae, et augentes ipsum corpus». De Luca (99) nos dice que la taberna, como cuerpo universal, siempre es una y la misma, y no cambia por las variaciones de las mercancías, sino que, con razón, se subrogan las nuevas en lugar de las antiguas.

Repudiando el concepto de *corpus universale*, Scialoja (100) subraya la voluntad de las partes de someter al *pignus* las mercancías que eran adquiridas para subrogarlas vendidas.

También se entiende aplicado de modo expreso el criterio de la subrogación real por uno de los preceptos agregados al Código civil por la Ley de 5 de diciembre de 1941: el artículo 1.865 bis. Su primer párrafo, después de admitir la constitución de prenda sin desplazamiento «sobre un conjunto de cosas de calidad determinada y en cantidad variable dentro los límites previamente pactados», determina que: «En tal caso, las cosas pignoradas que se enajenen serán sustituidas por otras de igual calidad y en cantidad y valor equivalentes».

Pero antes de ver la explicación que de nuestro supuesto la subrogación real puede ofrecernos, conviene que nos pongamos de acuerdo acerca de la misma.

9. Para aclarar posiciones es necesario observar que la expresión subrogación real se ha aplicado a fenómenos que ofrecen cierta semejanza en sus resultados, pero que en su esencia y en su causa no deben confundirse. Así tenemos:

Primera figura.—La aparente subrogación, que no es tal, sino fruto de la determinación *sub specie universitatem*, que, a su vez, puede derivar intrínsecamente de la productividad orgánica de los elementos que ya componían el conjunto, o bien extrínsecamente de la agregación de nuevos elementos equivalentes o no a los antiguos que fueron separados de aquél (101).

(97) Comentario a la ley «ubi adhuc», núm. 280, Cod. de *iur dot.*, según cita de MERLINO (op. cit., II-I, Quest. XLIV (núm. 27, pág. 141).

(98) Quaest. cit., núm. 27, pág. 141.

(99) Disc. cit., núm. 4, pág. 64.

(100) «Scritti...», vol. cit., pág. 381.

(101) MODESTINO (Dig. XX-I, 26, § 2.º), en un supuesto de pignoración de un predio con sus esclavos, que fallecidos fueron sustituidos por otros por los herederos del deudor, resolvió que si estos nuevos esclavos no fueron pignorados,

Seguramente se habló en estos casos de subrogación en virtud de un error de perspectiva. Considerada la regla «*subrogatum sapit naturam subrogati*» (102) y resultando que los nuevos elementos incorporados a una universalidad, en cuanto son considerados *sub specie universalitatis*, ocupan la misma posición jurídica que los anteriormente separados (así la nueva oveja queda comprendida en el usufructo del rebaño, las nuevas mercancías en la hipoteca de la *tabernæ*, etc.), se concluye que hay subrogación de estos por aquéllos. Es decir, tal apreciación tiene como falsa premisa la afirmación de que a iguales efectos corresponde una misma causa.

Esos iguales efectos, sin duda pueden derivar de causas distintas, como en nuestro hipótesis, son: la consideración, *sub specie universalitatis* de los elementos variables de un conjunto, y la *subrogación real*, inmediata o mediata, de unos elementos por otros.

Segunda figura.—La subrogación de cosa por precio y de precio por cosa, cuando el precio no esté concretamente representado por dinero individualizado (v. gr., por su consignación o su depósito) ni por el crédito correspondiente a su aplazamiento. Se trata, por tanto, de una subrogación, dentro de una masa patrimonial, de una cosa por el valor por el cual fué enajenada, o de este valor por la cosa adquirida con su aplicación (103). Valor que, en su

ni nacieron de las esclavas pignoradas, no estaban en manera alguna obligados a los acreedores».

(102) El brocardo «*Subrogatum sapit naturam subrogati*» también ha sido duramente criticado por la doctrina moderna; CAPITANT (*Essai sur la subrogation reel*, en «*Rev. Trim. de Droit. Civil*», 1919, vol. XVIII, pág. 393) entiende que no describe en forma exacta el efecto de la subrogación, que no consiste en transportar una cualidad de un bien a otro, ni atribuye al nuevo bien la naturaleza del anterior, sino que sustituye en la posición jurídica del antiguo al subrogado. Según BONNECASE (*Elementos de Derecho Civil*, vol. III, Trad. del Lic. JOSÉ M. CAJICA, jr. —México, 1946—, núms. 22 y 23, págs. 24 y s.), esta regla sólo ha engendrado confusiones, a través de la distinción entre cualidades intrínsecas y extrínsecas, y presenta de modo inexacto, por lo menos etimológicamente, los efectos de la subrogación real.

En realidad, no hay lugar a tales confusiones, si se quiere entender el brocardo en su recto sentido. Como dice BARBERO (op. cit., núm. 29, páginas 119 y s.), es demasiado evidente que la subrogación no atribuye a un nuevo bien la naturaleza del anterior. Si de la herencia se vende un campo, afirmando la subrogación del precio, no se quiere decir que éste se transforme en campo, que *sapit naturam fundi* (!). No es entre las dos cosas que se produce un cambio de cualidad. Pero se puede perfectamente decir que, como el campo, en cuanto formaba parte de la herencia, participaba—en cierto sentido, rectamente entendido—*naturam hereditatis*, entrando el precio a formar parte de ella, será éste el que vendrá a *sapere* de la misma naturaleza, no de campo, sino de *hereditas*; viene a ser, como ya lo era aquél, una *res hereditaria*. En este terreno, el adagio no da realmente lugar a escándalo y ni repugna a la más estrecha ortodoxia filosófica.

(103) Esa subrogación de precio por cosa frecuentemente requería una declaración en este sentido o alguna conjetura favorable: la presencia y el consentimiento de la mujer, en la dote; en los fideicomisos, la ausencia de

día, si no ha sido aplicado a una adquisición, se transformará en un crédito al cesar la momentánea conjunción de los dos patrimonios (v. gr., los del ausente y de su representante) o de las dos masas patrimoniales (v. gr., bienes del marido, dote y gananciales; bienes fideicometidos y bienes libres del heredero gravado).

La clásica fórmula «in universalibus, pretium succedit loco rei et rei in loco pretii», contemplaba ese concepto de la subrogación que, evidentemente, sólo tiene cabida en el seno de las *universitas iuris*, y nada más que en ciertas condiciones en las catalogadas de *universitas mixtas*.

La afirmación de Capitant (104) de que hoy debiera decirse que: «in iudicibus universalibus vel singularibus, praetium succedit loco rei», olvida que la concepción clásica partió de ese concepto amplio de la subrogación, que él limita al referirlo al crédito por el precio, al precio debido. Es decir, a la subrogación de la cosa por el crédito para reclamar su precio adeudado o a la indemnización debida.

Igual ocurre con el aserto de Bonnacasse (105). Pero este autor además confunde sea subrogación amplia, o de valor, con la fungibilidad de los elementos componentes del patrimonio. Olvidando que ese valor, correspondiente a un precio que se cobró, pero que tal vez luego fué empleado, gastado o se perdió, únicamente podrá cristalizar como crédito de una masa patrimonial, respecto a otra, es decir, como elemento de aquella, en el instante de su separación y tan sólo a través de la liquidación correspondiente resulta subsistente. Antes hay un valor contabilizado en el haber de un patrimonio o de una masa patrimonial, pero jurídicamente no puede decirse que haya nacido crédito alguno, sin perjuicio de que, en ciertos casos, pueda exigirse la constitución de hipoteca para garantizar la devolución, en su día, de ese valor si llega a cristalizar como crédito en la liquidación.

Por otra parte, como con gran sentido de la realidad jurídica ha observado Roca Sastre (106) «tratándose de patrimonios gene-

conjetura en contrario; la disposición del testador, etc. (Ver MERLINO op. cit., Lib. II, tit. I, Quaest LII, núms. 19 a 42, págs. 56 y s.; y DE LUCA, Disp. cit., núms. 35 a 44, págs. 66 y sig.)

(104) *Essai sur la subrogation reel*, en «Rev. Trim. de Droit Civil», vol. cit., págs. 385 y ss.

(105) JULIEN BONNACASSE: *Elementos de Derecho Civil*, vol. III, Trad. del Lic. JOSÉ M. CAJICA, jr. (México, 1946), núm. 31, c), pág. 29: «Si en lugar del bien desaparecido, su propietario obtuvo una suma de dinero, que se funde en el conjunto de los bienes fungibles, es evidente que no puede tratarse de subrogación real, a reserva de la antigua subrogación general, que ningún interés presenta para nosotros. De otra manera sucede mientras el crédito por el precio o el derecho a la indemnización existan en contra del deudor; en este caso se trata, por no haberse efectuado el pago, de un verdadero bien, individualizado, representado por un derecho de crédito contra una persona determinada.»

(106) RAMÓN M.ª ROCA SASTRE: *La subrogación real*, en «Rev. Dr. Priv.», volumen XXXIII (abril, 1949), pág. 287.

rales de las personas, el juego de la subrogación, de tan natural que es, se sobreentiende, de modo que casi huelga hablar de él. Pero esto no quiere decir que deje de actuar la subrogación real confluyendo con la fungibilidad... ésta es más extensa que aquélla, pues actúa incluso sobre elementos no derivados de un cambio o equivalencia, pero esto sólo demuestra que son dos figuras con campo diferente».

Tercera figura.—La subrogación real, en sentido restringido, como lo entiende Bonnacase (107) *de cosa por cosa*, denominando así no sólo a las cosas materiales, sino también a los créditos. En este sentido la subrogación real comprende también la sustitución de una cosa por el crédito para cobrar su precio debido o la indemnización correspondiente por razón de la pérdida, deterioro o expropiación de la cosa, en tanto no hayan sido pagados. Igualmente comprende, en su caso, la subrogación de una cosa en lugar del dinero con que se satisfizo su importe con tal de que este se hallare perfectamente identificado.

10. Las reglas clásicas de la subrogación (108), han sido duramente criticadas por un amplio sector de la doctrina moderna, en especial por los autores franceses. Pero, además de partir de las inexactitudes antes indicadas, indudablemente la crítica ha pecado de excesiva por basarse en una interpretación absoluta y rotunda de ellas que jamás se llegó a dar en Derecho común.

Nos explican Fadda y Bensa (109) que en la glosa de Acursio la regla *pretium succedit loco rei* se limitó a la «*petitione hereditis*», pero que ya Bartolo formuló netamente la distinción entre *iudicia universalis et particularia*.

Esta narración no es del todo exacta. Así ha demostrado Barbero (110), con absoluta precisión sólidamente documentada, que Bartolo realizó una doble formulación.

La primera de ámbito procesal, relativa al *iudicium universale*

(107) Op. y vol. cit., 30 y 31 (págs. 28 y ss.). Su definición es: «La subrogación real es una institución jurídica esencialmente relativa a un patrimonio, considerado en un momento dado de su existencia, en sus elementos concretos e individualizados; su función consiste, en los casos de enajenación o de pérdida de uno de estos elementos, en trasladar, salvo intereses de tercero, de pleno derecho o en virtud de la voluntad de los interesados, sobre el bien individualizado adquirido en sustitución, los derechos que gravaban al bien que dejó de formar parte del patrimonio». De esta definición interesa subrayar su limitación a *elementos concretos e individualizados*, con lo que se excluye el valor correspondiente al precio ya cobrado por ventas anteriores de otros bienes concretos e individualizados, y al *bien individualizado adquirido en sustitución* de dicho precio ya cobrado, con lo que excluye igualmente el precio una vez que como dinero se confunda en el conjunto de bienes.

(108) «In universalibus, pretium succedit loco rei et res loco pretii.» «Subrogatum sapit natura subrogati» (respecto este último, ver nota 99).

(109) Op. y vol. cit., letra (b), núm. 51, pág. 68.

(110) Op. cit., núm. 29, págs. 129 y ss.

(que no era un juicio establecido para la *universitas iuris*, sino que exclusivamente correspondía a la *hereditatis petitio*), y que la doctrina moderna falsea, al criticarla, sustituyendo *judicium universale* por *universitas iuris* (111).

Otra de derecho sustantivo: «In universalibus praetium succedit loco rei, secus in particularibus». Sobre esta segunda regla, entiende Barbero (112) que también la crítica moderna ha sido excesivamente fácil, demasiado ligera, porque generalizó una norma ocasional o causal, a la que el propio Bartolo señaló limitaciones que al criticarla se ha olvidado.

