UFLO
UNIVERSIDAD

ESTUDIO SOBRE

Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 5

Gabriela Alonsoperez
Mirta Beatriz Álvarez
Cristian Andrade
René Angulo
Mía Agostina Barrionuevo
Laura Bierzychudek
Daniel Gerardo Bonjour
Thiago Yoel Bussolati Covello
Mariela Cáceres
Victoria Cali
Patricio Carvajal Ramírez
Candelaria Corbella
Anabella Facciuto Kaed
María Cristina Filippi
Yamila Francis Fuentes
Juan Carlos Ghirardi
Germán D. Giarrocco
Rodrigo Guelar
Lourdes Llorvandi
Andrea Marlene Luis Asto
Elvira Méndez Chang
Harnold Leo Mendoza Vilcanqui
Laura Micieli
Marilina Miceli
José María Monzón
Patricia Mora
Gabriela Victoria Morel
Leticia Inés Núñez
Pilar Pérez Álvarez
Juan Pérez Carrandi
Diego Quiroz Quiroz
Julieta Salomé Rodríguez
Aldo Santome Sánchez
Mariana Sconda
Claudia Somovilla
Luis Rodríguez Ennes
Ana Vázquez Lemos
Gustavo Adrián Vedia

La prohibición del pacto comisorio y la adquisición del bien a un precio justo en el derecho romano justinianeo

Harnold Leo Mendoza Vilcanqui[716]

Resumen

La presente investigación fue elaborada con el fin de examinar la aparente contradicción que existe en el *Corpus Iuris Civilis* entre dos normas fundamentales: la prohibición del pacto comisorio establecida en la constitución imperial C. 8. 34. 3 (según la doctrina, abolido por el emperador Constantino por distintas razones, entre ellas el carácter abusivo de la cláusula) y la validez reconocida al denominado pacto marciano en el fragmento D. 20. 1. 16. 9, que básicamente permite al acreedor pignoraticio adquirir en propiedad el bien pignorado siempre que pague un justo precio.

[716] Bachiller en Derecho por la Universidad Continental. Maestrando en Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

Utilizando el método histórico y dogmático, se analizaron las fuentes jurídicas romanas (específicamente el *Corpus Iuris Civilis)* y la doctrina especializada para demostrar que la prohibición mencionada en el párrafo anterior no se extiende al denominado pacto marciano, ya que esta figura constituye una variante atenuada del pacto comisorio. En el pacto marciano, la exigencia de una valoración objetiva del bien y la devolución del excedente (*superfluum*) al deudor impide abusos por parte del acreedor y actuaciones inmorales del mismo.

El estudio realizado sostiene que existen diferencias claras entre el pacto comisorio en su variante más pura y el pacto marciano, por tal razón no pueden considerarse iguales al aplicarse en el *pignus conventum.* En ese sentido, la constitución imperial recogida en C. 8. 34. 3 no aplica al caso donde el acreedor pignoraticio adquiere la cosa pignorada pagando un justo precio, puesto que el fragmento D. 20. 1. 16. 9 no vulnera los fines que motivaron la abolición de la *lex comissoria.*

Comprender la distinción entre ambas normas resulta relevante para tener claro los límites históricos a la ejecución pignoraticia y reconocer cómo el derecho romano justinianeo sentó las bases del sistema de garantías peruano. Por todo ello, el estudio del pacto marciano y el pacto comisorio (en su estado puro) permite abordar los debates que aún se encuentran vigentes sobre la permisibilidad de incorporar una cláusula comisoria a los contratos accesorios de garantía.

Palabras clave: pacto comisorio; pacto marciano; *pignus conventum*

I. Introducción

Dentro del *Corpus Iuris Civilis* existen algunas contradicciones que deben ser analizadas por ser relevantes para el derecho actual.

Al revisar con detenimiento el Digesto y el Código del *Corpus Iuris Civilis*, se encontró una aparente contradicción entre la prohibición expresa en C. 8. 34. 3 y lo dispuesto en el fragmento D. 20. 1. 16. 9.[717] Investigar ambos supuestos es pertinente no solo porque existen varios autores que abordan el *pignus* y la *lex commissoria* en el derecho romano, sino también porque permite considerar la posibilidad de incorporar la figura del fragmento D. 20. 1. 16. 9, conocido como pacto marciano en la actualidad.

En ese sentido, el objetivo del presente artículo es reforzar la postura doctrinal que sostiene que la prohibición del pacto comisorio, tal como se ha establecido en la constitución imperial C. 8. 34. 3, no resulta aplicable al denominado pacto marciano. Además, se analizará el alcance de la prohibición y su finalidad, puesto que de tener claro los supuestos mencionados permite que se aborde con mayor precisión el problema planteado más adelante.

A partir de la aparente contradicción, surge el siguiente problema de investigación: ¿la prohibición del pacto comisorio (C. 8. 34. 3) no resulta aplicable cuando el acreedor adquiere el bien hipotecado pagando un precio justo? Tal pregunta adquiere importancia si se tiene en cuenta que, dentro del desarrollo del derecho romano justinianeo, el pacto comisorio fue entendido en dos variantes. Una en su estado puro, que básicamente consistía en la adjudicación directa del bien sin ninguna estimación de su valor, y si en caso de que el bien sea mayor al valor de la deuda, el acreedor *pignoratario* no tenía obligación de devolver el excedente. Y la otra en su estado atenuado, conocida como el "pacto marciano", que requería que se determine un precio justo al momento de la adjudicación del bien pignorado a favor del acreedor pignoratario, y contemplaba la posibilidad de devolver el excedente al deudor *pignorante.*

---

[717] GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889-1898). *Cuerpo del derecho civil romano a doble texto traducido al castellano del latino.* I-IV. Jaime Molinas.

En ese sentido, la hipótesis que se sostiene en este artículo de investigación es la siguiente: la prohibición de la *lex commissoria* no resulta aplicable para los casos donde el acreedor adquiere el bien hipotecado, a título de propietario, mediante el pago de un justo precio, puesto que en D. 20. 1. 16. 9 se establece de manera expresa que debe existir un justo precio para que el acreedor adquiera la cosa por derecho de comprador y en C.8.34.3 se abolió la *lex comissoria* sin justo precio. En consecuencia, se estaría cumpliendo con la exigencia de equilibrio patrimonial y protección al deudor *pignorante* que, según la doctrina, era considerado como la parte más débil de la relación crediticia.

II. El *pignus conventum* en el derecho romano justinianeo

Antes de comenzar con el análisis del pacto comisorio en el derecho romano justinianeo, es menester definir la prenda y la hipoteca, puesto que mediante estas figuras jurídicas se otorgaban una o más cosas propias o de un tercero con el fin de garantizar una obligación principal. En ese sentido, eran considerados como derechos reales de garantía, por lo que es claro que dependían de una relación obligacional principal, por ende, debe existir un acreedor y un deudor (en algunas ocasiones un tercero). Además, se desarrollarán las vías de constitución de la hipoteca, los pactos para mejorar la posición del acreedor pignoratario y la extinción de la hipoteca.

II. 1. La definición del pignus conventum

En el derecho romano la prenda era conocida como el *pignus,*

por ello principalmente abordaremos sus tipos, las definiciones y sus formas de perfeccionamiento.

