

esto le basta (*sufficit ei quod possideat*); pero en nuestra opinion no puede aplicarse la misma regla á las vindicaciones de servidumbres, siendo la principal razon este principio general, que no hay verdadera posesion de una cosa incorpórea, tal como un derecho de servidumbre; pues si la jurisprudencia ha concluido por ver una especie de posesion en el ejercicio del derecho, no es esto una razon para aplicar á esta cuasi-posesion todos los efectos de la verdadera posesion. Así esta cuasi-posesion no producía la usucapion; no daba al principio los interdictos posesorios; sólo por extension y por utilidad se valieron más tarde de los interdictos, bajo la calificacion de interdictos útiles (1). De suerte que en cierta época, aunque el cuasi-poseedor tenía el ejercicio del derecho, si era turbado ó amenazado en este ejercicio, no tenía otro recurso que la accion confesoria ó negatoria, y aun despues que se le concedieron los interdictos cuasi-posesorios por utilidad, conservó el derecho de ejercitar estas acciones, si lo prefería (2).

*Sane uno casu qui possidet nihilominus actoris partes obtinet.* No seguiremos á los comentadores que se han molestado desde hace mucho tiempo por saber cuál era el caso único á que hace alusion nuestro texto, y que debería estar desenvuelto con más amplitud en el Digesto. Con tal que en el fondo de los principios se esté de acuerdo, lo demás importa poco. Nuestro sabio colega, Mr. Ducaurroy, cree que este caso único era el del propietario que, atacado por la accion Publiciana, rechaza esta accion por medio de la excepcion *justi dominii*, de que hablaremos en el § 4, y que, aunque en posesion de su cosa, está obligado en este caso á probar su derecho de propiedad (3). Indudablemente existe, por su parte, esta obligacion de prueba, pero el caso único de que se trata en nuestro texto nos parece bastante dudoso. El texto habla de un caso de accion (4), y el

(1) Dig. 41. 2. *De acquir. posses.* 3. pr. f. Paul.: «Possideri autem possunt quæ sunt corporalia.» — 8. 1. *De servitut.* 20. f. Javol.: «Ego puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque interdicta veluti possessoria constituta sunt.» — 41. 1. *De acquir. rer. dom.* 43. § 1. f. Gay.: «Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est.» — 8. 1. *De servit.* 14. f. Paul.: «Servitutes..... etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt: et ideo usu non capiuntur...; etc.» — VATIC. J. R. FRACM. §§ 90 y 91: «Inde et interdictum *uti possidetis* utile hoc nomine proponitur, et *unde vi*, quia non possidet.»

(2) Es lo que resulta por otra parte textualmente de los fragmentos siguientes: Dig. 8. 5. *Si servit. vindic.* 4. § 5. f. Ulp.; 16. f. Julian.; 8. § 5. f. Ulp.; 1. § 2. f. Pompon.

(3) Dig. 6. 2. *De Publiciana.* 16. f. Papin., y 17. f. Nerat.

(4) Véase la paráfrasis de Teófilo, que dice positivamente: «Uno autem solo casu possessor ACTIONE IN REM MOVERE potest: *Ενί έν δὲ μονῶ θεματι é νεμομένο; δύνεται KINEIN τήν*, lo cual no deja duda sobre el papel de actor que tiene el poseedor.

ejemplo aquí citado es un caso de excepcion, en el que no vemos más que la aplicacion de la regla general, de que el que opone una excepcion, debe probarla. En cuanto á nosotros, somos del parecer de los que opinan que se trata simplemente en nuestro párrafo del mismo caso de que se habla en él, es decir, del caso en que el propietario, en posesion de su cosa, ejercita la accion negatoria para negar un derecho de servidumbre por el cual es turbado ó solamente amenazado (1).

III. Sed istæ quidem actiones quarum mentionem habuimus, et si quæ sunt similes, et legitimis et civilibus causis descendunt. Aliæ autem sunt quas pretor ex sua jurisdictione comparatas habet tam in rem quam in personam, quas et ipsas necessarium est exemplis ostendere. Ecce plerumque ita permittitur in rem agere, ut vel actor diceret se quasi usucepisse quod non usuceperit, vel, ex diverso, possessorem diceret adversarium suum non usucepisse quod usuceperit.

3. Las acciones que acabamos de indicar, y otras semejantes, traen su origen de las leyes y del derecho civil; pero hay otras, tanto reales como personales, establecidas por el pretor en virtud de su jurisdiccion, que es preciso dar á conocer con ejemplos. Así por lo comun concede el pretor una accion real, permitiendo al demandante presentar como efectuada por él una usucapion que realmente no lo está, ó por el contrario, como no cumplida por el poseedor, su adversario, una cualquiera que lo ha sido.