Es lo exacto que, aún entre los autores de Derecho común relativamente más modernos, como el Cardenal de Luca (113), que recogen la doctrina de los Doctores, son planteadas una serie de distinciones y subdistinciones. Así habla el Cardenal de la subrogationes «*unius rei loco alterius*», «*rei loco pretii*» y «*pretii loco rei*» y dentro de cada una, de la *inmediata*—que en la primera especie pudo ser «*inmediata et coequalis*» o «*inmediata sed consecutiva*» (114)—y la *mediata* (115). Y, sin contentarse con estas subdistinciones, seguía distinguiendo varios supuestos según se operara en *corpore universali* (116) o *rebus particularibus* (117), o se tratase de *causam universalem vel particularem*—observando que la primera, «*communiter recepta est in ea universitate, quae consideratur in haereditate*», «*non tamen procedit in omni alia uni-*

(111) Como explica BARBERO (págs. 114 y ss.): En la *rei vindicatio* el precio de la cosa no es objeto directo e inmediato de la *petitio*. En la *hereditas petitio*, el precio de la cosa vendida es objeto directo e inmediato de la *petitio*. El precio que en la *rei vindicatio* se obtiene por *litis aestimacionem*, representa efectivamente el valor pecuniario de la cosa, según la tasación pericial que se determina en el juicio. El precio de la *res* hereditaria está ya *determinado, antes de que se inicie el juicio*; ya que no representa el equivalente actual de la cosa vendida, sino el *id quod ea re perceperit*: o sea el precio en concreto obtenido de la enajenación verificada.

(112) Op. cit., núm. 30, págs. 123 y s. y núm. 28, pág. 110.

(113) Op. cit., Disc. XXXV, núms. 25 y ss., págs. 66 y ss.

(114) Núm. 25. «*Primo... ubi subrogatio est immediata, et coequalis, seu contemporanea, puta quia una res cum altera adhuc estante permutetur*. «*Secundo ubi sit etiam inmediata, sed consecutiva, vel suppletiva ipsius rei defectae, ac amplius non extantis, qualis est ea subrogatio, quae in grege fiat novorum capitum in locum fenescantium, vel deficientium, ex eorumdem factibus*».

(115) «*Et tertio ubi sit mediata, quia nempe ex pretio antiquarum rerum aliae novae comparentur, ac subrogentur, qualis est ea, quae fit in mercibus in taberna existentibus, quod scilicet venduntur merces ut potè non conservabiles, et ex pecunia exinde retracta aliae conuntur ut supra, istaque mediata subrogatio intrat etiam in stabilibus, et aliis bonis, quod istis venditis ex eorum pretio alia emanantur*».

(116) Núm. 28: admite la «*specie subrogationis rei loco alterius rei, quae sit etiam inmediata, sed consecutiva, vel suppletiva*»... «*ubi enim agitur de corpore universali puta grege, vel armento in quo dicta inmediata subrogatio sit practicable, tunc rectè intrat subrogatio, cum corpus dicatur semper unum, et idem*».

(117) Ver núms. 26, 29.

versitatae" (118)—y examinó, en ciertos supuestos, si existía o no *juxta eam subrogandi obligationem, voluntate expresa subrogandi, juris dispositione, vel praesumptione, praeceptum testatoris, etcétera* (119).

Claro que De Luca empleaba el término subrogación en su más amplia acepción jurídica, comprendiendo incluso la producción orgánica en las *universitas facti* animadas, v. gr., *grege vel armento* (120). Más lo cierto es que afirmó la imposibilidad de señalar una regla uniforme para todos los casos (121).

No se puede, pues, condenar al pasado sin un exacto conocimiento del mismo.

Barbero (122), que tal vez con excesiva generalidad, fundamenta la subrogación real en el campo de la *universitas*, quiere explicar en el terreno del derecho sustantivo la regla «*in universalibus pretium succedit loco rei*» como un aspecto particular de la sucesión de cosa por cosa. Ese principio «*res loco rei*», lo estima aplicable a todas las universalidades, *iuris* o *facti*, sin otras limitaciones que las derivadas: a) de la misma ley; b) de la naturaleza más o menos elástica del conjunto. Así considera que en la *universitas facti* el ámbito de la subrogación depende de la *sustituibilidad* de sus elementos, que variará según la clase de conjunto de que se trate—v. gr., en un rebaño de ovejas, sólo es sustituible oveja por oveja—. Mientras en la *universitas iuris* basta la noción, más amplia, de *permutabilidad* (123) y en ella su aplicación máxima es la regla «*in universalibus praetium succedit in locum rei et res in lo-*

(118) Núm. 56, pág. 68.

(119) Núms. 31, 38 y 39 (págs. 66 y 67).

(120) Núm. 14 (pág. 65): «*quamvis agatur de illa subrogatione magis proxima, et immediata, quae resultant in grege, vel armento, ex foetibus scilicet eorundem animalium, quoniam fructus...*».

(121) Núm. 24 (pág. 66): «*elicet pro omnibus casibus certa determinatio uniformis dari non valeat, eum reverá sit ista quaestio facti, potius, quam juris, singularium casuum particulari qualitate decidenda, adeóut tota vis consistere videatur in diversae theoriae respectivé verae congrua applicatione ad casum*».

(122) Op. cit., núm. 30, págs. 120 y ss.

(123) BARBERO (op. cit., núm. 46, págs. 168 y ss.) distingue los conceptos de *fungibilidad*, *sustituibilidad* y *commutabilidad* o *permutabilidad*. Fungibles son las cosas que son consideradas: *pondere, número et mensura*. La *sustituibilidad* comprende también la fungibilidad, pero es noción más amplia, pues prescinde de toda identidad o semejanza: sustituir quiere decir tanto colocar una cosa en lugar de otra, sin importar que sea igual o diversa, sin otro límite que el impuesto por la función de la cosa. La *commutabilidad*, o *permutabilidad* es aún más amplia, ya que prescinde también de la función de la cosa y sólo exige que se coloque una cosa en lugar de otra.

Para la subrogación, cree que la fungibilidad *no es necesaria*, sin excluir que sea posible. En las *universitas facti* basta la *sustituibilidad*, que es más o menos elástica, según la composición homogénea o heterogénea del conjunto. En la *universitas iuris*, tratándose de un agregado puramente ideal, al que no se asigna una función de orden material, «*los confines de la irrelevancia de la individualidad de los elementos singulares respecto a la individualidad del todo*», se alargan hasta el límite extremo de la noción de *permutabilidad*.

cum pretii). El precio de una oveja no puede formar parte del rebaño, pero sí de una herencia, de una dote, de un patrimonio agrario, etc.

Pero esta tesis confunde las dos últimas categorías, que antes hemos referido, y que verdaderamente lo son de subrogación, con la primera que depende de un principio distinto. La diferencia práctica entre ésta y aquéllas, lo comprobaremos luego claramente al aplicarlas a la *tabernam*.

11. A juicio nuestro, con referencia a la *tabernam*, conviene separar con todo cuidado: a) de una parte, la determinación de las mercancías gravadas, *sub specie universitatem*, en cuya virtud sólo se atiende a este dato, eso es a que se hallen en la tienda o en el almacén; b) de otra, la *subrogatio*—propiamente dicha—*res loco alterius*, sea inmediata, a través de la permuta, o mediata, «*quod scilicet ex pretio antiquarum mercium distractarum novae marces emanantur*» (cuando, a saber, con el precio de las mercancías anteriormente vendidas se compran nuevas mercancías).

La distinción tiene importancia. En el primer sistema todas las mercancías que están en la tienda, o en el almacén, y pertenecen al titular del conjunto, se entenderán comprendidas en la hipoteca aun cuando su valor llegue a exceder notablemente del correspondiente a las inicialmente hipotecadas. Por tanto, incluso las compradas con nuevos capitales invertidos posteriormente en el negocio quedarán comprendidas en la hipoteca.

En cambio, según el criterio estricto de la subrogación real, el resultado sería distinto. Tomado en su acepción más restringida, sólo quedarían subrogadas en lugar de las vendidas las mercancías compradas, precisamente con el precio de aquéllas. Con el concepto más comprensivo, se alcanzaría la subrogación mediata de una cosa por otra, con tal de emplear para la adquisición de ésta un valor equivalente al precio de aquélla, aunque no fuese probada la identidad física del dinero que se recibió, como precio de la venta de las antiguas, y el que se entregó, como precio de la compra de las nuevas, demostración casi imposible dada la fungibilidad del dinero.

Notemos que este hecho fué subrayado por De Lucas (124).

No le ofreció duda la subrogación de las nuevas mercancías en lugar de las antiguas mientras el deudor siguiese siendo dueño del conjunto (¿Criterio, en este caso, de la determinación *sub specie universitatem*? Claro que Merlino (125) la explica simplemente a través de una tácita convención «*quia intellegitur facta subrogatio loco distractarum ex tacito pacto*»).

También admitía el Cardenal (126) la subrogación verificada por el heredero «*quia intrat ratio causae universalis, ob quam dici*

(124) Núms. 12 y ss. (pág. 65).

(125) Op. cit., Quaest. LI, núm. 15 (pág. 155).

(126) Disc. y págs. cits., núm. 13.

potest, uno pretium succedit loco rei, vel res loco pretii». Es decir, a través de la subrogación en poder del heredero—o sea, en el campo de la *hereditas*— de la cosa por su precio (127) (concretamente por un valor equivalente al de su precio) y de éste por la cosa con él comprada. Así ésta quedaba mediatamente subrogada en lugar de aquélla (criterio de la subrogación real en sentido amplio).

En cambio, tratándose de un tercer poseedor a título singular, traslativo del dominio, no acepta más subrogación que la denominada por el *proxima et immediata* y, aun restrictivamente sólo cuando el nacimiento, o por lo menos la concepción, del fruto, o del feto, hubiere tenido lugar en tiempo «quo ipsa res, seu causa productiva erat in dominio creditoris, secus autem postquam ex illo exivit» (128) (*subrogación real en sentido restringido*).

En el caso contrario y, más aún, en la que llama «mediata magis que remota subrogatione» (129) rechaza su aplicación cuando poseyere la taberna un tercer poseedor. Razones: a) «quod actus sequitur postquam res desiit esse de dominio debitoris»; b) «quod in particularibus non datur haec subrogatio, nisi ubi utrumque extremum subsidii, et causae lucrativae in possessore concurrat», y c) «sed fortius ob impossibilem probationem indentitatis». Porque—explica—cuando el tercer poseedor de la tabernae ha vendido las mercancías «*minutatim*» y recibe su precio, éste se mezcla y confunde en su propio patrimonio, y en consecuencia cuando adquiere nuevas mercancías, éstas se entienden compradas con su propio dinero, ya aquél fué confundido en el patrimonio

(127) GOTHOFREDO (op. y vol. cit., glosa 52, pág. 399, a la palabra «ea», de la ley Cum tabernam) ya observó: «*Tabernam* qui pignorat, ipsas etiam merces pignorat: Moritur debitor num in merces, quas vivus vendidit, creditor jure pignoris agere potest non potest *ut hic*. At forte ad earum pretium aget? Quidam ita putant, quod in universitate pretium succedit loco rei, l. 70, *in fin. inf. de legat 2*». Y en su glosa a la ley 71, Dig. XXXI, único (volumen cit., pág. 584, núm. 50), De legat., II, aclara: «Succedit ita res in locum pretii contra l. 25, § 1, *supra de her. petit*. In universalibus pretium succedit loco rei, vide quae notavi ad l. 34 *supr. de pignorat*». La cosa queda, pues, clara; la subrogación *pretii loco rei*, en la *taberna*, se aplica en cuanto al precio de las mercancías vendidas por el causante y no repuestas por éste. Se aplica, por tanto, únicamente a la *tabernam* en cuanto forme parte de la *hereditas*. En cuanto al importe de dicho precio, la preferencia del acreedor hipotecario frente a los otros acreedores que no le sean preferentes se mantiene como si estuviese invertido en mercancías llevadas a la tienda.

En cambio, MERLINO (Lib. cit., Quaest. XLIV, núm. 34, pág. 141) parece generalizar a la taberna la regla «in universalibus pretium succedit loco rei». También IBÁÑEZ DE FARIA (loc. cit., núm. 16)—que cita a MERLINO, NEGUSSANTE, RIPO y otros autores—proclama: «pretium redactum ex mercibus obligatis dum in bonis fuerit debitoris, in eandem incidere obligationem... Quia in universalibus, ut sunt merces, pretium succedit loco rei».

(128) Núms. 14 y 15, pág. 65. MERLINO, op., libr. y tit. cit., Quaest. LII, núms. 48, 49 y 50, pág. 157, deja como dudosa la cuestión de si se entienden hipotecados el parto de la esclava y el feto de la oveja concebidos estando las madres en poder de un tercer poseedor.

(129) Disc. cit., núms. 15 y 16 (pág. 65).

restante, de modo que resulta imposible probar la identidad de aquel dinero que con aquellas mercancías fué obtenido (130).

Claro que la tesis del Cardenal veneciano parte de un supuesto que escapa a la letra de la ley *Cum tabernam*, ya que ésta presupone la extinción y congelación de la hipoteca a la muerte del deudor. De Luca piensa incluso en una transmisión en bloque del conjunto, no sólo autorizada, sino promovida por los acreedores (131). Pero olvida que, en este caso, la enajenación en bloque de las mercancías, comprendidas en el conjunto en el momento de su traspaso, significa la sumisión del tercer adquirente a título singular del conjunto a la determinación de las mercancías hipotecadas que resulten en su día *sub specie universitatem*. Es decir, produce su asunción de la posición jurídica del deudor como titular de las mercancías comprendidas en el conjunto. Otra cosa sería si, con intervención del acreedor o con las debidas garantías, fuesen individualizadas las mercancías existentes al vencimiento del crédito, sea que este hubiese ocurrido por fallecimiento del deudor o por otra causa.