En el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano existe cierta cantidad de fragmentos, párrafos y constituciones imperiales que nos permiten distinguir dos modalidades de *pignus* (D. 13. 7. 1). Por un lado, el *pignus datum*, mediante el cual el deudor o un tercero dejaba en prenda una cosa a favor del acreedor, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación principal del deudor, generalmente un préstamo dinerario (I. 3. 14. 4). En ese sentido, el perfeccionamiento del *pignus datum* consistía en la entrega de la posesión del acreedor sobre la cosa pignorada. Está postura es sostenida por Guzmán Brito (1997), quien afirma que el denominado *pignus datum* se perfecciona cuando se entrega la cosa, es decir, debe existir un desplazamiento de la tenencia de la cosa, todo ello con la finalidad de garantizar la obligación o crédito del deudor. Tal tenencia de la posesión era denominada *possessio naturalis*.[718]

Por otro lado, el *Corpus Iuris Civilis* también nos permite identificar otro derecho real de garantía: el *pignus conventum* o hipoteca (D. 13. 7. 1; D. 20. 1. 5; D. 13. 7. 9. 2). La doctrina autorizada afirma que este tipo de *pignus* se desarrolló durante el siglo III a. C y es posible que tenga sus orígenes en el arrendamiento de fundos rústicos, dónde los arrendatarios para garantizar el pago de la renta dejaban en *pignus conventum* las herramientas y animales con los que labraban la tierra.[719] Es evidente que las cosas mencionadas no eran entregadas al arrendador, puesto que el arrendatario las necesitaba por ser sus instrumentos de explotación de la tierra. En ese sentido, recién cuando había un atraso en el pago de la renta, el arrendador tenía el derecho a que se le entreguen las cosas para que las venda y de esa forma saldar la renta no pagada por el arrendatario.

---

[718] GUZMÁN BRITO, A. (1997). *Derecho privado romano* (p.106). Editorial Jurídica.

[719] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2008). *Derecho privado romano* (p. 654). Iustel.

Este tipo de *pignus* también se extendió a los frutos del fundo arrendado. Concretamente, en D. 19. 2. 53 se establece que los frutos de los predios arrendados quedan en prenda, claramente con la finalidad de garantizar el cumplimiento del pago de la renta. Algo similar se aprecia en D. 19. 2. 24. 1, donde se establece que cuando un colono (primer arrendatario) da en arrendamiento el fundo a un segundo arrendatario, este último no queda obligado al arrendador, pero cualquier fruto producido en el fundo queda en la condición de prenda, como si el arrendatario primigenio lo hubiese percibido.

Además del arrendamiento de fundos rústicos, en el derecho romano también existía el arrendamiento de inmuebles urbanos, y en estos casos, el *pignus* recaía sobre las cosas introducidas en el bien inmueble (D. 2. 14. 4. pr). Es claro que se hace referencia a los muebles y demás enseres personales del arrendatario. Asimismo, en D. 20. 2. 2 se establece que en aquel caso donde el inquilino deteriore la habitación que le fue arrendada quedaran obligadas todas las cosas llevadas e introducidas en el inmueble.

Ahora bien, continuando con el *pignus conventum*, que también era conocido como *hypotheca,* palabra griega que representaba la prenda por la mera convención, se ha mencionado en párrafos previos que recaía sobre la cosa, por ende, abarcaba no solo los bienes inmuebles, sino también los muebles (D. 20. 1 .5). Entonces, el perfeccionamiento del *pignus datum*, así recaiga sobre un bien mueble, ocurría con el mero convenio entre las partes (*nuda conventio* o *conventio pignoris*). Es decir, el deudor adquiría una obligación principal, y con la finalidad de garantizar el cumplimiento otorgaba en *pignus conventum* sus bienes muebles o inmuebles propios o de terceros a favor del acreedor (D. 20. 1. 34. 1), pero por la mera convención sin la necesidad de que se traslade la posesión de la cosa a manos del acreedor.

Debemos dejar claro que el *pignus conventum* (como también el *pignus datum*) era una figura accesoria por su función de garantizar una obligación que puede ser de cualquier clase. De forma general

sobre el *pignus,* sin diferenciar la modalidad, en D. 13. 7. 9. 1 se establece que se puede dar en prenda por cualquier causa y no solamente por una cantidad. Asimismo, sobre el *pignus conventum* se establece que se puede dar una cosa por cualquier obligación distinta al mutuo, por lo tanto puede ser cualquier clase de obligación de dar, hacer o no hacer, incluso actual o futura (D. 20. 1. 5. pr).

Hasta el momento, podemos inferir la definición del *pignus conventum*. No obstante, considero menester citar la doctrina autorizada para un mejor entender sobre la modalidad de *pignus* mencionada. En ese sentido, Fernández de Buján (2008) afirma que la hipoteca o *pignus conventum* era aquel acuerdo celebrado por los sujetos que conforman un relación obligatoria, por medio del cual el sujeto deudor garantizaba el cumplimiento de una obligación con un bien que podía ser de su propiedad o de un tercero, siempre que tenga el consentimiento del propietario, sin la necesidad del traslado de la posesión al acreedor, pero sí el compromiso de entregarle la cosa en caso de que no se cumpla la obligación garantizada.[720]

Siguiendo la línea, es necesario adentrarnos a los fragmentos del *Corpus Iuris Civilis*, puesto que dentro de éste podemos encontrar la modalidad del *pignus conventum* de forma expresa. Es así que, de manera general, encontramos en D. 13. 7. 1 el contrato de prenda celebrado por la mera convención entre el acreedor y deudor. Más adelante, en D. 13. 7. 9. 2, se establece la posibilidad de celebrar un contrato de garantía por la mera convención entre el acreedor y deudor. En el fragmento mencionado se diferencia al *pignus datum*, que es la prenda con la entrega del bien que se le denomina prenda en estricto y al contrato de prenda sin la necesidad de trasladar la posesión al acreedor, la que, según el fragmento, se denomina hipoteca. Asimismo, es menester indicar que, en el derecho romano, el *pignus conventum* no solo se podía dar sobre cosas corporales, sino

[720] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 442.

también incorporales, como el derecho de usufructo, servidumbre, crédito, entre otros.[721]

Como se puede apreciar, en algunos casos, la modalidad de *pignus* por la mera convención entre deudor pignorante y acreedor pignoratario es denominado *pignus conventum*, mientras que en otros se le denomina hipoteca. Por ese motivo, en los párrafos posteriores solo será utilizado el termino de hipoteca, que proviene de *hypotheca*. El término está compuesto por las palabras *"hypo"*, que significa "bajo", y "*theca*", que se utiliza para darle significado a un conjunto de objetos. Entonces, con el conjunto de las palabras se busca hacer referencia al objeto que se encuentra bajo otro sujeto a cumplimiento.[722]

II. 2. Vías de constitución de la hipoteca

De manera general, se puede afirmar que la hipoteca se podía constituir por el acuerdo entre el acreedor y el deudor o, en algunos casos, de un tercero con el acreedor. No obstante, también existían otras vías distintas de constitución: por disposición de la autoridad judicial, por disposición testamentaria, de forma tácita, o por imperativo de la ley.[723] Todas estas vías serán desarrolladas a continuación.

La hipoteca era constituida por disposición de la autoridad judicial cuando un magistrado emita sentencia a favor del acreedor, así se puede apreciar en D. 20. 1. 16. 5. El caso de la constitución

[721] CARRASCO GARCÍA, M. C. (2024). *¿Cancel culture* de los clásicos? Un ejemplo para la reflexión: *pignus* como término jurídico y como metáfora. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (46), 38. https://doi.org/10.4151/ISSN.07176260-Num.46-Fulltext.1317 .