La division entre el derecho civil y el derecho pretoriano es general, y se presenta constantemente en el derecho romano. La hemos visto respecto de las personas, de la propiedad, de las sucesiones, de las obligaciones; la volvemos á encontrar, como punto capital, al tratar de las acciones, que se dividen en acciones civiles y en acciones pretorianas, tanto las acciones *in rem* como las *in personam*.

Sabemos que los dos principales procedimientos empleados por los pretores para investir de acciones los casos no sancionados por el derecho civil, habian sido, ya de construir la fórmula en una hipótesis ficticia (*fictitiæ actiones*); ó bien, con más frecuencia, redactarla *in factum* (*actiones in factum conceptæ*, pág. 569). Los tres párrafos siguientes nos dan ejemplos de acciones ficticias *in rem*.

IV. Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emptionis aut donationis,

4. En efecto, si aquel á quien se ha entregado una cosa por una causa justa, por ejemplo, por cau-

(1) Dig. 8. 5. *Si servit. vindic.* 6. § 1. f. Ulp.: «Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum juris, et petitem....., etc.»

aut dotis, aut legatorum, necdum ejus rei dominus effectus est: si ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam persequendam; quippe ita proditæ sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat eo casu deficere actionem, inventa est a prætore actio in qua dicit is qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse. Quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio prætore in edicto proposita est.

Se trata aquí de la acción Publiciana (*Publiciana*), de que ya hemos hablado más de una vez. Hemos dado, según Gayo, la fórmula de esta acción ficticia. En tiempo de Justiniano no se habla de esta redacción formularia ni de la enunciación de la hipótesis ficticia contenida en ella, y hasta ha perdido muchos de sus casos de aplicación; mas para aquellos que se han conservado, subsisten las consecuencias.

Efectivamente, resulta de lo que hemos dicho al tratar de la usucapion y de la prescripción, que la acción Publiciana podía aplicarse en cuatro casos distintos:—1.º Cuando una cosa *mancipi* había sido entregada por el propietario (*a domino*), pero sin mancipación ni otro modo quiritario de adquisición, y que el poseedor, pronto á adquirirla por usucapion, había perdido la posesión ántes de concluir el tiempo de esta usucapion. No siendo todavía *dominus ex jure Quiritium*, no podía ejercitar la *rei vindicatio* civil; el derecho pretoriano le daba la Publiciana;—2.º Cuando una cosa *mancipi*, ó *nec mancipi*, había sido recibida por alguno, en virtud de una causa translativa de dominio (*ex justa causa*) y de buena fe; pero de otro que el propietario (*a non domino*), y que el poseedor en camino de usucapirla, había perdido también la posesión de ella ántes de transcurrido el tiempo de esta usucapion;—3.º Cuando no se trataba de usucapion, sino sólo de prescripción comenzada, ó no concluida, por ejemplo, respecto de los fundos provinciales, y que aquel en

sa de venta, de donación, de dote ó de legado, llega á perder la posesión de ella ántes de haber adquirido la propiedad por usucapion, no tiene acción alguna real directa para perseguir esta cosa; porque la acción vindicatoria del derecho civil no se ha concedido más que al propietario; pero como es muy duro que no existiese en este caso ninguna acción, el pretor ha imaginado una, por la cual, el que ha perdido la posesión debe haber usucapido la cosa, y por consiguiente, la vindica como suya. Esta acción se llama Publiciana, porque fué introducida por primera vez en el edicto por el pretor Publicio.

cuyo provecho corría ó se había acabado la prescripción, llegaba á perder la posesión de la cosa. No podía intentarse la *rei vindicatio* civil, puesto que áun, consumada la prescripción, no había propietario, pero tenía la Publiciana;—4.º En fin, áun en el caso del adquirente que se ha hecho realmente propietario, pero que habiendo perdido la posesión de la cosa quería más intentar la Publiciana que la *rei vindicatio* civil, porque la Publiciana no le obliga como la *rei vindicatio* á justificar el derecho de propiedad de sus autores. En tiempo de Justiniano ya no existe el primero de estos casos de aplicación, porque se ha suprimido la diferencia entre las cosas *mancipi* y *nec mancipi*; ni el tercero, porque la usucapion y la prescripción se han refundido en una; no subsistiendo más que el segundo y el cuarto. En los términos del edicto trasladados en el Digesto, se han intercalado por entre renglonadura las palabras *a non domino*, que probablemente no se hallaban en él.