Tal vez, en aquel criterio, aceptado por De Luca, influyera decisivamente la circunstancia de jugar los intereses de dos grupos de acreedores sobre distintas masas de bienes ya desde antes de la fusión de éstas. Y también la clara percepción de que el adquirente que invierta bienes privativos en comprar mercancías para llevarlas a la tienda hipotecada, podría perjudicar a sus anteriores acreedores. Pero de estos problemas teológicos, que plantea la determinación y límite de la preferencia en este tipo de hipotecas, nos ocuparemos en la segunda parte de este trabajo.

12. Lo que aquí nos interesa es subrayar los términos del inciso de la ley *Cum tabernam*, en el que Scaevola responde: «*ea, quae moriis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur*». Según este tenor, las mercancías hipotecadas se determinan por el hecho de hallarse en la tienda en el día

(130) Insistiendo en la última razón, «ita impossibile erat verificare identitatem ad effectum subrogationem cum incertum esset an merces de presente in taberna extantes, essent emptae potius ex pretio antiquarum mercium propriarum, quam aliarum emptarum», añade (núm. 20): «Ac etiam quia huiusmodi mercatores, alia quoque negotia solent explicare, etiam cambiarum per literas; sive non habentes promptam pecuniam proveniente ex ipsius mercibus venditis (cum frequentius, ac pro majori parti vendi soleat pecunia cre dita), accipiunt pecunias ad cambium, sive aliis eorum effectibus utuntur: pro oportunis emptionibus novarum mercium in nundinis, ac emporiis, vel portibus, ideoque impossibilis est justificatio identitatis, quamvis de iure intraret subrogatio».

(131) Núm. 18 (pág. 65). Y, en este caso, plantea el supuesto de fusión de las mercancías de la universalidad adquirida con las de otra que el comprador venia explotando antes de la compra. Su solución fué ésta: «dum idem emptor erat possessor alterius negotii majoris, atque cum eo istud confuderat, undé propterea, haec universitas in contractum deducta, omninó evanuerat, atque suppressa erat, ad instar rivuli intrantis in flumen, vel fluminis intrantis in mare».

del vencimiento de la hipoteca; es decir, a través de su concreción *sub specie universitatis*. En cambio, no hay dato alguno en dicha respuesta que permita deducir como requisito que estas mercancías se hayan comprado con el precio de las antiguas. Tampoco lo hallamos en su planteamiento, que sólo alude a «*si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit, eas que in eam tabernam intulerit*» y a que «*mercium species mutatae sint, et res aliae illatae*».

Ninguna de esas expresiones induce la necesidad del juego subrogatorio, mediato o inmediato, para que las nuevas mercancías se entiendan hipotecadas. Basta con que el deudor las hubiera comprado (*alias comparaverit*) e introducido en la tienda (*eas que in eam tabernam intulerit*) y a que se hallen en ella al tiempo de hacerse efectiva la hipoteca (*quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt*).

Según la Ley española de 5 diciembre 1941, en el art. 1.865 bis de nuestro Código civil, la prenda sin desplazamiento de un conjunto de cosas de calidad determinada y en cantidad variable, requiere la fijación de unos límites previamente pactados. El inciso segundo, de su primer párrafo, dispone que las cosas pignoradas que se enajenen «serán sustituidas por otras de igual calidad y en cantidad y valor equivalentes».

Notemos que tampoco este precepto alude a la compra de las nuevas mercancías con el precio de las anteriormente vendidas. Tal vez por la imposibilidad de la prueba, que, sin embargo, podría ser sustituida, en cierto modo, por una presunción de inversión. Lo cierto es que sólo impone una obligación de sustituir los bienes que se enajenen por otros, que paradójicamente se exige sean «de igual calidad y, en cantidad y valor equivalente» (132).

En cambio, el art. 1.865 bis, se aparta de la ley «Cum tabernam» en cuanto en nuestro precepto la pignoración sin desplazamiento del conjunto requiere «la fijación de unos límites previamente pactados». Es decir, las mercancías pignoradas son determinadas *sub specie universitatis*, pero dentro de un límite máximo. No siempre se comprende, pues, en la prenda la totalidad de los componentes del conjunto. En cuanto las mercancías allí existentes excedan de este tope, las remanentes no sufren el gravamen. Circunstancia de gran interés con referencia a los terceros poseedores del conjunto y también para los acreedores meramente escriturarios y quirografarios del titular de los bienes pignorados.

Wölf (133) opina que es indudable que el pignorante y el acreedor pueden «haber convenido la constitución del derecho de prenda sobre las nuevas cosas que vengan al almacén y, en la duda,

(132) Las variaciones de valor de las mercancías y de las materias primas exigen que se opte—dentro de la misma calidad—por el criterio de la igualdad de valor o por el criterio de igualdad de cantidad. Seguirlos a la vez supone exigir un contrasentido cuando los precios hayan variado.

(133) Op. y vol. cit., § 161, IV, 2, pág. 401.

tal acuerdo subsistirá aun en el momento de adquirirse la posesión». Pero, añade que «es indiscutible que si, en este momento, el pignorante se opusiera al nacimiento del nuevo derecho de prenda, si bien cometería una infracción de la promesa obligatoria de pignoración, no nacería un derecho de prenda». En cambio, sus anotadores (134) no ven un obstáculo tan insuperable. A juicio de estos: «Acaso pudiera entenderse el acuerdo no como un acuerdo meramente obligatorio, sino como un acuerdo real, cuya eficacia dependerá solamente de la ulterior entrada de las nuevas cosas en el conjunto».

Angel Sanz (135), interpreta de este tenor el art. 1.865 bis, concretándolo en estas dos reglas: «1.ª, el deudor queda obligado a comprar nuevos bienes que sustituyan a los enajenados; el incumplimiento de esta obligación produce (*de acuerdo con el § 3.º del precepto*) o la suspensión de las ventas, si la falta de adquisición de nuevos objetos no es imputable al deudor, o el vencimiento del crédito y la venta de la garantía en caso contrario; 2.ª, adquiridas las cosas por el deudor, la subrogación se opera *«ipso iure»* por efecto directo de la prenda, sin necesidad de nuevo consentimiento del deudor».

A juicio nuestro, el artículo 1.865 bis impone únicamente una obligación de mantener el volumen y el valor, en la misma calidad de los objetos componentes del conjunto pignorado, sustituyendo al efecto los bienes enajenados, de modo que el conjunto mantenga su calidad, así como la cantidad y el valor fijados como mínimos. El texto no excusa el cumplimiento de esa obligación por razón de que el deudor no llegue a cobrar el precio de los objetos enajenados, ni requiere que los adquiridos para reponer el conjunto se compren con el precio de los vendidos. Hay una obligación de reponer, pero técnicamente la afección del gravamen no se produce por el fenómeno jurídico de la subrogación real, sino a través de la determinación *sub specie universitatis* del objeto de la prenda. Determinación de la cual—a diferencia que en la ley *Cum tabernam*—puede resultar un remanente libre de afección, en cuanto el conjunto rebase el límite previamente pactado.

Entendemos que en el artículo 1.865 bis sólo puede aludirse a la subrogación en un sentido puramente gramatical—sustituir o poner una cosa en el lugar de otra—, pero no en su significado técnico jurídico. Ni *stricto sensu*, ya que salvo supuestos excepcionales es imposible por la fungibilidad del dinero; ni *lato sensu*, porque la obligación de sustituir es independiente del efectivo cobro del precio de las mercancías enajenadas. Verificada la sustitución, la afección del gravamen alcanza a las nuevas mercancías

(134) Vol. últ. cit., pág. 403.

(135) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: *La prenda sin desplazamiento*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 6 marzo 1944. Ver *Anales...*, vol. II, pág. 180.

con independencia de que el valor de las antiguas se hubiese perdido entre las partidas fallidas.

En la ley *Cum tabernam*, ni siquiera en aquella acepción meramente gramatical, se puede hablar siempre de subrogación. Por lo menos en cuanto a los bienes que se llevan a la *tabernam* y que aumenten su volumen inicial, sin suponer, por tanto, su sustitución, pero que quedan igualmente afectados si «*mortis temporis debitoris in taberna inventa sunt*».

C) Hipoteca de cosas futuras.

13. Si la hipoteca de las mercancías «*quæ mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt*» no logra explicarse por el fenómeno jurídico de la subrogación real, ni por la pretendida realidad ontológica de la *universitas*, habrá que examinar si esta figura presupone la posibilidad—más o menos restringida a ciertos supuestos—de la hipoteca de cosa futura.

Ahora bien: ¿deben entenderse sucesivamente hipotecadas y liberadas todas las mercancías llevadas a la *tabernam*, a medida que, respectivamente, entren y salgan de la misma?; o, por el contrario, ¿sólo se entenderán hipotecadas aquellas «*quæ mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt*»?

Antes de contestar a estas preguntas, debemos resolver un problema de exégesis del texto que estudiamos. ¿Qué sentido tiene su referencia al tiempo de la muerte del deudor?

Merlino (136) nos dice que con la muerte del deudor «*cessat privilegium tabernæ et commercii, cum per obitum favor mercaturæ extintus dicantur*».

Explica Rotondi (137) que Scaevola «decidió un caso singular, y en el supuesto del hecho en examen quería determinarse el contenido de la prenda precisamente a la muerte del deudor (...*et deceserit*); pero si la respuesta está circunscrita, como requería la demanda, al caso concreto, esto no quita que el criterio aplicado sea más general, esto es, aquel por el cual la garantía se debe extender sobre todos aquellos elementos que entren a constituir la *universitas*». «Por tanto—concluye—, no es que la decisión de Scaevola quiera excluir que después de la muerte del deudor esta sustitución de elementos no sea posible cuando las nuevas mercancías sustituyan, según el ritmo normal de la empresa, a aquellas enajenadas.»

Varios siglos antes que los mercantilistas clásicos, Stracca y Casaregis—citados por Rotondi (138), en apoyo de su tesis—, ya Bartolo, desarrollando la glosa de Acursio, señaló una excepción.

(136) Disc. XLV, cit., núm. 56, pág. 141.

(137) Loc. cit., págs. 796 y s.

(138) STRACCA: *De mercaturæ*, Tit. «Mendatis», 2, núms. 6 y 7, y CASAREGIS: *Discursus legales de commercii et mercaturæ*, Disc. CCXVI (ROTONDI, loc. cit., pág. 797).

A la antepenúltima y la penúltima palabras del proemio de la ley *Cum tabernam*—«obligata esse»—había glosado Acursio (139): «Aliud est si haeres, post mortem debitoris alias merces intulisset», citando en apoyo de su afirmación los textos 29 pr. y 26, § 2.º del mismo título (140).

Bartolo (141) explicó: «et ita universitas videtur durare eadem donec vivit dominus: ut hic mutatio enim quae postea fieret ibi per haereditatem non caderet in obligationem, ut hic dicit textus cum gl. quod est notandum. Quod tamen intellige, nisi fuerat aliquid causa explicandi negotium coeptum a defuncto».

Merlino (142) también señala esa excepción: «Limita tamen si debitoris haeres comparasset merces explendo negotium a defuncto debitore inceptum.» E, igualmente, opinó nuestro compatriota Ibáñez de Faria (143) en sus adiciones a Covarrubias.

En su consecuencia, hay que estimar que en el supuesto concreto dictaminado por Scaevola, la muerte del deudor actuaba como causa de vencimiento. Por la cual la afirmación «pignori obligata esse videtur» que en el texto se refiere a «ea (por las mercancías) quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt», debe aplicarse en términos generales a las existentes al tiempo del vencimiento, cualquiera que sea la causa de este, o al ulterior momento del ejercicio de la acción por el acreedor.

14. Hecha esta aclaración volvemos a la cuestión antes formulada: ¿hay una continua mutación de las mercancías hipotecadas, a medida que entran y salen de la tienda, o bien sólo se puede hablar de mercancías hipotecadas en el momento del vencimiento de la hipoteca, o únicamente cuando se ejerce la acción hipotecaria?

Si bien en el planteamiento de la ley *Cum tabernam* Scaevola pregunta si el deudor obligó—«obligasse videatur»—las mercancías que había en la taberna—«quae in ea erant»—, en su respuesta da por solución que están obligadas en prenda—«pignori obligata esse videntur»—las cosas «que se hallaren en la tienda al tiempo de la

(139) Op. y vol. cit., pág. 1300, nota n), a las palabras *obligata esse* de la ley *Cum tabernam*.

(140) Dig. XX-I, 29 pr. «Paulus respondit, generalem quidem conventionem sufficere ad obligationem pignorum, sed ea, quae ex bonis defuncti non fuerunt, sed postea ab herede eius ex alia causa acquisita sunt, vindicari non posse a creditore testatoris». Dig. XX-I, 26, § 1.º, inciso final: «Modestinus respondit, si neque pignorata sunt ipsa mancipia, neque ex pignoratibus ancillis nata, minime creditoribus obligata esse».