[722] DEL VALLE FLORES, M. (2022). *Evolución del* pignus *desde el derecho romano a la actualidad* [Tesis de maestría, Universidad de Alcalá].

[723] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit*., p. 442.

por disposición testamentaria aparece en la constitución imperial establecido en C. 6. 43. 1, mediante el cual se le dio licitud al testamento que dejaba bienes hipotecados. Por otro lado, tenemos a la constitución de la hipoteca tácita (D. 20. 2. 4; D. 20. 2. 7), que básicamente tiene que ver con la actitud inequívoca del que la constituye. Esta vía de constitución fue abordada en párrafos anteriores, cuando se mencionó la constitución de la hipoteca sobre los frutos de los fundos rústicos arrendados o sobre los muebles y enseres básicos del arrendatario que no pagó la renta. Si bien las vías de constitución mencionadas no son complejas, existían otras que sí merecen mayor desarrollo.

El supuesto de la constitución por imperativo de la ley se da a partir de lo que se establece en los fragmentos del *Corpus Iuris Civilis*, sin la necesidad de que exista una convención de por medio entre el acreedor y el deudor. Esta vía de constitución tiene dos clasificaciones: la hipoteca legal de clasificación general y la hipoteca legal de clasificación especial. La primera afecta el conjunto del patrimonio del deudor y la segunda grava bienes determinados. En el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano podemos fácilmente identificar la clasificación mencionada. Por ejemplo, en D. 46. 1. 68 se establece la preferencia del fisco para cobrar su crédito frente a la hipoteca constituida con anterioridad a favor de cualquier particular. Incluso, el fisco tenía preferencia sobre los bienes del deudor que son adquiridos después de haber contratado con éste (D. 49. 14. 28). En ese sentido, se observa que el fisco podía ejecutar el crédito que tenía a su favor sobre cualquier cosa que forma parte del patrimonio del deudor, incluso sobre las cosas futuras. El ejemplo de *pignus* a favor del fisco también es utilizado para hacer referencia al carácter público que tenía en el derecho romano.[724] Por otro lado, un ejemplo de

[724] CARRASCO GARCÍA, M. C. (2024). Pignoris *loco: metáfora y símil al servicio de la argumentación jurídica* (p. 84). Dykinson.

hipoteca legal especial se puede ver en aquel caso donde el acreedor que prestó para la reparación de un edificio tenía un privilegio del cobro, es así que se afectaba el propio edificio que se buscaba reparar (D. 12. 1. 25). En este último caso, la hipoteca recae sobre un bien específico del deudor y no sobre la masa patrimonial del deudor.

II. 3. Pactos para mejorar la posición del acreedor pignoratario

Anteriormente, se ha mencionado que la hipoteca podía celebrarse accesoriamente para garantizar cualquier obligación de dar, hacer o no hacer (obligación principal). No obstante, para el presente trabajo se tomará en cuenta solo la obligación de dar, específicamente el mutuo. En ese sentido, las partes que celebran un contrato de mutuo lo hacen con la finalidad de recibir un beneficio a cambio: el acreedor busca una retribución por el préstamo otorgado y el deudor busca obtener el crédito a su favor para que lo pueda utilizar en lo que crea conveniente.

Existen instituciones para garantizar el cumplimiento de la obligación principal. La hipoteca es una de ellas, por ello, cuando se quiere garantizar la obligación principal, las partes pueden celebrar un contrato de hipoteca de manera accesoria. Mediante este contrato, la posición del acreedor, quien en adelante será denominado acreedor *pignoratario*, se ve mejorada, puesto que no tendrá mayor preocupación que accionar la ejecución de la cosa hipotecada en caso de incumplimiento del deudor, quien en adelante será denominado deudor *pignorante*. No obstante, en el derecho romano Justinianeo existían otras maneras de mejorar la posición del acreedor pignoratario, con pactos expresos celebrados entre el deudor pignorante y el acreedor pignoratario.

1) En primer lugar, tenemos al *pactum de distrahendo* o *pactum de vendendo.* El acuerdo puede ser traducido como el pacto de

vender, que consiste en otorgarle facultades al acreedor pignoratario para que pueda vender la cosa, siempre que el deudor pignorante deje de pagar la deuda que se encuentra estipulada en el contrato principal. Dejando claro que la facultad de vender que tiene el acreedor pignoratario es porque en realidad se considera que el deudor pignorante posee la cosa en calidad de precario (C.8.28.2). El acreedor pignoratario no es el dueño de la cosa pignorada, por lo que debe seguir un procedimiento para su venta. Según D. 8. 28. 4, éste está obligado a notificar su decisión de vender la cosa hipotecada. Una vez efectivizada la venta de la cosa, en caso de que exista un excedente sobre la cantidad prestada por el acreedor *pignoratario*, debe ser restituido al deudor *pignorante*, lo que es denominado como *superfluum* o *hyperocha* (D. 20. 4. 20). Asimismo, en caso de que la cosa vendida no sea suficiente para pagar la deuda, el acreedor pignoratario conserva su derecho de accionar contra el deudor pignorante para exigirle el restante. No obstante, también es posible que la cosa no sea vendida, en tal caso, después de un año y realizados los avisos de manera pública, el acreedor pignoratario podía solicitar la adjudicación de la cosa en dominio. Para ello, en C. 8. 34. 1 se establece que se debe expresar el nombre de los deudores que dejaron de pagar la deuda.

2) En segundo lugar, tenemos a *la lex commissoria.* El pacto de venta realizado entre el deudor pignorante y acreedor pignoratario se diferencia de la *lex commisoria*, porque este último pacto es el acuerdo para que el acreedor pignoratario se haga dueño directamente de la cosa hipotecada. En ese sentido, si se vende la cosa de manera posterior, el deudor pignorante no estará obligado en devolver el *superfluum* o *hyperocha*.[725]

[725] GUZMÁN BRITO, *op. cit.*, p. 650.

3) Finalmente, tenemos el pacto sobre el aprovechamiento de los frutos naturales o civiles de la cosa. En el caso de que se realice este pacto, el acreedor *pignoratario*, en principio, tendrá el derecho de cobrar los intereses del préstamo mediante los frutos naturales o civiles (D. 20. 1. 1. 3), también podrá ser imputado al capital, siempre que se restituya el excedente al deudor pignorante, así se establece en la constitución imperial C. 4. 24. 1.

II. 4. La extinción de la hipoteca

La hipoteca se extingue cuando se cumple la obligación principal. No obstante, existen otras causas de extinción que serán desarrolladas a continuación:

1) En párrafos previos se ha identificado al mutuo como obligación principal y a la hipoteca como un contrato accesorio. En ese sentido, el cumplimiento íntegro de la obligación principal (cuando se paga el íntegro del débito del deudor) extingue la hipoteca, también, por los modos civiles o pretorios de extinción o cuando el acreedor incurre en mora de recibir el pago de la deuda. Todo ello por el mismo hecho del carácter accesorio de la hipoteca (D. 20. 6. 6. pr).

2) El deudor pignorante puede proponer caucionar el cumplimiento de la obligación principal con otro modo de garantía, por ejemplo, puede ofrecer una fianza a favor del acreedor, o incluso con *pignorar* otra cosa. En caso de que el acreedor pignoratario admita el afianzamiento se dará por extinguida la hipoteca que recaía sobre la cosa (D. 20. 6. 6. 1).