La acción Publiciana no puede tener lugar en las cosas inalienables, ni en las cosas furtivas, ni en el esclavo fugitivo, ni en ningún otro objeto afectado de un vicio que impida la usucapion (1). Sin embargo, se aplica al usufructo y á las servidumbres, tanto rústicas como urbanas, aunque estas cosas, á causa de su naturaleza incorpórea, no sean susceptibles de usucapion propiamente dicha (2); pero lo eran de cierta adquisición pretoriana por uso de largo tiempo, y esto bastó, sin duda, para aplicarles la Publiciana.

Si la acción Publiciana en el segundo caso de aplicación que hemos indicado, el único que le ha quedado propio en tiempo de Justiniano, se intentaba contra el verdadero propietario, sería contrario á la equidad, y por consiguiente, al destino de esta acción, hacerla producir su efecto en este caso. En su consecuencia, la paralizará el propietario oponiendo una excepción fundada en que el dominio de la cosa le pertenece, que es lo que se llama excepción *justi dominii* (3).—Si se intenta contra un poseedor que ha empezado á usucapir ó prescribir, en general se sigue la regla de que entre los derechos iguales la causa más favorable es la del poseedor actual (4).

(1) Dig. 6. 2. De *Publiciana in rem actione*. 9. § 5, y 12. § 4. f. Ulp.

(2) Dig. 6. 2. De *Publiciana in rem actione*. 11. § 1. f. Ulp.

(3) Ibid. 16. f. Papin., y 17. f. Nerat.

(4) Ibid. 17. f. Nerat., y Dig. 19. 1. De *action. emp.* 31. § 2. f. Nerat.— Véase, sin embargo, la distinción que cree Ulpiano en esta materia, refiriéndose á Julian., Dig. 6. 2. 9. § 4.

A *Publicio pratore*. Este Publicio es probablemente Q. Publicio, que fué pretor en tiempo de Ciceron (1).

V. Rursus ex diverso, si quis, cum Reipublicæ causa abesset vel in hostium potestate esse, rem ejus qui in civitate esse usucepterit; permittitur domino, si possessor Reipublicæ causa habesse desierit; tunc *intra annum* rescissa usucapione eam petere, id est ita petere ut dicat possessorem usu non cepisse, et ob id suam rem esse. Quod genus actionis *quibusdam et aliis* simili æquitate motus prætor accommodat, sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.

5. Por el contrario, si estando ausente uno por la república, ó en cautividad en el enemigo, ha usucapido la cosa de un propietario que ha permanecido en la ciudad, se le permite á éste, *dentro del año*, despues de la vuelta del que ha usucapido, que rescinda la usucapion, haciendo vindicar la cosa, es decir, alegando que esta usucapion no ha tenido lugar, y que, por consiguiente, la cosa sigue siendo suya. Esta clase de accion se ha concedido por el pretor, por iguales motivos de equidad, *en algunos otros casos*, como puede verse por más extenso en el Digesto y en las Pandectas.

En el párrafo precedente, la ficción pretoriana consiste en suponer concluida una usucapion que no lo ha sido; en éste, por el contrario, consiste aquélla en suponer no consumada una usucapion que lo ha sido. La primera es en beneficio del poseedor que todavía no ha usucapido la cosa; la segunda, por el contrario, en beneficio del propietario cuya cosa ha sido usucapida. El pretor da á este ex-propietario, en ciertas circunstancias y por ciertos motivos particulares, la accion real vindicatoria, fundada en la hipótesis ficticia de que la usucapion no ha tenido lugar. Así esta usucapion se considera como no verificada, y se rescinde (*rescissa usucapione*). Hay una especie de *restitutio in integrum* por medio de una accion rescisoria, segun la calificacion que los comentadores dan á esta especie de acciones.

Esta accion ficticia, cuyo efecto es rescindir una usucapion consumada, se presenta en dos situaciones diferentes.

1.º Mientras que un propietario está ausente por temor razonable (*metu*), ó por un servicio público (*reipublicæ causa*), ó porque esté preso, en servidumbre, en cautividad entre el enemigo (*inve vinculis, servitute, hostiumque potestate*), puede suceder que una cosa que le pertenece sea adquirida por usucapion; y esto podia suceder con mucha frecuencia en la época en que el plazo de la usucapion no era

(1) CICER. *Pro Cluent.* 45.

más que de un año ó dos; sin embargo, el pretor, tomando en consideracion la imposibilidad en que se halla el propietario, por su ausencia, de defender sus derechos, puede rescindir esta usucapion, dándole la accion real ficticia. Esta accion se da aquí para proteger al ausente; pero es preciso que la ausencia sea motivada por una causa justa, tal como las que hemos enumerado (1).