(141) Glosa, op. vol. y fol. cit.

(142) Lib. y tit. cit., Quaest. XLV, núms. 64 a 67 (pág. 143).

(143) Op. y loc. cit., núm. 17, a la regla general—«praefatam mercium subrogationem quoad hypothecam, locum dumtaxat habere in emptis ab ipso debitore, qui contraxit, non ab ipsius haerede, qui quamvis merces compareret, hypothecae minime subiciuntur»—señala esta excepción: «Quod limitatur, cum haeres explendo negotium a defuncto coeptum, merces compararet; nam et haec venient in obligatione a testatore contracta, sicut caeterae quas ipse reliquit».

muerte del deudor». Nada se dice, pues, de si las mercancías anteriores se entendieron hipotecadas, aunque hay que reconocer que la cuestión tampoco fué planteada.

Bartolo (144), después de indicar que con el nombre *tabernæ* («venit universitas mercantiae, quae ibi exercetur»), añade: «et ideo cadit in obligationem, quae tempore quo agitur».

Varios siglos después, en sus glosas, Gothofredo (145) declara, en cambio, con absoluta amplitud, que se entendían hipotecadas las mercancías de la tienda presentes y futuras, ora las de nuevo compradas, ora las sustituidas en lugar de las vendidas y no, en cambio, las que fueron sustituidas.

La cuestión se plantea con esta alternativa: *a*) ¿se entiende que están hipotecadas todas las mercancías que estén en la taberna y las que entren posteriormente en ella, y que se liberan de la hipoteca al ser enajenadas?; *b*) o bien, ¿sólo puede decirse que estén hipotecadas las mercancías existentes al vencimiento de la hipoteca, o bien al ejercitarse la acción?

Fadda y Bensa (146), que admitían—como hemos visto—que el *pignus tabernæ* tiene por objeto así la *universitas* como sus elementos singulares, indicaron con respecto a éstos que las expresiones de la ley—«merces, quae in ea erant», «quae ibi deprehenduntur», «quae in tabernæ inventa sunt»—«se refieren al estado del negocio en un momento dado, aquel en que se ejercita la acción hipotecaria, la cual, naturalmente, en su práctica extrinsecación, recae o debe recaer sobre objetos concretos, o sea sobre las mercancías existentes cuando se fija el efectivo contenido del negocio».

Sin objetivizar la *universitas*, Chironi (147) entiende la pignoración de la taberna «en el sentido de reducir la prenda a las mercaderías existentes en el negocio cuando se ejercite la acción». A su juicio, la prenda de un conjunto de mercancías «puede ser regulada por la voluntad refiriéndola a aquellas cosas que componen actualmente el conjunto, o bien a aquellas que lo constituirán en el tiempo en que será ejercitado el derecho de seguridad».

En cambio, Scialoja (148) y Ferrara, padre (149), entre otros, aceptaron la contraria opinión.

15. Nuestro criterio viene dado por el concepto de la hipoteca. En otros trabajos (150) hemos creído haber demostrado que la esencia de la hipoteca es la sujeción. La sujeción de un objeto

(144) Glos. cit., vol y pág. cit.

(145) Loc. cit., núm. 49, gl. a las palabras «*in tabernæ*».

(146) Vol. cit., b) núms. 34 y 35, págs. 50 y ss.

(147) CHIRONI: *Trattato dei Privilegi, della Ipoteche e del Pegno* (segunda ed. Torino, 1917), Vol. I, núm. 222, pág. 499.

(148) «*Scritti...*», vol. cit., pág. 381.

(149) Op. cit., núm. 169, págs. 808 in fine y sig.

(150) Ver: *Hipoteca del Derecho arrendatício*. Madrid, 1951. Primera parte: Capítulo II, págs. 51 y ss.; e *Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento*, en *Revista de Derecho Privado*. Vol. XXXVII, pág. 506 y s. (Junio 1953).

para asegurar el cumplimiento de una obligación. Sin sujeción no hay hipoteca. Como se dice en la Exposición de motivos de nuestra Ley hipotecaria de 1861, «hipoteca que no sigue a la finca—es decir, al objeto hipotecado—cualquiera que sea su poseedor no merece llamarse hipoteca».

Ahora bien, las mercancías de la *tabernae* no están sujetas en tanto no se ejercite la acción hipotecaria y, con ella, el acreedor recabe su correspondiente embargo.

Merlino (151), que, respecto a las mercancías, planteó si el acreedor podía ejercitar su derecho sobre las enajenadas, distinguió tres momentos: *ortae hypothecae*, *natae actioni* y *motae litis*. La discusión, tratándose de la venta de las mercancías *minutum*, la centró en torno a estos momentos. Jacobo de Arena y Baldo aceptaron el *tempus natae actionis*. En cambio, Salyceto fijó el nacimiento de la reipersecutoriedad, respecto las mercancías, *quando actio, et iudicium est mota, vel motum*. Según el mismo Merlino, esta segunda opinión fué también admitida por Bartolo al comentar la ley *Si constante*, ff. solut. matrim. (Dig. XXIV-III, 24 [25]), y, a juicio nuestro, también con referencia a la ley *Cum tabernam*, en su frase últimamente transcrita.

Hoy la reipersecutoriedad sobre las mercancías, incluso después del último momento discutido, tendría que salvar tres obstáculos: el artículo 83 del Código de Comercio, la *negatio actionis* del 464 del Código civil y, finalmente, la dificultad de identificar las mercancías.

Lo cierto es que Merlino (152), al aceptar la segunda opinión, infiere *quod actio hypothecaria respectu mercium habet naturam actionis personalis, cum non sequatur merces, nec datur contra tertium possessorem* (153).

(151) Quaest: XLV; núms. 35, 38, 39, 40 y 50, pág. 141 in fine y 142.

(152) Núm. 41, pág. 142.

(153) La opinión contraria entiende que la autorización para enajenar la cosa hipotecada no modifica la naturaleza de la hipoteca y también pretende explicar por qué el acreedor carece de acción contra los adquirentes de las mercancías. IBÁÑEZ DE FARIA (op. y loc. cit., núm. 14), refiriéndose precisamente a la falta de acción del acreedor frente a los adquirentes de las mercancías entiende: «Quoniam ipsarum natura alienarum patitur, atque ita videntur contraheutes tacite convenire, ut distrahi irrevocabiliter possint, ne alioqui commercium impediatur».

Según varios textos del Corpus si el acreedor consiente la enajenación de la cosa pignorada, ésta se libera de la prenda (Dig. XX-VI, 4, § 1.º, y 7 pr. y L-XVII, 158) «nisi salva causa pignoris sui consentit vel venditioni, vel caeteris» (Dig. XX-VI, 4, § 1.º). Los términos de estas disposiciones parecen aludir a la extinción de la prenda por la venta consentida, no a la autorización para la venta. Incluso en otro fragmento MARCIANO (Dig. XX-VI, 8, § 6) nos dice que «si non venierit, non est satis ad repellendum creditorem, quod voluit venire». En el frag. 10, pr., h. t., PAULO aplicó igual doctrina en el caso de que el deudor y el comprador decidiesen apartarse de la venta convenida, porque «neque omnimodo creditor pignus remittit, sed ita demum, si emptor retineat, nec reddat venditori». Y JUSTINIANO, en una Constitución del año 532

También con referencia al citado artículo 1.865 bis C. c., ha confesado Calvo Alfajeme (154) que «la garantía real del acreedor prendario se convierte por esta ley (5-XII-1941) en una obligación de sustitución de las mercancías vendidas».

16. Esta comprobación nos lleva, en retirada, al tercer problema dogmático por nosotros enunciado: la prenda e hipoteca de cosa futura.

En Derecho romano, según el testimonio de varios textos del Corpus, fué posible hipotecar las cosas futuras. Podemos clasificar aquéllos en la siguiente forma:

a) *Hypotheca omnium bonorum*. Según Papiniano (Dig. XX-I, 1.º, pr.), pudo comprender los bienes adquiridos después de su convención—*postea quaesitorum*—. En Derecho común, nuestro Salgado de Somoza (155) formula así este principio: «obligatio et hypotheca generalis non solum comprehendit bona praesentia, sed etiam trahitur ad futura et noviter adquisita et incorporata cum patrimonio debitoris obligatio».

b) Hipoteca de *universitas*; es decir, de bienes determinados *sub specie universitatis*. Tenemos en especial el texto referido de la ley *Cum tabernam*. También se alega la ley *Grege* de Marciano (Dig. h. t., 13 pr.), que ha sido objeto de una interesante discusión entre Scialoja (156), de una parte, y, de otra, Fadda y Bensa (157), en la que han mediado otros autores, como Rotondi (158),

(Códex VIII-XXVIII, 11), limitó esa regla en el supuesto de que la cosa después de vendida volviese al deudor por cualquier legítimo modo: «Nobis autem visum est, eum, qui semel consensit alienationi hypothecae et hoc modo suum ius respuit indignum esse eandem rem utpote ab initio ei suppositam, vindicare vel tementem inquietare.»

(154) ALVARO CALVO ALFAGEME: *La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 17 de mayo 1943 («Anales...», Vol. I, pág. 555).

(155) Op. cit., Pars. IV, cap. II, núm. 5, pág. 15.

(156) Op. cit., «Scritti...», vol. cit., pág. 384. A su juicio la ley sólo dice que lo nacido de un animal pignorado también se entiende pignorado. Mas no se ocupa de los animales agregados, pero no nacidos del rebaño. Ni tampoco dice que la prenda se extinga respecto a los animales vendidos.

(157) Op. y vol. cit., b), I, 34, pág. 49 y ss. A la opinión de SCIALOJA, oponen que «el adversativo *sed* y el no hablarse después, en la segunda parte (del texto), de fetos, sino en general de renovación total del rebaño, muestran que aquí el jurisconsulto atiende a la renovación ocurrida por cualquier causa».

(158) Op. y loc. cit., págs. 793, y ss. También cree que el juego lógico de la conjunción «*sed et*» hace sospechar que en la hipótesis de que *totus grex fuerit renovatus* se comprende la agregación de nuevos animales, independientemente de su nacimiento en el rebaño, a la que se refieren las primeras palabras del fragmento.

Barbero (159) y Carcatera (160). El tema se concreta a determinar si sólo se comprendían en la hipoteca las cabezas de ganado «*quae postea nascuntur*» o también las agregadas al rebaño, pero no nacidas en él. Es decir, en esencia, si esa ulterior extensión de la hipoteca sólo era una consecuencia de su extensión a los frutos, o bien resultaba de la determinación *sub specie universalitatis* de las cabezas gravadas.

Salgado de Somoza (161) explicó en términos generales que «*nomen universalitatis... quoddam jus universale importat: prout haereditas, peculium, grex, mercimonium et similia quae recipiunt in se ipso augmentum et diminutionem, et ideo... hypothecae sub jicitur, debet extendi ad augmentum comprehensum sub ipso jure universali*».

c) Hipoteca de los frutos ulteriormente producidos por una cosa específicamente determinada. Con referencia a este caso, además del citado fragmento de Marciano, se señalan uno de Gayo (Dig. h. t., 15 pr.) y otro del mismo Marciano (Dig. XX-IV, 11, § 3.º). También estos textos han suscitado muchas cuestiones tanto con respecto al tema de las interpolaciones como al de su interpretación. El Digesto—XX-1, 15, pr.—contiene un texto de Gayo, en el que se lee: que pueden darse en hipoteca aquellas cosas que «*noudum sunt, futura tamen sunt*»... «*ut fructus pendentes,*

(159) Op. cit., núm. 52, f) págs. 208 y ss. A la tesis de FADDA y BENZA, opone que (nota 78, pág. 210 y ss.) la preposición *sed* (*sed* et si prioribus capitibus, etc.) es ciertamente adversativa, pero la oposición, a su juicio, no se plantea entre el fenómeno reproductivo y el hecho de la eventual agregación, es decir, para expresarse en términos latinos más claros, entre *fetus* y *adiaciones*, sino entre una *renovación parcial* (*quae postea nascuntur*) y una *renovación total* (*totus grex renovatus fuerit*). La segunda parte del texto enlaza lógicamente con la primera. Si en ésta se dice *quae postea nascuntur tenentur*, en la segunda el jurista observa (evidentemente teniendo en cuenta este factor reproductivo), que si, mientras van naciendo nuevas cabezas en el rebaño, los viejos van muriendo, se llegará en un cierto momento a que *totus grex renovatus fuerit*. Pues bien: aun este rebaño así *renovatus, pignori tenebitur*.

A su juicio (pág. 211), en el texto no se plantea el supuesto de la agregación de nuevas cabezas, por una razón realista: ¿Qué deudor sería tan ingenuo y negligente de su interés, que contribuyese con toda su buena voluntad a aumentar la garantía de su acreedor sin estar obligado a ello? Seguramente las nuevas cabezas las tendrá aparte o formará con ellas un nuevo rebaño. Por eso, el texto sólo se ocupa del caso normal: *quae postea nascuntur tenentur*.