3) En algunos casos el acreedor pignoratario puede libremente pactar con el deudor pignorante que no se dé la cosa hipotecada, por lo tanto, nos encontramos frente a un caso de renuncia de la hipoteca mediante acuerdo (D. 20. 6. 8. 1).

4) La hipoteca puede extinguirse por la decisión del acreedor pignoratorio: 1) él tiene la potestad de consentir al deudor pignorante desprenderse de la cosa mediante la permuta, donación, etc., sin reservarse su derecho (D. 20. 6. 4. 1); 2) también, puede restituir la cosa al deudor pignorante (D. 13. 7. 3); y 3) puede realizar un legado a favor del deudor *pignorante*, a pesar de que la cosa le pertenezca a él mismo (D. 34. 3. 1. 1).

5) En el derecho romano justinianeo no es posible dejar en prenda a sí mismo. Por lo tanto, cuando el acreedor pignoratario obtiene la calidad de dueño de la cosa pignorada se extingue la hipoteca sobre la cosa (D. 13. 7. 29).

6) Es claro que las cosas son pasibles de ser destruidas, por ende, en caso de que una cosa otorgada en hipoteca sea destruida tendrá como consecuencia la extinción de ésta, como bien se aprecia en D. 20. 6. 8.pr.

Las causas abordadas en el presente apartado cubren una parte de lo que se estableció en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano sobre la extinción de la hipoteca. No obstante, existen otras causas que no fueron abordadas, puesto que no son relevantes para el presente trabajo. Además, es menester mencionar que una vez ejecutados los pactos desarrollados en el punto 3 del apartado II se extingue la hipoteca sobre la cosa.

III. El pacto comisorio en el derecho romano justinianeo

El presente apartado está enfocado en el desarrollo del pacto comisorio en el derecho romano justinianeo. Para ello, se comenzará con las generalidades del pacto comisorio, diferenciándolo en la hipoteca y en la compraventa. Asimismo, se analizará su aplicación como mecanismo de adjudicación directa en los contratos accesorios de hipoteca, lo que se ha identificado como el pacto comisorio en su estado puro. Finalmente, se analizará el supuesto particular del fragmento D. 20. 1. 16. 9, donde se permite la adquisición del bien por el acreedor solo si se paga un justo precio, figura conocida por la doctrina actual como el pacto marciano.

III. 1. Sobre el pacto comisorio

El pacto comisorio en el derecho romano justinianeo se utilizaba para los contratos de compraventa y los contratos accesorios de garantía. Sobre los contratos de compraventa, el término lo podemos encontrar en distintos fragmentos. En ese sentido, como se puede apreciar en D. 18. 3. 1, se establece que la compraventa se disuelve bajo condición cuando en ésta se incorpora el pacto de la ley comisoria. Asimismo, en D. 18. 3. 2, en referencia a la venta de fundos, se establece que las partes pueden pactar que, en el caso donde el comprador no cumpla con pagar la totalidad del monto acordado para la venta del bien, quedará como no comprado el fundo. En ese sentido, de ambos fragmentos se puede inferir que se trata de un pacto que busca la resolución del contrato en caso de incumplimiento del pago total del precio del inmueble por parte del comprador (cláusula resolutoria). En el mismo sentido, algunos autores mencionan que el pacto comisorio es una cláusula que se puede incorporar a los contratos de compraventa mediante el cual el

vendedor puede considerar como no celebrado el contrato, porque no se habría pagado la totalidad del precio de la venta en el plazo establecido por las partes.[726]

Por otro lado, el pacto comisorio para los contratos accesorios de garantía se encuentra en algunos fragmentos y constituciones imperiales del *Corpus Iuris Civilis*. Uno de los fragmentos más citado por la doctrina actual es el D. 20. 1. 16. 9, mediante el cual el acreedor pignoratario puede poseer la cosa por derecho de comprador, siempre que se pague un justo precio a favor del deudor pignorante. Asimismo, cuando se hace referencia a la abolición del pacto comisorio comúnmente se suele citar a la constitución imperial emitida por Constantino. En C. 8. 34. 3 se encuentra de manera expresa que la ley comisoria para los contratos de prenda queda abolida, prohibiendo cualquier caso futuro de pacto comisorio convenido entre el deudor pignorante y acreedor pignoratario. El pacto comisorio desarrollado en este párrafo es el que interesa para el análisis del presente trabajo.

En síntesis, el pacto comisorio en la compraventa funciona como una cláusula resolutoria en casos de incumplimiento por la parte compradora. Además, la cláusula incorporada le permite al vendedor, una vez resuelto el contrato, hacer suyo el pago total o parcial del pago realizado por el comprador. Es decir, el monto se convierte en una indemnización a favor del vendedor por el incumplimiento del comprador. Por este motivo es que existe una confusión al momento de referirse al pacto comisorio en el *pignus* y al pacto comisorio en la compraventa, puesto que en ambos casos la consecuencia del incumplimiento de una parte implica la adquisición del bien

[726] COSTA A., ACOSTA P., MICELI M., & NUÑEZ, L. (2023). Contratos romanos modernos: la consensualidad en la compraventa y *pacta sunt servanda.* En M. ÁLVAREZ (Comp.). *Estudio sobre Principios Generales y Derecho Romano* (p. 235). Vol. 2. Editorial de la Universidad de Flores

otorgado a la otra parte. Generalmente es el acreedor en el *pignus* quien adquiere un bien del deudor *pignorante* y el vendedor en la compraventa quien adquiere el bien dinerario del comprador.

III. 2. El pacto comisorio como adjudicación directa a favor del acreedor en la hipoteca

Los términos utilizados en el derecho romano eran polisémicos. Uno de los muchos casos es el término *lex*, puesto que en el derecho romano justinianeo mediante esa palabra se hace referencia a muchos significados, por ejemplo, podría traducirse directamente como "ley". No obstante, en algunos casos también era utilizado para hacer referencia a la cláusula. Este último significado es relevante para el presente artículo, puesto que Fernández de Buján (1997) hace referencia al pacto comisorio como la *lex commissoria*, y sobre éste refiere que en virtud del mencionado acuerdo las partes que celebraron el contrato convienen que cuando el deudor incurra en mora, el acreedor pignoratario adquirirá la propiedad de la cosa dada en prenda. En ese sentido, si posteriormente la cosa es vendida por decisión del acreedor pignoratario no estará obligado a devolver el denominado *superfluum* o *hyperocha*.[727] Según lo afirmado por el autor podemos inferir que el pacto comisorio era la convención privada realizada entre un deudor y un acreedor. De ese modo, el término era utilizado dentro de los contratos de garantía o el denominado *pignus* en el derecho romano justinianeo. Como se ha desarrollado en párrafos previos, el acreedor era conocido como el pignoratario y el deudor como pignorante; consecuentemente, el bien era conocido como la cosa pignorada. Además, se entiende que mediante el pacto convenido el acreedor pignoratario podía adquirir

[727] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 650.

la cosa pignorada en calidad de dueño, siempre que el deudor pignorante incurra en mora. De esta forma, una vez adquirido el bien, el acreedor pignoratario tenía derechos de propietario sobre el bien. Por tal motivo, podía venderlo, y el monto adquirido, así sea mayor a la cantidad prestada, no tenía por qué devolver el excedente. Como se puede apreciar, de esa forma la garantía otorgada por el deudor pignorante está siendo ejecutada por el incumplimiento, en ese sentido, se extingue la obligación garantizada, tal como se señaló en el punto 4 del apartado II del presente artículo.