2.º Pero puede suceder tambien que sea el poseedor el que ha empezado á usucapir la cosa de un ausente. El propietario, por esta ausencia, puede hallarse en la imposibilidad de interrumpir la usucapion; porque, como ya hemos visto (p. 603), en el procedimiento de los romanos, no se puede demandar al ausente que no es defendido por nadie, ni *procurator*, ni *cognitor*, aunque se ocultase ó se pusiese fraudulentamente fuera del alcance de la *in jus vocatio*. El pretor podia muy bien emplear medios indirectos para obligarle á presentarse, tales como la *missio in possessionem* (p. 593); pero, en fin, si por un motivo cualquiera no se presentaba, la accion era imposible. La usucapion en este caso se verificaba en provecho del ausente sin que hubiese medio de interrumpirle; mas el pretor puede tambien rescindir esta usucapion, dando al propietario la accion real ficticia.—Ésta en este caso tiene por objeto protegerle contra el ausente; así, pues, tiene ésta lugar, cualquiera que sea el motivo de la ausencia. Es verdad que nuestro texto no habla más que de la ausencia por la república ó por efecto de la cautividad; pero con más razon sucederia así si la ausencia era fraudulenta, ó que careciese de motivo legítimo (2).

La accion de que acabamos de hablar llevaba en estos dos casos de aplicacion, así como en el de que se trata en el párrafo precedente, el nombre de accion Publiciana; sin duda porque procedia del mismo pretor. Para distinguirla, los comentadores la califican de accion Publiciana rescisoria. Así hay dos especies de acciones Publicianas: la una para hacer reputar cumplida una usucapion que no lo ha sido; la otra para considerar no verificada una usucapion que lo ha sido. Esta última se subdivide en dos casos de aplicacion diversos; el uno fundado en la ausencia legitima del propietario; el otro, en una ausencia cualquiera del poseedor. Este último caso es el úni-

(1) Dig. 4. 6. *Ex quib. caus. major. in integ. restit.* 1. § 1. f. Ulp., donde hallamos los términos del edicto; véanse tambien las leyes 2, 9, 13, 14 y 15 del mismo título.

(2) Dig. 4. 6. *Ex quib. caus. maj.* 1. § 1. f. Ulp.; 21. pr., y §§ 1 y 2; 22, 23. pr. y § 4; 25, 26. §§ 2 y 3.

co de que habla nuestro párrafo de la Instituta; y sin embargo, es el único cuya aplicacion se hizo inútil en tiempo de Justiniano, porque este Emperador dió al propietario un medio fácil de interrumpir la usucapion contra el poseedor ausente, con una protesta, ya sea por comparecencia, ya por escrito ante el presidente, y hasta por escrito ante el obispo, defensor de la ciudad, ó á falta de éstos, con la firma de tres testigos (1).

*Intra annum.* Teniendo por objeto la accion Publiciana rescisoria destruir un efecto del derecho civil, se habia reducido por el pretor al término de un año (2), el cual empezaba á correr desde el dia en que cesaba el obstáculo que impedia obrar. «*Intra annum quo primum de ea re experiundi potestas erit*», decia el edicto (3). Este año era el año útil (4), que Constantino reemplazó en ciertos casos de restitucion, con varios plazos continuos (5), y al que Justiniano sustituyó generalmente el término de cuatro años continuos, aplicable á todo el imperio y para todas las restituciones, ya de menores, ya de mayores (6).

*Quibusdam et aliis.* Esta frase alude á otros varios casos de restitucion *in integrum*, que pueden tener lugar igualmente por medio de una accion real ficticia y rescisoria: tal es el caso, por ejemplo, de una enajenacion hecha por un menor de veinte y cinco años que ha sido perjudicado, ó por un mayor de veinte y cinco años obrando bajo el imperio del miedo: esta enajenacion, aunque válida segun el derecho civil, puede rescindirse por medio de una accion real ficticia, que el pretor da al menor ó mayor contra cualquier detentador, y se apoya en la hipótesis ficticia de no haberse verificado la enajenacion (7).