Esto aclarado (pág. 212) cree que el camino seguido por el juriconsulto no fué el señalado por SCIALOJA, sino el de la concepción unitaria del rebaño: no se dieron en prenda *singulis capi*, sino el rebaño; y, por tanto, en cada instante están sujetos a la prenda las cabezas que en el momento en cuestión lo compongan.

(160) ANTONIO CARCATERA: *Della estensione del pegno sulla cosa madre ai frutti e ai parti della schiava* (Napoli, 1938), núm. 6, pág. 41. Cree que en el citado texto, la extensión tácita de la prenda a los nuevos animales nacidos en el rebaño, se explica por tratarse de hipótesis de universalidad, en la que se comprende que el *pignus* se extienda a las cosas que vengan a sustituir a las que perecieren.

(161) Pars. IV, cap. II, núm. 96 (pág. 24). También núm. 6 (pág. 15).

partus ancillae, fetus pecorum, et ea quae nascuntur sint hypothecae obligata». Palabras muy discutidas, tanto en cuanto a sus posibles interpolaciones como desde el punto de vista de su interpretación (162). ¿Se refirió Gayo exclusivamente a los frutos en estado de pendencia? O, con la mención de las cosas *quae nascuntur*, ¿aludió propiamente a los frutos futuros? (163).

Lo cierto es que la interpretación que se impuso en Derecho común fué la que aceptó la pignorabilidad de las cosas «*quae nondum nostra sunt sed esse sperantur*». Así como admitió las hipotecas «*quae cadit super jure de futuro, et in spe*». Salgado de Somoza así lo atestigua (164).

Todavía en el siglo pasado, Escriche (165) sigue afirmando que se podían hipotecar las cosas futuras; «esto es, las que el deudor piensa tener en lo sucesivo, como frutos de sus ganados, de sus árboles o de sus tierras», y entre las cosas propias—en oposición a las ajenas—hipotecables, distinguía «las que pertenecen al deudor en el acto o le pertenecerán en adelante» (166).

(162) Ver Maiorca: *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*. (Milán, 1938), cap. V, págs. 33 y ss.

(163) MARCIANO en la citada ley 13. pr. (Dig. XX-1) plantea y acepta la extensión de la prenda a las crías que nazcan después de pignorar el rebaño: «*Grege pignori obligato, quae postea nascuntur tenentur: sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur*».

(164) Op. cit., vol. I, párr. II, cap. XVIII, núms. 6 y 8, pág. 451.

(165) *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. II (Madrid, 1847), palabra «Hipoteca», núm. VII, pág. 70.

(166) Entre las cuestiones suscitadas destaca la que planteó si era posible la extensión tácita o, por el contrario, si era necesario pacto expreso para que la hipoteca comprendiera los frutos de la cosa o el parto de la esclava.

Pese a la divergencia de los textos del Corpus, como dice, CARCATERRA (op. cit., núm. 1, pág. 3), la tesis dominante hasta mediados del siglo pasado fué favorable a la extensión tácita. En 1859, WARKONING—según cita de CARCATERRA—apoyándose en premisas dogmáticas negó la posibilidad de dicha extensión. A su juicio sólo al propietario de la cosa pignorada corresponde el derecho de separar los frutos de la cosa madre sin que el acreedor pignoraticio pueda considerarlos como objeto de su derecho. Estos sólo pueden ser tenidos en cuenta como posibles accesorios de la condena en el ejercicio de la acción hipotecaria.

Siguiendo a DERNBURG, WINSCHIED (op. cit., vol. I, § 226, c., nota 10, págs. 815 y ss.) distinguió la cuestión, según se plantease en Derecho clásico, donde se requería pacto expreso, o, en Derecho justinianeo, donde se sobrentendió una *tácita conventio*.

CHLAVATEZ (ver la exposición de su tesis en CARCATERRA, op. cit., núm. 1, pág. 3) creyó poder distinguir la opinión de PAULO CASTO y MARCIANO, que exigían pacto expreso, y la de ULPIANO, PAPINIANO y otros, que aceptaban el acuerdo tácito.

ROMANO (*Appunti sul pegno dei frutti nel Diritto romano*, An. Cam. 1931, citado por CARCATERRA) vió distinta la cuestión para los frutos y para el parto de la esclava. En éste, por necesidad jurídica, entendió que la extensión se producía *ex lege*. Para los frutos, a su juicio, en Derecho clásico se necesitó el pacto expreso, mientras en Derecho Justiniano bastó el acuerdo tácito.

CARCATERRA (núm. 9, págs. 49 y ss.) critica el argumento que Romano refiere al *partus*: su afirmación de que el hijo «*non ex iustis nuptiis*» sigue la condición de la madre es verdadera con relación al *status*, pero no hay base en las fuentes para inducir su aplicación al derecho patrimonial. El fruto como

Los textos de Gayo (XX-I, 15 pr.) y Marciano (XX-IV, 11, § 3.º) parecen referirse a una hipoteca constituida sobre el parto o los frutos sin afectar a la cosa madre. Además, el texto de Marciano aclara que la eficacia de esta hipoteca exige que la esclava, o el fundo, o el derecho del usufructuario haya sido del deudor al tiempo de la convención (*conventionis tempore*).

Se discutió, igualmente, en caso de transferirse una cosa madre que estuviera hipotecada con pacto de extensión a los frutos, si quedaban hipotecados los nacidos en poder del tercero. Merlino (167) recogió la doble opinión de quienes requerían, por lo menos, que el feto estuviere concebido al tiempo de la venta y de quienes no exigían ese requisito. De Luca (168) fué de la primera opinión; con referencia a los fetos, opinó que «*quatemus cadant sub eadem hypotheca rei, seu causae productivae, quatemus nascantur, vel saltem concipiantur de tempore, quo ipse res, seu causa productiva erat in dominio debitoris, secus autem postquam ex illo exivit*».

d) Los textos de Paulo y Labeon (Dig. XX-I, 29, 2.º, y 35 [36]), que admiten la extensión de la hipoteca al nuevo edificio construido en lugar del que fué destruido por un incendio.

e) Los fragmentos de Marciano XX-I, 16, § 7.º, y de Ulpiano XX-IV, 7, § 1.º, que permiten hipotecar la cosa ajena, bajo condición de que llegue a ser del deudor, y el fundo *si in dominium meum pervererit*.

17. Como es sabido, el Código civil—artículo 1.271, § 1.º—acepta que las cosas futuras puedan ser objeto de obligación. Pero el artículo 1.857 impone como un requisito de los contratos de prenda e hipoteca: «2.º Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca.»

Este requisito—dirigido a impedir la pignoración o hipoteca de cosa ajena presupone la existencia del objeto de la garantía en el momento de constituirse ésta. No obstante, dada su *ratio*, en esta prohibición no se plantea directamente el supuesto que contemplamos. Por eso, tal vez sea posible distinguir la pignoración o hipoteca directa y principal de cosas futuras y la hipoteca o prenda de elementos o bienes futuros conexos con otros ya existentes y perfectamente determinados, propiedad del constituyente.

el *partus*, con la separación de:an de ser *pars rei frugiferae* y se transforman en *res nova*. Por eso, no ve la razón para que la prenda deba gravar, sin expresa convención, al fruto o al *partus*, una vez que éstos se separen. La extensión tácita opina que fué una innovación de JUSTINIANO, en la Constitución del año 528, recogida en el Códex VIII-XVI, 1, últ., que dió lugar a las consiguientes interpolaciones en los textos del Digesto. La razón de esta innovación la halla en una tácita interpretación de la voluntad de las partes, dado el uso del pacto de extensión, que se había convertido en cláusula de estilo.

(167) Op. cit., Lib. II, tit. I, Quaest LII, núms. 48, 49 y 50, pág. 157.

(168) Op. cit., Lib. VIII, Disc. XXXV, núm. 16, pág. 65 y núm. 30, pag. 66.

Nuestro mismo derecho positivo ofrece varios supuestos expresamente aceptados en nuestras leyes especiales. Tales:

a) La extensión de la hipoteca a elementos o bienes que posteriormente se unan o destinen a la cosa principal hipotecada, sea que se opere dicha expansión en el momento de la incorporación o destino (169) o al exigirse la efectividad de la obligación asegurada (170).

(169) Esa extensión operada automáticamente en el momento de la incorporación la encontramos admitida:

A) En la Ley Hipotecaria:

a) Sin necesidad de pacto.

Art. 109, respecto a las accesiones naturales y a las obras de reparación, seguridad o transformación.

Art. 110, núm. 1, a las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, comodidad, adorno o elevación de los edificios, realizados por el hipotecante.

Art. 111, núm. 1, a los objetos muebles que éste hubiere incorporado a la cosa hipotecada y que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto.

b) Con pacto expreso:

Art. 110, núm. 1.º («sensu contrario») al edificio construido de nueva planta.

Art. 107, núm. 11, a los edificios y pisos o partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente en la parte construida después de la constitución de la hipoteca por el titular o cotitular del solar o del elemento edificable resultante.

(Es de señalar el interés que puede tener, al constituirse una hipoteca, el otorgamiento de la declaración de obra nueva de un edificio en construcción y del pacto de extensión de aquélla a éste. Para comprobarlo vamos a analizar los siguientes supuestos:

1.º Se constituye hipoteca sobre el solar, sin pacto especial alguno; el edificio que se construya de nueva planta, sea por el hipotecante o por tercero, no estará afecto a la hipoteca.

2.º En la escritura de hipoteca del solar se pacta que cuanto en él se edifique se entenderá comprendido en la hipoteca. El edificio construido por el deudor se entenderá sujeto por la hipoteca a medida que vaya edificándose. Pero el constituyente no tiene obligación alguna de edificarlo si expresamente no se obligó a hacerlo. El tercer poseedor en ningún caso se verá afectado por la extensión de la hipoteca a lo que él construya, conforme resulta del artículo 112 L. H.

3.º Verificada la declaración de obra nueva—sea puramente o condicionada a la presentación de certificado acreditativo de su terminación—del edificio comenzado, o del piso o parte del piso meramente proyectado, en casa cuya construcción esté iniciada (arts. 8 y 107, núm. 11, L. H.), y pactado que estén expresamente comprendidos en la hipoteca, se entienden hipotecados tanto si su construcción la concluye el constituyente como si la termina un tercer poseedor, sobre quien pesará del mismo modo la obligación de concluir la obra de acuerdo con la declaración practicada.

Ni es obstáculo a la posibilidad de otorgar una declaración de obra nueva, la no terminación de éstas, pues esta circunstancia no contradice su concepto.)

B) En la Ley de Hipoteca Naval: Art. 16, extensión de la hipoteca a la parte de la nave construida después de la constitución de la hipoteca.

(170) Creemos que la extensión pactada de la hipoteca—conforme autoriza el art. 111, núm. 1, de la Ley Hipotecaria—a los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria y que puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto, debe referirse también al momento de exigirse el cumplimiento de la obligación asegu-

b) La subrogación en la hipoteca de los elementos que sustituyan a otros comprendidos en la hipoteca de la cosa principal (171).

c) La extensión de la hipoteca de la cosa especialmente hipotecada a sus frutos naturales y civiles. Extensión que debe entenderse referida siempre al momento de exigirse el cumplimiento de la obligación asegurada (172).

El hecho de que la hipoteca de los frutos sea referida al momento de exigirse el crédito hipotecario, nos indica que en nuestro Derecho vigente la extensión de la hipoteca de la cosa madre a sus frutos no se limita precisamente a los que estuvieren manifiestos o pendientes en el instante de la constitución de hipoteca, sino a todos aquellos que, aun siendo mera esperanza en aquella fecha, estén ya pendientes, separados o recogidos y pertenezcan al hipo-

rada. En efecto, el hipotecante no tiene obligación alguna—si no se ha estipulado—de mantener en la finca hipotecada los mismos muebles que allí hubieran al constituirse la hipoteca, ni los terceros adquirentes de tales bienes muebles deben sufrir afección alguna por aquella causa. La extensión de la hipoteca sólo significa la posibilidad de realizar estos bienes al ejecutarse el crédito hipotecario y de que el acreedor goce sobre su precio de la misma preferencia que le corresponde en el remate de la finca hipotecada.

No hay verdadera hipoteca de esos muebles, porque falta sobre ellos la sujeción, la reipersecutoriedad, características de la hipoteca. Sólo su embargo o la entrega al acreedor de la administración o posesión interina de la finca hipotecada producirá la efectiva sujeción de aquellos bienes.

El mismo criterio parece también reflejado en el art. 7.º, ap. 1.º de la Ley de Hipoteca Naval, al decir que: «Se entenderán hipotecados juntamente con el casco del buque y responderán de los compromisos anejos a la hipoteca, salvo pacto expreso en contrario, el aparejo, respetos, pertrechos y máquinas, si fuere de vapor, que se hallen a la sazón en el dominio del dueño o dueños de la nave hipotecada». (Las palabras «a la sazón» deben referirse al momento de responder efectivamente de los compromisos anejos a la hipoteca).

(171) Vemos esa subrogación en la Ley Hipotecaria en la extensión de la hipoteca a las obras de transformación (art. 110, núm. 1) y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados o por razón de expropiación forzosa (art. 110, núm. 2).