Algunos autores plantean la existencia del pacto comisorio en su estado puro y en su estado atenuado. El primer caso se trata de la adjudicación de la propiedad, del bien dejado en garantía, de manera directa a favor del acreedor por el valor del préstamo, es decir, sin la necesidad de estimar un precio.[728] Como se puede apreciar, el pacto comisorio en su estado puro sigue la línea planteada por Fernández de Buján (1997), puesto que el autor plantea la adquisición de la propiedad sin estimar algún precio del bien pignorado. En concordancia con las definiciones citadas se encuentra lo planteado por León Moreno (2016), quien manifiesta que la *lex commissoria*, que ha estado en vigor desde los inicios del derecho romano, daba una garantía al acreedor prendario, que le permitía adquirir la propiedad del bien si el deudor no cumplía con su obligación.[729] Este poder podía ejercerse directamente y de manera inmediata o a través de un mecanismo procesal y se basaba en el impago de la deuda garantizada. La afirmación realizada es sobre la existencia del pacto comisorio en el derecho romano. Algo que resalta en la definición planteada es que la ejecución de la garantía podía ser de manera inmediata o por un mecanismo

[728] CALISAYA MÁRQUEZ, A. (2016). Pacto comisorio en la Ley de Garantía Mobiliaria y la necesidad de su reemplazo por el pacto marciano. *Actualidad Jurídica,* (269), 60.

[729] LEÓN MORENO, C. A. (2016). El pago directo por parte del acreedor garantizado: fundamentos de la transmisión de la propiedad. *Revista de Derecho Privado,* (56), 15.

procesal, pero no menciona que al momento de la adjudicación de la propiedad a favor del acreedor tiene que haber un precio, menos que se tiene que devolver el *superfluum* a favor del deudor pignorante, por lo que se entiende que para el autor el pacto comisorio es la adjudicación directa sin estimación del precio del bien pignorado. Además, se debe dejar en claro que utiliza el término *lex commissoria.*

Siguiendo esta línea, desde hace muchos años existe una discusión respecto a la eliminación de la prohibición del pacto comisorio en algunos sistemas jurídicos. Por ello, los doctrinarios también desarrollan la definición del pacto comisorio según una perspectiva más actualizada. No tengo intenciones de reflexionar sobre cada una de las definiciones realizadas por los autores, no obstante, considero que mencionar algunas de tales definiciones es importante, puesto que se dan de acuerdo a lo que han incorporado los ordenamientos jurídicos. Rodríguez-Rosado Martínez-Echevarría (2017) afirma que el pacto comisorio es un acuerdo entre el acreedor y deudor, mediante el cual el primero tiene la potestad de adquirir la garantía dejada por el deudor de manera irrevocable, siempre que haya vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación, una vez que el acuerdo sea ejecutado se da por satisfecho el crédito del acreedor.[730] Por otro lado, también se afirma que el pacto comisorio más allá de ser conocido como la adjudicación directa del bien a favor del acreedor se trata de un instrumento que puede ser utilizado por el acreedor al momento de la ejecución de la garantía.[731]

---

[730] RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, B. (2017). La transmisión de propiedad en garantía en Alemania y los problemas para su aceptación en el derecho español. *Revista de Derecho Civil*, *4*(3), 73. https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/271

[731] URTEAGA BARBARÁN, J. S. N. O. (2021). *Regulación uniforme del pacto comisorio en las garantías en general* (Tesis de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo).

Algo que no podemos dejar de lado es que la expresión *lex commissoria* solía aludir al contrato de compraventa y a los derechos reales de garantía. En el primer caso se incorporaba como una cláusula resolutoria, mientras que en el segundo era incorporada como el pacto comisorio en estricto. En ese sentido, considero necesario citar a Bustos Pueche (1990), quien define al pacto comisorio como una cláusula que se incorpora al contrato accesorio de garantía, mediante la cual se le faculta al acreedor a quedarse con el bien dejado en garantía de manera directa e inmediata o a través de un procedimiento de ejecución privada, siempre que el deudor haya incumplido con la obligación principal en el plazo previsto.[732] Brevemente se pueden distinguir algunas diferencias respecto a las definiciones citadas previamente. En este segundo caso el autor si bien considera que el pacto comisorio se trata de la adjudicación directa a favor del acreedor, porque menciona la facultad de hacer suya que le otorga el pacto, es menester indicar que se diferencia de las otras definiciones porque el pacto comisorio también es la facultad otorgada al acreedor para ejecutar la garantía mediante un procedimiento privado, y menciona que se trata del incumplimiento de una obligación principal. En ese sentido, podemos inferir que como existe una obligación principal incumplida, el contrato de garantía sería accesorio al principal.

Hasta el momento hay algunos conceptos utilizados para definir el pacto comisorio en estado puro, puesto que se le denomina de esa forma cuando existe una adjudicación directa sin estimar un precio del bien dejado en garantía. El pacto comisorio en su estado atenuado lo desarrollaré en el punto 3 del apartado III del presente trabajo, pues hay diferencias notables que merecen ser tratadas

[732] BUSTOS PUECHE, J. E. (1990). Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio. *Anuario de Derecho Civil, 43*(2), 539-572. https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/5645

de manera independiente. No obstante, continuando con el pacto comisorio en el derecho romano, nos deberíamos preguntar cuáles fueron las razones de su prohibición. Este interrogante será respondido a continuación.

Existen algunos fundamentos por las cuales se cree que se ha eliminado el pacto comisorio: la tutela jurídica del deudor como parte más débil de la relación crediticia, mantener al Estado con el poder sobre la ejecución de las garantías, la desnaturalización de la garantía y la inmoralidad del pacto. No obstante, se han logrado desarrollar tres razones específicas que posiblemente habrían servido para su abolición. Feliú Rey (1995) afirma que Constantino en el año 350 d. C. prohibió el pacto comisorio, porque el *pignus* es un derecho real de garantía, para evitar que las personas encubran intereses ilícitos y por temas morales.[733] Las razones mencionadas serán profundizadas a continuación:

1) Las partes que celebran un contrato accesorio de *pignus* (prenda o hipoteca) tenían la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación; por ende, el *pignus* es un derecho real de garantía. En el caso de que las partes incorporen un pacto comisorio dentro del contrato de *pignus* el acreedor podía satisfacer por sí solo el cumplimiento de la obligación con la realización del *pignus,* lo que significaría una desnaturalización de la institución mencionada.

2) Otra de las razones que explican la prohibición del pacto comisorio fue el uso que le daban las personas para encubrir intereses ilícitos, ya que en la práctica el valor de la cosa otorgada en *pignus* superaba con creces el monto del crédito asegurado. Esta

[733] FELIU REY, M. I. (1995). *La prohibición del pacto comisorio y la opción de garantía* (pp. 35 y ss). Civitas.

situación abría la posibilidad de un aprovechamiento desproporcionado por parte del acreedor. En muchos casos la codicia llevó a muchos a buscar mecanismos para disfrazar la usura y así satisfacer su afán desmedido de riqueza, aun cuando existieran prohibiciones expresas.