VI. Item, si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit: bonis ejus a creditoribus ex sen-

6. Igualmente, si un deudor ha enajenado por tradicion una cosa en fraude de sus acreedores, pue-

(1) Cod. 7. 40. *De annal. excep.* 2. const. de Justinian.

(2) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 35. f. Paul.: «Item (etiam post annum datur) Publiciana, quæ ad exemplum vindicationis datur. Sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur; quia contra jus civile datur.»

(3) Dig. 4. 6. *Ex quib. caus. major.*

(4) Cod. 2. 51. *De restitut. milit.* 3. const. de Alejand.

(5) Cod. Teodos. 2. 16. *De in integr. restitut.* 2. const. de Constant.

(6) Cod. 2. 53. *De tempor. in integr. restit.* 7. const. de Justinian.—Sin embargo, para la accion de dolo, el término de dos años establecido por Constantino se conserva en el código de Justiniano: Cod. 2. 21. *De dolo malo.* 3. const. de Constant.

(7) Dig. 4. 4. *De minor.* 13. § 4. f. de Ulp.—Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 9. § 4. f. Ulp.—Véase pág. 591 lo que hemos dicho de las restituciones *in integrum*.

sentia præsidis possessis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.

den éstos, despues de haberse hecho poner en posesion de los bienes de su deudor por el presidente, vindicar esta cosa rescindiendo la tradicion, es decir, alegando que la cosa no ha sido entregada, y que, por consiguiente, continúa en los bienes del deudor.

La accion de que aquí se trata es absolutamente de la misma naturaleza que las anteriores; es una accion real ficticia y rescisoria, y se llama, dice Teófilo en su paráfrasis, accion Pauliana.—Las manumisiones hechas en fraude de los acreedores eran nulas segun el derecho civil, puesto que una ley especial, la *ÆLIA SENTIA*, lo habia terminantemente dispuesto así; mas no sucedia lo mismo con las enajenaciones; ninguna disposicion de derecho civil las tachaba de nulas aunque hubiesen sido hechas en fraude de los acreedores, y por de contado, segun el rigor de este derecho, eran válidas; pero el edicto del pretor habia intervenido y habia suministrado un medio de rescindir estas ventas. Cuando los acreedores habian tomado posesion de los bienes del deudor (*bonis a creditoribus possessis*), y que se hallaban de este modo en el ejercicio de sus derechos, el pretor, rescindiendo la tradicion, la enajenacion que se habia verificado (*rescissa traditione*), les daba contra todo detentador de las cosas enajenadas fraudulentamente, la accion vindicatoria, en una *fórmula ficticia*, fundada en la hipótesis ficticia de que esta cosa no habia sido entregada ni enajenada; tal es la accion de que habla nuestro párrafo.—Sabemos, por lo demas, por lo que hemos dicho de las manumisiones, lo que debe entenderse por ventas hechas en fraude de los acreedores: sabemos que se necesita el hecho y la intencion (*eventus et consilium*); el hecho de la insolvencia, y la intencion de burlar á los acreedores.

Lo que acabamos de decir no deja duda alguna sobre la naturaleza de la accion Pauliana de que habla nuestro párrafo. Es una accion *in rem*, segun dice terminantemente Teófilo en su paráfrasis, diciéndolo tambien nuestro texto en estas palabras: *eam rem petere*; por lo demas, el objeto de estos diversos párrafos es exponer las acciones pretorianas; y las *in personam* vendrán despues desde el § 8. En fin (y esto es más decisivo), ahora que Gayo nos ha dado á conocer íntegras las fórmulas ficticias, sabemos ya lo que es una accion vindicatoria fundada en una fórmula igual.

Con todo, esta accion Pauliana *in rem* no está indicada en todo el cuerpo del derecho de Justiniano más que por nuestro párrafo; fuera de él no aparece en ninguna parte. En su lugar, y bajo el mismo nombre de accion Pauliana (1), encontramos una accion *in personam*, concebida *in factum* y arbitraria, que se da para revocar, no sólo las ventas, sino cualquier acto ejecutado por el deudor en fraude de sus acreedores, con el cual haya disminuido su patrimonio, tales como las aceptilaciones ú otras remisiones de deudas que hubiese hecho, de obligaciones fraudulentas que hubiese contraído; pero no de las renunciaciones de herencias ó de legados, porque en esto no se empobrece; sólo deja de ganar (2). La accion se da, no contra todo detentador, porque no es *in rem*, sino contra el deudor que ha defraudado, y contra las personas que tratando con él, habian conocido el fraude, aunque no posean ya; ó aún contra los que no habiendo conocido este fraude, hubiesen recibido bienes á título gratuito: en este último caso se daba la accion hasta el importe de lo que se habian enriquecido los donatarios (3).