En la Ley de Hipoteca Naval aparece en el apartado final de su art. 7.º que la hipoteca se extiende a las indemnizaciones que correspondan al buque por abordaje u otros accidentes que den lugar a ellas y por seguro en caso de siniestro.

Y en el art. 1.865 bis, aprobado por la Ley de 5 diciembre 1941, se aplica a la hipoteca de un conjunto de cosas de calidad determinada y cantidad variable, entre los límites previamente pactados.

(172) El art. 110, núm. 2, de la Ley Hipotecaria señala evidentemente el momento de exigirse el cumplimiento de la obligación asegurada, como determinante de la extensión de la hipoteca a las rentas vencidas y no satisfechas. También el núm. 2 del mismo artículo parece referirse a este momento al permitir, por pacto expreso como en el supuesto anterior, la extensión de la hipoteca a los frutos *cualquiera que sea la situación en que se encuentren*.

También la Ley de Hipoteca Naval, en su art. 7.º, ap. 2.º, adopta este criterio de extensión referida al hacerse efectivo el crédito hipotecario. Así dice: que se entenderán hipotecados juntamente con el casco del buque y responderán de los compromisos anejos a la hipoteca, salvo pacto expreso, «los fletes devengados y no percibidos por el viaje que estuviera haciendo, o el último que hubiere rendido al hacerse efectivo el crédito hipotecario...».

tecante el día de exigírsele coactivamente el cumplimiento de la obligación asegurada.

Claro que tratándose de los frutos, de las rentas vencidas y no satisfechas y de los bienes muebles que puedan separarse del inmueble sin quebranto de éste, la Ley Hipotecaria propiamente no hace más que permitir que engrosen el objeto de la acción hipotecaria y que sobre su precio goce el acreedor hipotecario de idéntica prelación que sobre el precio del inmueble hipotecado. Pero ni hay sujeción, ni reipersecutoriedad, ni probablemente actuación de la acción de devastación. Por tanto, no queda sino la expresada extensión de la acción ejecutiva y de la prioridad correspondiente a la hipoteca. La expresión de la Ley Hipotecaria, al hablar en estos casos de extensión de la hipoteca, peca de impropiedad, pero el nombre no hace a la cosa en tanto no puede modificar su esencia.

18. Hay que observar que en el Derecho romano la *hypotheca* se perfeccionaba y el *pignus* podía constituirse *solo consensu*, por eso cabía perfectamente que al nacer el parto, o separarse el fruto, o adquirirse el fundo, se entendiesen automáticamente hipotecados. En cambio, en Derecho moderno, al exigirse la puesta en posesión del acreedor, o un tercero, para que la cosa se entienda pignorada, no es posible esta automática afección si la cosa madre no es poseída por el acreedor o por un tercero depositario.

Rubino (173) admite que en los casos concretos en que la interpretación de la voluntad de pignorar una cosa futura no conduzca inequívocamente a un simple contrato preliminar, será preferible entender que nos hallamos en presencia de un único contrato definitivo de prenda, válido, pero de momento todavía incompleto, que se completará y hará surgir el derecho de prenda sólo cuando, nacida la cosa, se haya entregado su posesión. En el tiempo intermedio, la manifestación voluntaria es irrevocable. Apenas la cosa tenga existencia, surgirá a favor del acreedor el derecho a que se le entregue su posesión. Por tanto, resulta de esta tesis que si aquella nace en posesión del acreedor, con su nacimiento deberá entenderse automáticamente sujeta a la prenda.

En la hipoteca inmobiliaria, rige el principio del tracto sucesivo y la necesidad de la previa inscripción a nombre del deudor de la cosa o el derecho que se hipoteca, con lo que se quita toda posibilidad a la hipoteca inmobiliaria de cosa futura. La solución sería más fácil de ser planteada en un sistema registral de simple prioridad, es decir, en un registro de cargas, que no exige la previa inscripción de la titularidad de los bienes que quieran gravarse, ni responde de la titularidad del bien gravado.

Pero se agudiza tratándose de someter a la llamada prenda sin desplazamiento los frutos o productos futuros, sin pignorar ni hipotecar la cosa madre (174).

(173) DOMENICO, RUBINO, *Il pegno*, en el Vol. XIV-1 del *Trattato di Diritto Civile*, dirigido por VASALLI. (Torino, 1952), núm. 21, pág. 205.

(174) Nada resolvió el art. 1.º del R. D. 22 septiembre 1917, que si bien

Maiorca (175) ha propuesto esta solución: La garantía gravará los frutos de una determinada planta, la lana de determinadas res y la inscripción del vínculo indicará la planta o animal, no ya como objeto del vínculo, sino como ámbito de referencia para la individualización del objeto de la garantía. El producto, al tener existencia, ya se encontrará vinculado en garantía.

El camino de esta solución es el siguiente: *a)* La pignoración de la cosa madre lleva consigo la de sus frutos. *b)* Después se trata de entregar la cosa madre, en posesión, al acreedor, sin pignorarla, para que al nacer sus frutos queden automáticamente pignorados. La cosa madre actúa como base y elemento determinante de la pignoración de sus frutos, que nacerán—por decirlo así—en el cautiverio del poseedor de la cosa madre. La finalidad de la posesión de ésta será el de señalar el destino de sus hijos. *c)* Admitido eso, falta solamente sustituir—cuando sea factible—la posesión de la cosa madre por la publicidad de su inscripción como objeto de referencia de la pignoración de sus frutos.

Igual puede decirse respecto a la pignoración de las mercancías determinadas *sub specie universalitatis* a través de la individualización del conjunto hecha pública con su constatación registral.

19. Ahora bien: aun admitiendo dentro de prudentes límites la posibilidad de hipotecar cosas futuras, no creemos posible afirmar con propiedad que en la hipoteca de una universalidad de mercancías estén hipotecadas las que existan en ella en el día del vencimiento. De las dos posibilidades básicas que a su vencimiento ofrecía la hipoteca, en su concepción clásica, pedir la puesta en posesión de la cosa gravada y perseguirla contra tercero, en la versión que estudiamos sólo resta la primera, que puede explicarse sin acudir a la fórmula de que la hipoteca se extiende a las mercancías.

Esta hipoteca se resuelve, pues, en un privilegio, en una simple razón de prioridad.

La realidad de la solución aplicada a un establecimiento mercantil se limita a admitir la posibilidad de la ejecución conjunta de los elementos del establecimiento comprendidos en la hipoteca y de las mercancías embargadas por el actor después del vencimiento de la hipoteca. Nada tiene de absurda esa solución, pues siendo la ejecución consecuencia del crédito y no de la hipoteca—que sólo sujeta la cosa para que pueda ser herida por aquella ejecución del crédito cualquiera que sea el poseedor de dicha cosa—no hay obstáculo dogmático que oponer.

Queda por determinar si podrá concedérsele al acreedor sobre su precio la misma prioridad de que goza sobre los demás elemen-

habla de la prenda de frutos pendientes, añade luego, en términos generales, las cosechas. Tampoco lo aclaró el D. de 5 diciembre 1941, con los términos generales del art. 1.864 bis, núms. 1 y 2.

(175) Op. cit., cap. IX, núms. 7 y ss. y págs. 86 y ss.

los realmente comprendidos en la hipoteca del establecimiento. Es decir, si el carácter privilegiado del crédito hipotecario en este caso va referido con igual rango a los elementos hipotecados y a las mercancías del establecimiento ejecutadas conjuntamente con aquéllos.

II. EL PROBLEMA TELEOLOGICO DE LA PRELACION

20. Junto a la necesidad teleológica de que las mercancías de una tienda o almacén puedan venderse libremente y de que quien las adquiera las obtenga sin afección ni carga alguna, se plantea un segundo problema: Su tema es la cuestión de la preferencia del acreedor, garantizado en esa forma, frente a otros determinados acreedores del titular de la universalidad de mercancías gravadas. Al respecto, podemos referirnos a la cuestión de la preferencia del arrendador del local donde las mercancías se hallan almacenadas; a la relativa a los acreedores que lo sean por suministro de mercancías; y a la planteada, en caso de transferencia a tercer poseedor de la tienda o almacén, entre los acreedores de dicho tercer poseedor anteriores a su adquisición y el acreedor garantizado con el *pignus tabernæ*.

La primera preferencia tiene hondas raíces en la Historia del Derecho. Tenemos la ley 29 del título XIII de la Quinta Partida, bajo la rúbrica «Como el alquiler de las cosas que son de almacén, o que lievan de un lugar a otro, deve ser ante pagado, que las otras debdas.» Siguiendo el criterio de Ulpiano, en la ley 6 (Dig. XX-IV) (176), declaró la ley de Partidas la preferencia, incluso, de quien con posterioridad a la prenda prestare dinero para pagar el alquiler o el transporte de las mismas: «Mercaderias estouuessen en alguna casa, o almazen, por que ouiesse a pagar loguero por ellas; o fuesse a leuar de un lugar a otro en algun nauio, o en bestias, o de otra manera; e otro alguno emprestasse dineros despues, para pagar aquel loguero, o lo que costasse el acarrear de las cosas; dezimos, que este que prestó los dineros a postremas por alguna destas cosas sobredichas, este deve ser pagado primeramente, que el primero...» (177).

(176) ...*hvis enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam: quod poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat*—1.º Item si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut nautum ex solvatur, potentior erit licet posterior sit; nam et ipsum nautam potentius est—. 2.º *Tatumdem dicetur, et si merces horreorum, vel arcae, vel vecturae iumentorum debetur; nam et hic potentior erit*.

(177) La extensión de la hipoteca tácita del arrendador a las mercancías fue en general rechazada por los autores de Derecho común «*quod in vectae*

La segunda preferencia la vemos enunciada por Merlino (178), quien después de señalar la regla general de que el acreedor hipotecario posterior es preferido al acreedor personal anterior, exceptuación: "fallit" (esta regla general) in creditoribus pro mercibus datis debitori».

La tercera hipótesis la hemos visto planteada por De Luca (179). Sintéticamente puede quedar formulada en estos términos: Ticio, mercader con amplio crédito, adquiere la tienda de Cayo, totalmente desprovista, y, además, hipotecada en favor de Maevio. Ticio vende mercancías de sus anteriores establecimientos y repone totalmente la tienda nuevamente adquirida comprando nuevos géneros con el precio de aquéllas. El perjuicio para sus anteriores acreedores, proveedores de sus antiguos establecimientos, sería evidente si las nuevas mercancías llevadas a la tienda que compró a Cayo se entendiesen comprendidas en la hipoteca a favor de Maevio con prioridad respecto aquellos proveedores de las antiguas.

21. He ahí unos problemas clásicos. Hoy día se han acentuado las cuestiones teleológicas que suscita la afección en garantía de universalidades de mercancías.

Hemos visto, en la primera parte de este trabajo, que el gravamen de que nos ocupamos se reduce simplemente: a) a una obligación de reponer las mercancías en la tienda o almacén, hasta el límite previamente determinado; y b) a la posibilidad de embargar las mercancías existentes en la tienda o almacén el día en que se ejercite la acción, gozando en su ejecución de la preferencia correspondiente a la hipoteca, según la fecha de su constitución.

Pues bien, esa reducida garantía, que depende del cumplimiento de la obligación del reponer, también plantea importantes dificultades.

No puede olvidarse que las mercancías suelen ser suministradas a crédito a los comerciantes que se dedican a su reventa. ¿Signifi-

res in re locata non censentur tacite hypothecatae, quando invecatae fuerunt non eo animo, ut ibi perpetuo sint, hoc est toto tempore locationis». (MERLINO, op. cit., Lib. II, Tit. I, Quaest. XLVI, núm. 6, pág. 144). Pero, entre otros casos excepcionales se admitió la extensión tratándose del arrendamiento de una tienda o almacén, «quando conductor domum conduxit, non ut eam solum modo, ac principaliter inhabitet, sed etiam ut in ea aliquam negotiationem faciat, et evenit mercatoribus conducentibus domos cum apothecis, in quibus mercanturam exercent, sic in horreis, arreis, tabernae dicendum est; hoc enim casu merces huiusmodi censentur hypothecatae pro pensione, et contractu locationis, quia res illa conducta ea intentione conducitur pro exercitio mercaturae...Et extenditur etiam si, alia bona non venalia introducuntur» (MERLINO, loc. cit., núms. 13 a 15, pág. últ. cit.). Con esta salvedad: «Hypothecatae veró in hoc casu censentur dummodo extent tempore finitae locationis, secus si non extent, nam contra illarum emptores agi minimé poterint». (MERLINO, loc. cit., núm. 16).

(178) Op. cit., Lib. IV, Tit. I, Quaest. XV, núm. 5 (pág. 358): «Limitatur (aquella regla general) in creditore pro mercibus societat: datis, nam in eas profertur creditor etiam simplex chirographarius».