3) La inmoralidad del pacto y la proscripción de la usura se encuentran unidas a la Iglesia católica y su influencia sobre las creaciones de las normas. Ésta consideraba inmorales los intereses cobrados por los acreedores cuando realizan un préstamo, es decir, el mutuo retribuido no tenía aceptación. Por ese motivo es que se abolió el pacto comisorio en el *pignus.*

Cada una de las razones es indispensable para analizar la aplicación de la abolición de la *lex commissoria* al fragmento emitido por Marciano y plasmado en D. 20. 1. 16. 9. Las razones desarrolladas previamente fueron tomadas en cuenta por distintos doctrinarios de la misma forma en la que lo desarrolla el autor citado, por ese motivo es que principalmente partimos de la fuente principal. Autores como Arévalo Barrero (2017),[734] Calisaya Márquez (2016),[735] Urteaga Barbarán (2021)[736] Wegmann Stockebrand (2009)[737] y

[734] ARÉVALO BARRERO, N. S. (2017). La protección de las partes en los mecanismos de ejecución extrajudicial de las garantías mobiliarias reales, a partir de la eliminación de la prohibición del pacto comisorio. *Revista de Derecho Privado,* (57), 7. https://www.redalyc.org/pdf/3600/360055996015.pdf

[735] CALISAYA MÁRQUEZ, *op*. *cit*., p. 60.

[736] URTEAGA BARBARÁN, *op*. *cit*., p. 23 y ss.

[737] WEGMANN STOCKEBRAND, A. (2009). Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y el pacto marciano. *Revista chilena de derecho privado,* (13), 95-122. https://rchdp.udp.cl/index.php/rchdp/article/view/256/241

Candiotti Monge (2024)[738] se han adherido a las tres razones por las cuales Constantino abolió la *lex commissoria.* Asimismo, se considera importante resaltar la postura planteada por Fernández de Buján (1997), quien afirma que la *lex commissoria* era ruinosa para la parte deudora, puesto que existían algunos que se encontraban urgidos de dinero, y al mismo tiempo estaban dispuestos a entregar cosas valiosas por un monto menor, por lo que Constantino la abolió.[739]

III. 3. La adquisición de la propiedad a un justo precio (D. 20.1.16.9) en la hipoteca

En un apartado previo se mencionó que la doctrina desarrolló el pacto comisorio en dos variantes: pacto comisorio en su estado puro y pacto comisorio en su estado atenuado. Así como en el caso del pacto comisorio como adjudicación directa, existe doctrina que ha desarrollado el pacto comisorio en su estado atenuado, el mismo que fue denominado como pacto marciano. Urteaga Barbarán (2021) afirma que este pacto fue denominado como "pacto marciano" en honor al jurista que lo formuló.[740] Asimismo, Gonzáles Varade (2022) sigue la línea mencionando que en D. 20. 1. 16. 9 se menciona al jurista Marciano, quien desarrolla la adjudicación de la cosa a favor del acreedor en el caso de la prenda.[741] La idea parte

---

[738] CANDIOTTI MONGE, C. A. (2024). *La admisibilidad del pacto comisorio en las hipotecas como respaldo del derecho de crédito en el sistema jurídico peruano* [Tesis de maestría, Universidad San Martín de Porres]. Acceso Libre a la Información Científica para la Innovación (ALICIA). https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/USMP_03d66fc2a85669e42d3f284dd6122cad

[739] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit*., p. 651.

[740] URTEAGA BARBARÁN, *op. cit*., p. 74.

[741] GONZALES VARADÉ, P. (2022, 10 de agosto). Garantías: pacto comisorio y

de la posibilidad del acreedor a poseer el bien como propietario una vez que el deudor incurra en mora, ello se tomará como el resultado de una venta sujeta a condición. Si bien un requisito para que el acreedor se vuelva propietario es que exista un incumplimiento por parte del deudor, la modalidad de pacto mencionada solo tendrá legitimidad en caso que la adquisición por parte del acreedor se haga pagando un justo precio. El mecanismo desarrollado claramente impide que el acreedor obtenga un enriquecimiento injustificado o de forma desproporcionada, puesto que el justo precio garantiza la equivalencia del bien pignorado con el préstamo otorgado.

En la misma línea, Candiotti Monge (2024) afirma que el pacto marciano evita la desproporcionalidad que pueda existir en las contraprestaciones que acordaron en el contrato de hipoteca.[742] La postura es similar al del autor citado previamente, pero agrega que el precio debe ser conforme a su valor en el mercado, lo que significa que al momento de la adjudicación a favor del acreedor debe existir una justificación objetiva y una eventual devolución del exceso del monto, siempre y cuando el bien valiese más que la misma deuda.

Los autores plantean ideas claves sobre el denominado pacto marciano. No obstante, es menester analizar el fragmento del *Corpus Iuris Civilis*. Específicamente en D. 20. 1. 16. 9 se establece lo siguiente:

> La dación de prenda o de hipoteca puede hacerse de modo, que, si dentro de cierto tiempo no se hubiera pagado la deuda, por derecho de comprador posea uno la cosa por el justo precio en que entonces haya de estimarse; porque en este caso parece en cierto modo que hay una venta condicional. Y así lo respondieron por rescripto el Divino Severo y Antonino.

---

pacto marciano. *ILP Abogados*. https://ilpabogados.com/2022/08/10/garantias-pacto-comisorio-y-pacto-marciano/

[742] CANDIOTTI MONGE, *op. cit.*, p. 56.

De manera inicial se puede observar que en el fragmento no se menciona un pacto específico convenido entre el acreedor pignoratario y deudor pignorante. No obstante, se menciona que la dación en hipoteca "puede hacerse", por ende, podría afirmar que el pacto marciano necesita una convención previa dentro del contrato accesorio de hipoteca. Además, se establece que el acreedor puede poseer la cosa por derecho de comprador cuando el deudor, dentro de cierto tiempo, no hubiera pagado la deuda. Hasta este punto, creo que nos encontramos frente a un pacto comisorio en su estado puro. Pero dentro del fragmento, también, se establece que la propiedad del bien será adquirida por el justo precio, lo que implica un pacto comisorio en estado atenuado.

Feliú Rey (1995) plantea que el pacto marciano es un correctivo del pacto comisorio en estricto, puesto que mediante el primero se asegura la congruencia del precio de la venta.[743] El juicio de valor del bien pignorado debe provenir de un tercero imparcial, que será nombrado por las partes que celebraron el contrato accesorio de hipoteca, por lo que se evita la actuación unilateral del acreedor pignoratario. En ese sentido, es claro que el consentimiento del deudor pignorante no se encuentra vulnerado, ya que se le está considerando para seleccionar al tercero que valorará el bien con el fin de que se proteja su libertad y su masa patrimonial. En un sentido similar, Wegmann Stockebrand (2009) afirma que mediante la creación de esta forma de apropiación no era otra cosa que la búsqueda de la justicia material, es decir, que el acreedor no se beneficie más allá de lo que se le adeuda, y que, en el caso de la adjudicación del bien a su favor, se restituya el *superfluum*.[744]

Entonces, se puede afirmar que el término de pacto comisorio en el contrato accesorio de garantía puede ser relacionado con la

[743] FELIU REY, *op. cit.*, p. 94.