En suma, los acreedores puestos en posesion de los bienes de su deudor tenian, para revocar los actos hechos en fraude de sus derechos, dos especies de acciones Paulianas, que no deben confundirse una con otra: 1.º La accion *Pauliana in rem*, que sólo se aplicaba al caso de venta, y que no era más que una *rei vindicatio* fundada en la fórmula *fictionis*, por medio de la cual se perseguian y reclamaban de cualquier detentador las cosas enajenadas fraudulentamente; ésta es indudablemente la más antigua, y ha concluido quizá por concederse con ménos frecuencia por el pretor; — 2.º La accion *Pauliana in personam*, que se aplicaba á todos los actos fraudulentos, y se daba contra el deudor, contra los cómplices de su fraude, ó contra los que se habian aprovechado de él á título gratuito, aún cuando ya no posean (4).

VII. Item Serviana, et quasi-Serviana quæ etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius prætoris juris-

7. La accion Serviana y la accion cuasi-Serviana, llamada tambien hipotecaria, proceden igual-

(1) Dig. 22. 1. *De usur.* 38. pr. y § 4. f. Paul.

(2) Dig. 42. 8. *Quæ in fraud. credit.* 1. § 2. f. Ulp.; 3 y 6. pr. §§ 1 y 2 y sig. f. Ulp.

(3) *Ibid.* § 11. f. Ulp.; 9, 10. § 2, y 25. f. Ulp.; 14. f. Ulp.; 25.

(4) Así es que en los casos de violencia el que habia sido victima de ella tenia ya una accion *fictionis* y rescisoria *in rem*, en caso de venta; y si la preferia para otro cualquier objeto, la accion personal del cuádruplo, *Quod metus causa* (Dig. 4. 2. *Quod met. caus.* 9. §§ 3, 4 y 6. f. Ulp.).

*dictione* substantiam capiunt Serviana autem experitur quis *de rebus coloni*, quæ, pignoris jure, pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi-Serviana autem, qua creditores pignora hypothecarum persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur; sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. At eam quæ sine traditione nuda conventionione tenetur, proprie hypothecæ appellatione continere dicimus.

mente de la jurisdiccion del pretor. La accion Serviana se ejerce sobre los bienes del colono que están afectos á título de prenda al pago de los arrendamientos. La accion cuasi-Serviana es aquella por la cual los acreedores persiguen sus prendas ó sus hipotecas. En cuanto á la accion hipotecaria, no hay diferencia entre una prenda y una hipoteca, aunque una y otra denominacion se aplican igualmente á las cosas que un acreedor y su deudor se han convenido en hipotecar para el pago de la deuda; pero la prenda y la hipoteca difieren bajo de otros respectos. En efecto, el nombre de prenda se ha aplicado especialmente al objeto afecto á la deuda, que ha sido entregado al acreedor, sobre todo si este objeto es mueble. Si, por el contrario, la aplicacion se ha hecho sin tradicion, por el solo consentimiento, se llama hipoteca.

Hemos considerado ya la prenda como un contrato; aqui la trataremos como derecho real conferido al acreedor. Bajo este aspecto es preciso tratar á la vez de la prenda (*pignus*) y de la hipoteca (*hypotheca*), á las cuales se refiere, pero sólo como cuestion de categoria, en ciertos casos particulares, y dar una nocion de lo que se ha llamado por los modernos un privilegio (1).

En los primitivos tiempos aquel que para hacer préstamos ó para seguridad de cualquiera otra obligacion deseaba obtener crédito, confianza, transferia al acreedor por la mancipacion la propiedad de cualquier objeto, de todo ó de parte de sus bienes, á veces aún de su propia persona; pero con la cláusula de fiducia (*sub fiducia*), la ley de remancipacion (*sub lege remancipationis*), es decir, con la cláusula de que una vez pagada la deuda se le devolveria la propiedad. En este caso, y salvadas las consecuencias de esta cláusula, el

(1) Dig. 20. tit. 1. *De pignoribus et hypothecis*, y tit. sig. — Cod. 8. tit. 14. *De pignoribus et hypothecis*, y tit. sig. — Pueden verse en la materia los textos que nuestro ilustre colega M. PELLAT ha publicado con su traduccion, seguidos de la traduccion de un sucinto tratado sobre el mismo asunto, por M. FR. AD. SCHILLING. Paris, 1840, en 8.º