(179) Op. cit., Lib. VIII, Disc. XXXV, núms. 16 a 20, pág. 65.

cará la prenda o hipoteca de las mercancías de la tienda o almacén, consideradas *sub specie universitatis*, que éstas desde la fecha de su constitución no podrán ser embargadas por otros acreedores, ni siquiera por aquellos que las suministraron, o bien, que en la ejecución por estos acreedores pesará siempre la preferencia del acreedor hipotecario? O, por lo contrario, ¿cualquier suministrador podrá anteponer sus créditos por el precio pendiente de las mercancías que suministró, aunque no tengan otra justificación del mismo que simples letras de cambio o pagarés carentes de autenticidad?

El problema es tan grave que ha sido decisivo para la no admisión de esa garantía en gran parte de las legislaciones modernas más progresivas.

La cuestión se suscita, tanto en la pignoración sin desplazamiento de las mercancías de una tienda o almacén, consideradas *sub specie universitatis*, como en la extensión a las mercancías de la hipoteca de un establecimiento mercantil.

Las soluciones propuestas y dignas de consideración son las siguientes: a), prenda e hipoteca flotante; b), inaceptabilidad total de la hipoteca o de la prenda sin desplazamiento sobre conjuntos de mercancías de composición variable; c), soluciones intermedias: limitadas a un volumen determinado, a las mercancías cuyo precio estuviere pagado, a las existentes al vencimiento de la garantía, etc.

Una a una, sucintamente, vamos a analizarlas.

22. Primera solución: Prenda e hipoteca flotantes.

A nuestro objeto, podemos examinar la *floating charge* inglesa y sus derivadas, la garantía flotante de la ley argentina de *debentures*, número 8.875, y la del Paraguay, en cuanto alcanzan a las mercancías de la entidad deudora. También, la *prenda flotante*, directamente constituida sobre «mercaderías y materias primas, en general, pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial», regulada en el artículo 14, del Decreto número 15.348 de la República Argentina, de 28 de mayo de 1946, hoy ley número 12.962.

a) La *floating charge*: su extensión a las mercancías.

La garantía de los créditos y, en particular de las obligaciones emitidas por una compañía puede consistir, según el Derecho anglosajón, no sólo en un «gravamen fijo» sobre bienes específicos, sino también en un «gravamen flotante» sobre todo o parte del patrimonio de la sociedad. Esa figura nació en el siglo pasado, fruto de la jurisprudencia inglesa. Esta consideró, en un caso en cuestión, que lo afectado por la garantía era la empresa (*undertaking*) con sus bienes, presentes y futuros, y que por ello no quedaba

limitada la facultad de la compañía de disponer de su propiedad «en el curso ordinario de sus negocios» (180).

Según nos explica Charlesworth (181) se trata de una carga equitativa que grava en todo momento el activo de una compañía, dado en garantía, en el estado en que se encuentre en cada momento (182). Permanece durmiente («dormant») hasta que la empresa gravada deja de ser un negocio en marcha (por cese en el giro de los negocios sociales, por liquidación voluntaria o forzosa o por quiebra), o bien si es intervenida por el acreedor en caso de falta de pago de los intereses, falta de reembolso en el plazo o plazos convenidos o por pérdidas de una cuarta parte o más del capital que la sociedad deudora tuviese en el día de la emisión de las obligaciones, o por otro supuesto previsto por las partes. Entonces la *floating charge*, se hace fija; *cristaliza*.

Mientras la *floating charge* no haya cristalizado, no sólo no se suspende la libre disposición de los bienes afectados, según el ritmo normal de una bien ordenada gestión de la empresa, sino que incluso pueden crearse específicas *morgage* con prioridad sobre aquella garantía general. Tampoco se suspende la posibilidad de que los demás acreedores ejecuten bienes de la Compañía para realizar sus créditos. La *floating charge* sólo puede anteponerse a estos créditos cuando *cristaliza* antes de que los bienes sean vendidos por el *sheriff*.

Pero, aun después de cristalizar, carece de prioridad, sobre: a) los embargos verificados por el arrendador accionante para percibir su renta; b) los acreedores privilegiados (por sueldos, salarios, contribuciones) en caso de liquidación forzosa; c) las cargas equitativas creadas antes de que la *floating charge* se haga fija (v. gr., los derechos de un acreedor con reserva de dominio, aunque se trate de muebles que se hayan empotrado o incorporado en un inmueble del deudor).

Como dice el jurista italiano Ardigó (183), más que una hipoteca o una prenda, se trata de un privilegio general a favor de todos los obligacionistas, o de los de alguna clase o serie, sobre el

(180) Ver: CHARLESWORTH: *Company Law* (London, 1949), págs. 188 y ss.; ARTHUR CURTIS: *Manual de Derecho Mercantil inglés*, traducción de JOSÉ M.ª RUIZ SALAS (Madrid, 1931), pág. 427; FAUSTO ARDIGÓ: *Le società, per azioni nel diritto inglese* (Padova, 1939), núm. 73, págs. 302 y ss.; JOAQUÍN GARRIGUES: *Tratado de Derecho Mercantil*, 1-2 (Madrid, 1947), núm. 368, página 831; JOSÉ IGNACIO DE ARRILLAGA: *Emisión de Obligaciones y protección de los obligacionistas* (Madrid, 1952), págs. 109 y ss.

Sobre la Ley argentina, núm. 8.875, ver LAFAILLE: *Derecho Civil*, T. V, *Tratado de los Derechos reales*, Vol. III. (Buenos Aires, 1945), núm. 1.798, página 172.

(181) Op. y loc. cit., según nota traducida facilitada por nuestro amigo y compañero A. BALLARÍN.

(182) El art. 5 de la Ley argentina dice que pueden ser objeto de los *de-ventures* «con garantía flotante», todos los derechos, bienes muebles o raíces, presentes o futuros.

(183) Op. cit., núm. 73, pág. 303.

íntegro patrimonio de la *azienda*, creado en vía convencional. Garrigues (184) también opina que no se trata de un derecho general de prenda, a la manera como la doctrina española interpreta el texto del art. 1.911 del C. c.; ni tampoco de una prenda de empresa, que funda un derecho real sobre todos y cada uno de los elementos, sino que concede tan sólo un derecho de preferencia sobre los bienes de la entidad emisora, al cual únicamente se anteponen ciertos privilegios legales.

A pesar de la elasticidad de la *floating charge* (185), la doctrina inglesa ha criticado severamente la amplitud de los derechos derivados de la misma, calificando este privilegio de *unfairly prejudicial to trade creditors*. Se critica la sujeción de los bienes futuros a la *floating charge*, porque la adquisición de los valores futuros de la empresa se puede deber, en parte, a los acreedores cuyo pago queda pospuesto. Especialmente se hace notar que la deuda así garantizada—frecuentemente obligaciones emitidas bajo la par o con reembolso sobre la par—nunca tiene mayor valor que la correspondiente al precio pendiente de las mercancías adquiridas por la sociedad (186).

b) *La prenda flotante sobre mercaderías y materias primas en general, pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial.*

El art. 14 del Decreto argentino núm. 15.348—después ley número 12.962—ha establecido que «sobre mercaderías y materias primas en general, pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial, puede constituirse prenda flotante, cuando tenga por objeto asegurar el pago de obligaciones cuyo plazo no exceda de 180 días. Este tipo de prenda afecta las cosas originariamente prendadas y las que resulten de su transformación, tanto como las que se adquieran para reemplazarlas, y no restringe la disponibilidad de todas ellas, a los efectos de la garantía».

Escaso resulta este precepto para resolver las múltiples cuestiones que esta institución plantea. Sin duda, la propia naturaleza de la garantía flotante, según la citada ley argentina de «*deventures*», debe servir para cubrir los vacíos que deja el art. 14 del Decreto 15.348. Con esta pauta resultará: su carácter condicional, así como la determinación del instante de su cristalización o fijación, etc.

(184) Op. y vol. cit., pág. 831.

(185) Además de lo expuesto y a fin de evitar que Compañías insolventes constituyan *floating charge* para asegurar débitos pasados en perjuicio de los acreedores generales, se declara la nulidad de la constituida dentro de los doce días anteriores a la quiebra (a menos que la Compañía fuese a la sazón solvente), excepto en cuanto al dinero entregado al tiempo de crearse la garantía, o después, con interés que no exceda del 5 por 100. (Ver CHARLESWORTH, loc. cit.)

(186) Ver CURTIS (op. cit., pág. 427) y ARRILAGA (op. cit., pág. III y ss.).

23. *Segunda solución: Inaceptabilidad total de la prenda sin desplazamiento de universalidades de mercancías y de la extensión de la hipoteca de establecimiento a las mercancías o materias primas del mismo.*

a) En Francia, la Sentencia de la *Court de Casation*, de 13 marzo 1888—es sabido que la hipoteca de establecimiento mercantil es fruto de la jurisprudencia francesa—, admitió la extensión del *nantissement des fonds de commerce* a los elementos corporales accesorios de los *fonds*, criterio seguido por Ley de 1 marzo 1898. Pero la reacción no se hizo esperar por parte de las Cámaras de comercio, la doctrina e incluso la jurisprudencia. Queda en la antología jurídica, como modelo de acatamiento lamentado, la Sentencia del Tribunal de Tourcoing, de 30 septiembre 1902, que empieza con estas significativas palabras: «Attendu que le tribunal accepte avec regret la solution affirmative...» Otros tribunales (187) salvaron la cuestión, entendiendo que las mercancías ni siquiera son elementos de la empresa: apoyándose en su carácter cambiante; en una distinción, ya ensayada en una ley fiscal de 1872, entre las mercancías y los demás elementos del establecimiento; y escudándose en la posibilidad de constituir garantía real sobre las mercancías a través de los *warrants* (188).

Las razones teleológicas, esgrimidas contra la conveniencia de la extensión del *nantissement des fonds de commerce* a las mercancías, fueron en esencia las siguientes (189):

1.ª La anomalía que significa que puedan darse en prenda anticipadamente mercancías que aún no son del deudor, de modo que el prestamista pueda en su día adueñarse del producto de esas mercancías, ulteriormente adquiridas, sin dejar a los proveedores la posibilidad de percibir en este caso ni siquiera una parte del precio que quedare aplazado.

2.ª Que resulta totalmente contrario a la equidad que un comerciante pueda pignorar mercancías cuyo precio adeude aún a sus abastecedores, apropiándose así el importe debido, en perjuicio de aquéllos.

3.ª Prestarse al fraude por medio de prendas simuladas que afectan a bienes que normalmente se adquieren a crédito.

4.ª Igualmente facilitar el medio de sustituir—concertando con un prestamista—un *nantissement* de valor negativo por un *nantissement* de valor respetable. Bastando a tal fin al deudor, amenazado

(187) Trib. comm. Serlis 9 mayo, 1902, Trib. de comm. Le Habre, 30 mayo, 1899; Court Amiens, 7 julio, 1900; Trib. Comm d'Angers, 7 diciembre, 1900; Trib. Comm. Chalon sur Seone, 17 diciembre, 1900.

(188) Así, la Court de Aix, en 27 abril 1903, adoptó el sistema intermedio de admitir que el *nantissement* pudiese extenderse a las mercaderías ya existentes en el momento de la constitución, pero sólo a éstas.

(189) Ver la cit. Sent. del Trib. de Tourcoing de 30 septiembre 1902. Ver igualmente ANGEL SANZ, loc. cit., pág. 181.

de insolvencia, invertir en mercancías sus disponibilidades, de modo que el precio de aquéllas solamente beneficiará al *creancier nantii*, en perjuicio de la masa de acreedores.

Por todo ello, después de meditado examen, los redactadores de la Ley de 17 marzo 1909 rechazaron la posibilidad de incluir las mercancías en el *nantissement des fonds de commerce*. En los trabajos preparatorios expresaron en estas breves palabras la finalidad de la exclusión: «La de mantener al deudor un activo libre y ofrecer una garantía a los acreedores quirografarios.»

La doctrina ha acogido favorablemente la solución negativa (190) de la Ley. Thaller-Perceyrou (191) subrayaron como progreso evidente que no se permitiera la absorción completa del crédito de un hombre por un acreedor privilegiado.

Dos razones fundamentales son repetidas en justificación de la posición legal. La primera fué la expuesta por la comisión legislativa: el legislador quiere dejarlas libres en interés de los acreedores quirografarios por constituir el principal elemento del crédito del deudor (192). La segunda se refiere al destino de las mercancías para ser vendidas, a la ausencia de medio práctico para obligar al comerciante a mantener su *stock* y la invulnerabilidad de los terceros adquirentes de las mercancías, que no pueden ser alcanzados por el derecho de persecución de un acreedor privilegiado (193).

b) En Alemania, ya en el siglo pasado, fué discutida la cuestión. En 1880, Leonhart (194), en el XV Deutschen Juristentag, propuso la constitución de hipoteca sobre los elementos fijos y estables del patrimonio mercantil; es decir, los no destinados a la circulación: las mercancías, por tanto, debían quedar excluidas. Heusler (195) creía oportuna una hipoteca sobre las *universitas*, no sobre los elementos singulares. Ehrlich (196) quería limitar la admisión de la hipoteca como remedio excepcional en los momentos de crisis económica.