[744] WEGMANN STOCKEBRAND, *op. cit.*, p. 117.

adjudicación directa a favor del acreedor por el monto del préstamo, como también con el derecho que tiene el acreedor de adquirir el bien en propiedad estimando un precio justo que es valuado por un tercero. Y, como bien lo hemos visto en los párrafos anteriores, una de las razones de la eliminación del pacto comisorio es la desproporción que existe entre el valor del bien y del crédito. En ese sentido, como bien afirma Rodríguez-Rosado Martínez-Echevarría (2017), en el pacto marciano, aunque otorgue derechos de adjudicación directa no se produce una vulneración a los derechos del deudor por no haber una desproporción.[745]

Se pueden ver algunas diferencias sobre las variantes de pacto comisorio, puesto que para los doctrinarios el pacto comisorio puro es la adjudicación directa, mientras que el pacto comisorio atenuado es el pacto marciano, donde existe justo precio. Finalmente, Gil Montaña (2018), incluso, considera que existen tres figuras jurídicas relacionadas con la adquisición de la cosa en los derechos reales de garantía: el pacto marciano (analizado en el presente apartado), que se caracteriza por el traspaso de la propiedad a favor del acreedor previa justa estimación; el pacto *ex intervalo* (pacto desarrollado por la doctrina), que permite a las partes, que celebran el contrato de garantía, incorporar el comiso del bien posterior a su suscripción; y el pacto comisorio sin justa estimación (desarrollado en el punto 1 del apartado III).[746]

---

[745] RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, *op. cit.*, p. 83.

[746] GIL MONTAÑA, I. R. (2018). *Nuevo contrato de garantías mobiliarias, implicaciones contractuales frente al contrato de prenda* [Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia]. Repositorio de la Universidad Nacional de Colombia. https://repositorio.unal.edu.co/items/5491fda4-2513-44ab-bb93-f3bef037c326

IV. La excepción a la prohibición del pacto comisorio en la transferencia de la propiedad de un bien pignorado

Tal como se ha expuesto en párrafos previos, la figura del pacto comisorio, en el derecho romano justinianeo, fue objeto de una prohibición expresa por parte del emperador Constantino, en el contexto de los contratos accesorios de garantía, como la prenda y la hipoteca. Esto es así porque en la misma constitución imperial no se refiere a otro tipo de pacto comisorio como el de la compraventa. Esta prohibición, claramente enunciada en la constitución imperial C. 8. 34. 3, aborda la necesidad de proteger al deudor de prácticas abusivas que podrían surgir si se le permitía decidir al acreedor directamente sobre los bienes en garantía. Y, como bien afirma Feliú Rey (1995), ha sido abolido por tres razones, entre ellas, que se garantice la equivalencia económica entre el bien pignorado y la deuda.[747] Sin embargo, esta prohibición taxativa no se aplica estrictamente a todas variantes de pacto comisorio, ya que dentro del mismo derecho romano justinianeo existen procedimientos excepcionales que permiten la transferencia de la propiedad de bienes pignorados a favor del acreedor bajo ciertas situaciones. Entre estas excepciones se encuentra el contenido del fragmento D. 20. 1. 16. 9, que la doctrina más actual ha reconocido como pacto marciano.

El tipo de pacto que se encuentra establecido en el fragmento D. 20. 1. 16. 9 se configura como un acuerdo donde las partes permiten que la dación en prenda o hipoteca puede hacerse de modo que, si en un determinado plazo no se paga la deuda, el acreedor pueda poseer la cosa "por derecho de comprador" y "por el justo precio en que entonces haya de estimarse". A diferencia de lo que es el

[747] FELIU REY, *op. cit.*, p. 35.

pacto comisorio en su estado puro, donde el acreedor pignoratario adquiere en propiedad el bien pignorado, sin que haya una tasación objetiva, ni mucho menos tenga la obligación de devolver el denominado *superfluum* a favor del deudor pignorante. En ese sentido, el pacto marciano, además de garantizar que la adjudicación del bien pignorado a favor del acreedor pignoratario se haga respetando los derechos del deudor, garantizando la valoración objetiva de su bien, impide que este acreedor obtenga un enriquecimiento injusto, puesto que solo puede obtener el bien si es menor al valor de la deuda o devolviendo el exceso del valor al deudor.[748] De este modo, el pacto marciano no vulnera la prohibición del pacto comisorio del emperador Constantino.

Ahora bien, cuando se desarrolló el apartado de la hipoteca en el derecho romano justinianeo, se ha mencionado que existían ciertos pactos para mejorar la situación del acreedor pignoratario. Entre ellos se encontraban: el *pactum de distrahendo* o *pactum de vendendo,* pacto que faculta al acreedor vender el bien pignorado (D. 13. 7. 4); la *lex commissoria,* que consiste en la adjudicación del bien a favor del acreedor (D. 20. 1. 16. 9); y el pacto sobre el aprovechamiento de los frutos naturales o civiles del bien (D. 20. 1. 1. 3). Cada uno de los pactos desarrollados se admitían en la medida que no se vulneren los derechos de las partes contratantes, sobre todo del deudor, puesto que su situación de vulnerabilidad lo amerita, ya que la menesterosidad le podía llevar a otorgar un bien con un valor superior a la deuda. No obstante, respecto a la *lex commissoria,* no era posible su aplicación en su estado puro por la prohibición expresa de la constitución imperial recogida en C. 8. 34. 3, sino la modalidad más moderada conocida como pacto marciano, pero era posible que

[748] ENCARNA, C. (2020). Mecanismos contractuales alternativos de ejecución de garantías reales y alcance de la prohibición de pacto comisorio. *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, (3), 27.

en la época romana no tenía esa denominación, ya que actualmente recién la doctrina la denominó de esa manera.

Siguiendo la línea, la aplicación del pacto marciano es posible, porque precisamente, al igual que los otros dos pactos (*pactum de distrahendo* o pacto sobre el aprovechamiento de los frutos naturales o civiles del bien), opera como una forma de ejecución privada. Así lo sostiene Bustos Pueche (1990), quien básicamente señala que el pacto comisorio es la cláusula creada por la parte acreedora y la deudora, con la finalidad de facultar a la primera a hacer suyo el bien ofrecido en garantía, de manera directa y automática, o a través de una ejecución privada donde medie un procedimiento.[749] La fórmula planteada encaja perfectamente con lo que busca el pacto marciano. Por ello, los tres mecanismos para mejorar la situación del acreedor pignoratario pueden coexistir perfectamente o incorporarse de manera individual bajo el argumento de la autonomía privada.

En gran parte del desarrollo del presente trabajo se sostiene que la prohibición del pacto comisorio se da a partir de la exigencia sobre la ejecución de la garantía otorgada por el deudor a favor del acreedor, puesto que en la época romana existía la preocupación constante por evitar que este último obtenga un beneficio desproporcionado respecto de lo que le corresponde. En ese sentido, Feliú Rey (1995), citando a Lasarte, sostiene que la ilicitud del pacto encuentra su explicación desde una perspectiva económica porque generalmente el valor del bien pignorado suele ser superior al monto de la obligación garantizada.[750] La diferencia desproporcionada permitía al acreedor pignoratario adquirir un beneficio económico excesivo a costa del deudor, todo gracias a la posición dominante que tiene sobre la relación crediticia. Además, señala que, teniendo en cuenta la afirmación realizada en líneas previas, se puede advertir que la verdadera preocupación gira en torno al destino del *superfluum*, es

[749] BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, p. 557.