La discusión fué especialmente interesante a raíz de la crisis económica ocasionada en la posguerra de la primera conflagración mundial. En 18 de junio de 1925 se presentó una solicitud de la Asociación Central Alemana del Comercio al por Mayor, y en ia

(190) Ver ALBERT COHEM: *Traité théorique et pratique des fonds de commerce* (2.ª ed., París, 1948), Vol. II, núm. 938, pág. 528.

(191) *Traité élémentaire de droit commercial*. (París, 1931), págs. 691 y ss.

(192) Ver JEAN ESCARRÁ: *Cours de Droit Commercial*. (París, 1952), número 280, pág. 195.

(193) Ver GEORGES RIPERT: *Traité élémentaire de Droit Commercial* (2.ª ed. París, 1951), núm. 546, pág. 227, y ESCARRÁ (op. cit., pág. 194, in fine).

(194) Citado por FRANCESCO FERRARA, junior: *L'ipoteca mobiliare* (Roma, 1932), núm. 122, pág. 356.

(195) «Zeitschrift f. d. schewciz», R. XIV, pág. 63 y ss. (citado también por FERRARA, junior).

(196) «Juristische Blätter». (Viena, 1891), núm. 12 (cita del mismo FERRARA).

III Legislatura, 1924-26, llegó al *Rrichstag*, una proposición de Keinatk y otros (197). Ninguna de ellas llegó a cristalizar, y la institución fué objeto de las más duras críticas. Se argumentó principalmente (198).

1) Que una hipoteca referida a una *universitas* no puede ofrecer una seguridad eficaz. No se da en garantía el *conjunto* de las mercancías, sino un *concepto*. Su eficacia, su realidad, sólo depende de la buena voluntad del deudor. Sin ésta «se derrite como la mantequilla al sol».

2) Que admitida la hipoteca de almacén de mercancías, el crédito personal desaparecería de la vida de los negocios. La letra de cambio dejaría de ser la moneda del comerciante. Los suministradores no podrían ni querrían proveer sus mercancías sin una simultánea garantía de su crédito. De lo contrario, correrían el riesgo de quedar en descubierto cuando el deudor constituyese a favor de tercero hipoteca de las mismas mercancías suministradas. De ese modo el crédito personal desaparecería, y resultaría necesario siempre acudir al crédito real, más lento, complicado y caro.

c) En Italia, el Proyecto de Código de comercio de D'Amelio, después de madura discusión de su Comisión redactora, en su artículo 404 admitió la prenda de *azienda* comercial, constituida sin transmisión posesoria mediante inscripción en el Registro de comercio. Pero de los objetos de esta garantía se excluyó especialmente a las mercancías.

El vigente *Codice civile* no ha recogido ni la hipoteca de una universalidad de mercancías, ni la hipoteca de *azienda* mercantil.

En la doctrina, especialmente Ferrara, junior (199), y Roton-di (200) se muestran claramente contrarios a la extensión a las mercancías de una propuesta hipoteca de la *azienda* (201).

Uno y otro, repiten las razones alegadas a favor de la solución negativa, por la doctrina extranjera.

f) En Checoslovaquia, el Proyecto de Código de 1925, en sus artículos 507 y siguientes, quiso regular la hipoteca de establecimiento mercantil según las líneas generales al Derecho fran-

(197) Ver Wolf, op. y vol. cit., § 160, II, 4, pág. 395; y FERRARA hijo, op. cit., núm. 122, pág. 360.

(198) Ver FERRARA, junior, op. cit., núm. 122, pág. 358.

(199) Op. cit., núms. 120 y ss., págs. 353 y ss.

(200) Op. cit. núm. 7, págs. 816 y ss.

(201) El segundo, no obstante, distingue la hipoteca, convencionalmente constituida e inscrita—en la que aplaude la posición de la doctrina francesa—y la prenda de la *azienda*, con desposesión del deudor, para la que acepta—en virtud de su concepción unitaria de la *universitas*—, su extensión a los elementos llevados, aunque sea *pro tempore*, para formar parte de la *azienda* pignorada, como especialmente, las mercancías. Pero, este segundo caso, como vimos al principio de este trabajo, escapa de nuestro supuesto, tanto más cuanto que el acreedor adquiere directamente las nuevas mercancías y a su cargo corre la satisfacción de su precio.

ces, pero extendiendo la garantía a las mercaderías—como objeto fluctuante a través de la subrogación real—a imitación del *pignus tabernæ*.

Pero la pretendida innovación fué mal acogida por la doctrina. El II Deutscher Juristentag in der Tschechoslowakei la rechazó unánimemente. He aquí las principales razones alegadas (202):

1.ª Las insuperables dificultades que surgirían en la interferencia de la hipoteca del establecimiento y las prendas especiales. Sobre todo, con las judiciales, que en Derecho germánico atribuyen un derecho de prelación al ejecutante.

2.ª La imposibilidad práctica de *realizar* la hipoteca. Pisko (203) y la doctrina austríaca han discutido la posibilidad de ejecutar el establecimiento en cuanto constituye un grave golpe para la empresa. Por otra parte, entre los motivos del proyecto, se ofreció como justificación el hecho de que en la mayor parte de las hipotecas no se llega a su ejecución, confesión que descubría el absurdo de querer regular una institución de la que eran temidas sus últimas consecuencias.

3.ª Especialmente—y esto se consideró como la objeción más grave—, que esa hipoteca, comprensiva incluso de las mercancías, en cuanto recayera sobre la totalidad de la empresa, cerraría a ésta cualquier otra fuente de crédito. Con ello se produciría la esclavitud de las pequeñas empresas a la soberanía del capital, la gran industria y las finanzas.

e) En Dinamarca, si bien se aceptó la hipoteca mobiliaria sobre bienes muebles específicamente determinados (aunque sin dotarla de reipersecutoriedad contra adquirentes de buena fe), fué excluida totalmente la posibilidad de que las universalidades fuesen objeto de dichas hipotecas. Es decir, se rechazó si los muebles hipotecados no se determinaban específicamente, sino *sub specie universitatis* (204).

24. Soluciones intermedias:

Primera: Extensión limitada a una determinada parte de su valor.

1.º En Bélgica ha sido regulado el *nantissement des fonds de commerce*, por ley de 25 de octubre de 1919, de modo análogo que en Francia, pero permitiendo que por pacto expreso pueda extenderse a las mercancías, aunque sólo hasta la mitad de su valor, de modo tal que quedara la otra mitad a disposición de los demás acreedores.

(202) Ver FERRARA, hijo, op. cit., núm. 120, págs. 353 y ss.

(203) PISKO: *Das Unternehmen im Rechtsverkehr*, según cita del mismo FERRARA.

(204) SCHAUER-ROST: *Die Kreditversicherung im internationalem Handelsverkehr*. (Berlín, 1926), citado por FERRARA, jr.

Es de notar, además, que en otro aspecto la ley belga es más restrictiva que la francesa, en cuanto sólo autoriza la constitución de dicho *nantissement* cuando se verifique a favor de Bancos o Instituciones de créditos autorizados por el Gobierno, más no a favor de particulares.

2.º La *Ley de préstamos con prenda sin desapoderamiento* de la República Dominicana de 17 de noviembre de 1948, en su artículo 1.º, ha admitido la posibilidad de constituir prenda sin desapoderamiento sobre los bienes muebles «que utilicen o produzcan en su trabajo, industrias, empresas, profesión u oficio». Pero esa garantía la limita a préstamos que no excedan del 50 por 100 «del valor real de los bienes dados en prenda en el momento de la operación» (art. 3.º) (205) y al plazo de los treinta días siguientes al vencimiento del crédito (arts. 14 y 18) (206).

Segunda solución intermedia: Hipoteca o prenda limitadas a las mercancías cuyo precio esté totalmente pagado.

Aparentemente, con esta fórmula se salvan los derechos de los suministradores y se consigue que no se cierre el crédito del comerciante. Pero una ligerísima reflexión nos demostrará lo defectuosa que es esta fórmula. La fungibilidad de las mercancías y, especialmente, la posibilidad de comprar al contado nuevas mercancías—para ingresarlas en la universalidad a la que es referida la hipoteca—pagándolas con el precio obtenido con la venta de otras que a crédito hubieran sido suministradas al deudor pignoraticio y no satisfechas por éste, nos demuestra la total ineficacia de esta solución. Esta se presta, además, a toda clase de complicaciones en la discriminación de las mercancías cuyo precio esté totalmente pagado y de aquellas otras aún debidas!

Tercera solución intermedia: Hipoteca limitada a las mercancías que existan al vencer la obligación asegurada.

Según esta solución, llegado dicho momento el acreedor podrá exigir la inmovilización de las mercancías, tomando inventario de ellas y embargándolas, o exigiendo su entrega o, por lo menos, su depósito en poder de un tercero.

(205) No obstante el párrafo final del art. 3.º dice que: «Sin embargo, los préstamos que excedan de esas proporciones serán válidos, pero en caso de que dichos efectos hubieran sido objeto de enajenación total o parcial posteriormente a la operación de préstamos, el derecho de persecución a que se refiere el art. 16 de la presente ley, no podrá ser ejercido ni oponerse frente a los terceros adquirentes de buena fe, sino hasta la suma a que debieron alcanzar los préstamos en conformidad a las proporciones legales indicadas, más costas». Nada dice, pues, acerca de la prelación.

(206) Según el art. 18, «el tenedor que deje pasar los treinta días quedará como quirografario».

Claro que en este caso se reconoce del modo más patente que no existe verdadera sujeción—ni por tanto hay hipoteca—de las mercancías mientras no se haga efectivo su embargo. Ya que la adquisición de la posesión de aquéllas por un tercero de buena fe, aun después de vencido el crédito y de iniciado el ejercicio de la acción, supondrá la liberación del gravamen.

Sólo hay una extensión de la acción ejecutiva a las mercancías, existentes en el establecimiento al vencer la obligación asegurada, que hayan sido efectivamente embargadas por el acreedor o recibidas en depósito o en administración por éste, y la atribución al mismo de una preferencia paralela a la que la hipoteca ofrece.

Además, también esa forma presenta el inconveniente de que aquel embargo supondrá un colapso del establecimiento. En perjuicio del propio ejecutante en cuanto rompa la continuidad de la explotación. Sólo al llegar a aproximarse el vencimiento de ésta se hará sentir ese nocivo efecto, y no antes, gracias a que en el ínterin podrían los suministradores embargar las mercancías impagadas, extrayéndolas así del establecimiento y, por tanto, de su afección en cuanto al valor embargado.

Por otra parte, esta solución no ofrece suficiente garantía para el acreedor hipotecario, que además de la obligación de reponer debería imponer al deudor la de tener las mercancías totalmente pagadas y libres de gravamen en el volumen estipulado.

CONCLUSIONES

En resumen, podemos concluir que la hipoteca de un conjunto variable de mercancías, o la inclusión de éstas o de las materias primas en la hipoteca del establecimiento, supone gravísimos defectos, técnicos y prácticos:

1.º La hipoteca sobre las mercancías no es tal hipoteca, desde el momento en que éstas no quedan sujetas en garantía de la deuda. Pueden venderse y su adquisición está libre de todo gravamen hipotecario, aunque la hipoteca gravite sobre el establecimiento. No hay que olvidar que la reipersecutoriedad de la hipoteca de establecimiento se refiere a éste en su conjunto y sólo puede alcanzar a aquellos elementos singulares que individualmente sean susceptibles de identificación registral y, efectivamente, se hayan determinado en la inscripción. Cualquier solución contraria a la libre enajenación de las mercancías y a su inmunidad una vez enajenadas frente a la reipersecutoriedad de la hipoteca del establecimiento destruiría una de las bases fundamentales sobre las que se asienta el comercio jurídico.

2.º La extensión a las mercancías de la hipoteca del establecimiento supondría la mezcolanza en una misma hipoteca de cosas registrables y no fungibles con otras fungibles y no registrables, formando un conjunto al que no es posible dar tramitamiento ju-

rídico uniforme, ni iguales normas de ejecución. Incluso por la necesidad de inventariar y valorar previamente estas últimas, como presupuesto necesario de la ejecución del establecimiento, que, sin duda, se atrasaría y dificultaría.

3.º Establecimiento hipotecado con inclusión de sus mercancías, equivaldría, casi siempre, a establecimiento con su crédito cerrado. Una hipoteca en estas condiciones sería poco menos que una enfermedad mortal del establecimiento. Las mercancías son normalmente adquiridas a crédito por los comerciantes contra la firma de letras de cambio con vencimientos escalonados posteriores a la recepción de aquéllas. Pues bien, ningún proveedor podrá fiar normalmente a un empresario que haya hipotecado o que pueda hipotecar su establecimiento afectando las mercancías.

Con el agravante de que el suministrador que, por no haber conocido la existencia de la hipoteca—para cuyo conocimiento necesitaría consultar el Registro antes de hacer cualquier suministro a crédito—, hubiese concedido un aplazamiento al empresario deudor, ya no podría cobrar ejecutivamente su deuda mientras no fuese ejecutada o se cancelase la hipoteca.

La solución negativa se impone, pues, como resolvieron los legisladores y los mejores juristas de Alemania, Italia y Francia.