[750] FELIU REY, *op. cit.*, p. 94.

decir, del excedente que resulta cuando el bien pignorado vale más que la deuda. Precisamente, por ello, el pacto marciano, al exigir la estimación objetiva de lo que vale el bien pignorado y obligar al acreedor devolver el excedente al deudor se presenta como una excepción clara a la prohibición general del pacto comisorio emitida por el emperador Constantino.[751] Por ello, el fragmento D. 20. 1. 16. 9 es aplicable válidamente en la práctica, ya que permite el equilibrio de poder entre deudores, especialmente en situaciones de necesidad económica. Se elimina el riesgo de abuso y se igualan las posiciones jurídicas de las partes al exigir un pago objetivo y la eventual devolución del *superfluum*. A todo lo analizado se puede añadir lo señalado por Fernández de Buján (1997), quien afirma que la *lex commissoria* ha sido abolida por el emperador Constantino, porque se consideraba ruinosa para el deudor pignorante, ya que algunos se encontraban dispuestos a entregar cosas en garantía que eran más valiosas que la deuda.[752] Desde esa perspectiva, el pacto marciano sigue siendo una excepción a la abolición de la *lex commissoria* del emperador Constantino, por no ser ruinosa para el deudor pignorante.

V. Conclusiones

Existen diferencias que se evidencian con claridad entre el pacto comisorio en su variante más pura y el pacto comisorio en su variante atenuada, conocido por la doctrina actual como pacto marciano. El primero se basa en la adjudicación directa del bien garantizado

[751] DÍAZ GÓMEZ, M. J. (2019). Pacto marciano. Repensando el sistema con la civilística italiana. Anuario de Derecho Civil, (72), p. 801.

[752] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *op. cit.*, p. 651.

sin estimación de precio ni devolución del excedente a favor del deudor pignorante, mientras que el segundo exige el pago de un precio justo por el bien pignorado, que debe determinarse objetivamente y, en este caso, conlleva la devolución del excedente, también denominado s*uperfluum* en el derecho romano justinianeo. En consecuencia, al ser figuras que difieren en su estructura no pueden considerarse iguales al aplicarse en el *pignus conventum*.

Asimismo, a partir del análisis de las fuentes doctrinales especializadas se concluye que la prohibición del pacto comisorio establecida mediante la constitución imperial emitida por Constantino, y recogida en C. 8. 34. 3, no aplica al caso donde el acreedor pignoratario adquiere el bien pignorado pagando un precio justo. La afirmación realizada también es respaldada por el análisis realizado del fragmento D. 20. 1. 16. 9. Esta variante atenuada de pacto comisorio no compromete o vulnera los fines que motivaron la abolición de la *lex commissoria*, puesto que garantiza el equilibrio entre las partes que celebran el contrato de *pignus conventum* y, sobre todo, protege al deudor pignorante de las prácticas abusivas que podría sufrir. En ese sentido el pacto marciano encontrado en el fragmento D. 20. 1, 16. 9 debe interpretarse como una excepción legítima a la abolición de la *lex commissoria* recogida en C. 8. 34. 3.

Finalmente, en el derecho romano justinianeo se permitía incorporar, dentro del *pignus conventum*, distintos pactos que tenían como finalidad reforzar la posición del acreedor pignoratario, sin que ello suponga una afectación ilegítima a los derechos del deudor pignorante. Entre los desarrollados en el presente artículo se encuentran: el *pactum de distrahendo,* que es el pacto de venta mediante el cual el acreedor obtenía la posibilidad de vender el bien pignorado, siempre que el deudor pignorante deje de pagar la deuda; el pacto sobre el aprovechamiento de los frutos naturales o civiles del bien pignorado; y la *lex commissoria* en su modalidad de variante atenuada o denominado pacto marciano. Cada uno de estos acuerdos son formas de ejecución privada admitidas en

el derecho romano justinianeo porque no vulneran los derechos del deudor pignorante y no permiten que el acreedor pignoratario incurra en abusos.

VI. Referencias

ARÉVALO BARRERO, N. S. (2017). La protección de las partes en los mecanismos de ejecución extrajudicial de las garantías mobiliarias reales, a partir de la eliminación de la prohibición del pacto comisorio. *Revista de Derecho Privado,* (57). https://www.redalyc.org/pdf/3600/360055996015.pdf

BUSTOS PUECHE, J. E. (1990). Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio. *Anuario de Derecho Civil, 43*(2). https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/5645

CALISAYA MÁRQUEZ, A. (2016). Pacto comisorio en la Ley de Garantía Mobiliaria y la necesidad de su remplazo por el pacto marciano. *Actualidad Jurídica,* (269).

CANDIOTTI MONGE, C. A. (2024). *La admisibilidad del pacto comisorio en las hipotecas como respaldo del derecho de crédito en el sistema jurídico peruano* [Tesis de maestría, Universidad San Martín de Porres]. Acceso Libre a la Información Científica para la Innovación (ALICIA). https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/USMP_03d66fc2a85669e42d3f284dd6122cad

CARRASCO GARCÍA, M. C. (2024). *¿Cancel culture* de los clásicos? Un ejemplo para la reflexión: *pignus* como término jurídico y como

metáfora. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (46). https://doi.org/10.4151/ISSN.07176260-Num.46-Fulltext.1317 .

CARRASCO GARCÍA, M. C. (2024). Pignoris *loco: metáfora y símil al servicio de la argumentación jurídica.* Dykinson.

COSTA A., ACOSTA P., MICELI M., & NUÑEZ, L. (2023). Contratos romano modernos: la consensualidad en la compraventa y *pacta sunt servanda.* En M. ÁLVAREZ (Comp.). *Estudio sobre Principios Generales y Derecho Romano*. Vol. 2. Editorial de la Universidad de Flores.

DEL VALLE FLORES, M. (2022). *Evolución del* pignus *desde el derecho romano a la actualidad* [Tesis de maestría, Universidad de Alcalá].

ENCARNA, C. (2020). Mecanismos contractuales alternativos de ejecución de garantías reales y alcance de la prohibición de pacto comisorio. *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, (3).

DÍAZ GÓMEZ, M. J. (2019). Pacto marciano. Repensando el sistema con la civilística italiana. *Anuario de Derecho Civil,* (72).

GARCÍA DEL CORRAL, I. (1889-1898). *Cuerpo del derecho civil romano a doble texto traducido al castellano del latino.* I-IV. Jaime Molinas.

GIL MONTAÑA, I. R. (2018). *Nuevo contrato de garantías mobiliarias, implicaciones contractuales frente al contrato de prenda* [Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia]. Repositorio de la Universidad Nacional de Colombia. https://repositorio.unal.edu.co/items/5491fda4-2513-44ab-bb93-f3bef037c326

GONZALES VARADÉ, P. (2022, 10 de agosto). Garantías: pacto comisorio y pacto marciano. *ILP Abogados*. https://ilpabogados.com/2022/08/10/garantias-pacto-comisorio-y-pacto-marciano/

GUZMÁN BRITO, A. (1997). *Derecho privado romano*. Editorial Jurídica.

FELIU REY, M. I. (1995). *La prohibición del pacto comisorio y la opción de garantía*. Civitas.

LEÓN MORENO, C. A. (2016). El pago directo por parte del acreedor garantizado: fundamentos de la transmisión de la propiedad. *Revista de Derecho Privado,* (56).

RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, B. (2017). La transmisión de propiedad en garantía en Alemania y los problemas para su aceptación en el derecho español. *Revista de Derecho Civil*, *4*(3). https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/271

URTEAGA BARBARÁN, J. S. N. O. (2021). *Regulación uniforme del pacto comisorio en las garantías en general* (Tesis de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo).

WEGMANN STOCKEBRAND, A. (2009). Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y el pacto marciano. *Revista chilena de derecho privado,* (13). https://rchdp.udp.cl/index.php/rchdp/article/view/256/241