

**REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO**

---

**Margarita Fuenteseca, *Pignus e hypotheca en su evolución histórica*, Ed. Andavira, Santiago de Compostela 2013, 270 págs.**

**Luis Mariano Robles Velasco**  
Profesor Titular de Derecho Romano  
Universidad de Granada  
[lmrobles@ugr.es](mailto:lmrobles@ugr.es)

Es hasta cierto punto habitual que el recensor (o recensionista, no lo sé bien) sea una personalidad acreditada que promociona el trabajo de un autor -o autora como es el caso- que presenta su obra en sociedad. No es precisamente esto lo que ocurre aquí, pues la autora es una joven y prestigiosa catedrática, a la que me une un gran afecto y amistad,... y el honor, inmerecido en todo caso, es del que recensionista la obra. Obra que incide sobre una investigación de gran actualidad como es lo relativo a las garantías reales.

Y vayamos al contenido de la obra: Es verdad que la opinión dominante de la doctrina es la que se inclina por un desarrollo de la hipoteca romana a partir del *pignus* sobre los *invecta et illata* en los arrendamientos de los predios rústicos, frente a la consideración del origen griego<sup>1</sup> de la hipoteca, hoy prácticamente abandonada<sup>2</sup>.

La originalidad de la autora, no está tanto en su temática que podemos encontrar en algunos títulos más o menos recientes<sup>3</sup>, sino en sus planteamientos:

---

<sup>1</sup> PAOLI, *Sul diritto pignoratizio attico*, Milano 1976, p. 394; BISCARDI, *Diritto greco Antico*, Milano 1982, p. 219; "Le régime de la pluralité hypothécaire en droit grec et romain", *JJP* 19 (1983) pp. 41 ss.; "El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la jurisprudencia clásica hasta Justiniano", Barcelona 1987, p. 60.

<sup>2</sup> Frente a la pretensión de Manigk en su artículo "*Pignus*" en *R.E., PW* (1913), p. 343 ss., D'ORS advierte que Cicerón no refleja en ningún momento la existencia de una hipoteca romana, aunque alude a la hipoteca griega. Tampoco se puede encontrar nada en el texto de Terencio del *Phormio* 661, donde Manigk quiere ver una alusión a la hipoteca, cuando en realidad lo es con una figura griega: *Ager oppositust pignori ob decem minas*. D'ORS, "Recen. Manigk", *ADHE* 15 (1944) p. 685.

<sup>3</sup>Entre la amplia bibliografía recogida en pp. 261 a 270 se incluyen monografías como: **MENTXAKA, R.**, "*La pignoración de colectividades en el Derecho romano clásico*", Serv. publicaciones Univers. País Vasco, San Sebastián, 1984. **BERNAD SEGARRA**, "*La pluralidad hipotecaria. Excepciones al principio de prioridad temporal en Derecho Romano y en el*

La autora, al mas puro estilo casuístico romano comienza con el examen de las mas primitivas formas de pignoración de bienes recogidas por Catón, como la venta de las aceitunas que están en el árbol, la venta del pasto invernal o la venta del producto de las ovejas.

Pero donde arranca propiamente con las novedades es a partir del capítulo segundo, donde defiende la existencia de dos modalidades de *pignus conventum*: aquel que tenía lugar con *traditio possessionis* y el que se llevaba a efecto sin dicha *traditio*. A la primera de las modalidades, de forma novedosa, le reconoce un ámbito mucho más amplio del que la doctrina romanista le había atribuido hasta ahora, que solo admitía la existencia del *pignus datum* cuando se producía el traslado de la posesión al acreedor de la cosa mueble introducida en el fundo, que con ello quedaba pignorada. De esta forma este tipo de *conventio pignoris* con *traditio possessionis* se daba en

---

*Derecho Civil Español*", Dykinson, Madrid 2011, ISBN 978-84-9982-060-6, 148 pp. o **ROBLES VELASCO**, "*El Principio de Prioridad: Prior Tempore, Potior Iure*", Ed. Dijusa, Madrid 2004, o finalmente mismo autor "*Las Hipotecas Privilegiadas en el Derecho Romano*", Ed. Dijusa, Madrid 2005, 325 pp., ambas publicadas por el Centro de Estudios Registrales del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Colección Cuadernos de Derecho Registral.

aquellos casos en los que el acreedor era el arrendador del fundo (o en el caso de la vivienda, de sus enseres domésticos) donde el arrendatario introducía sus aperos de labranza. El acreedor de la renta (arrendador) adquiría así una posesión mediata sobre los bienes pignorados, que eran propiedad del deudor (arrendatario)<sup>4</sup>.

Pero también, la novedad estriba en reconocer que se daba un segundo supuesto, la conventio pignoris sin dicha traditio, esto es por el mero acuerdo de las partes. En consecuencia, el caso de la pignoración de rebus coloni no habría sido, según la autora, en contra de lo que hasta ahora y de forma casi unánime sostenía la doctrina romanista, el primer caso de conventio pignoris existente en Roma, entendida ésta como pignoración de los aperos del colono sin traslado de la posesión al acreedor<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> De esta manera, el arrendatario introduce en el fundo animales, esclavos y aperos de labranza (*invecta et illata*), conviniendo con el arrendador que tales útiles garantizarían el pago de las rentas del arriendo y, para que no pudieran ser retirados por el propio arrendatario, el pretor concedía al arrendador un interdicto posesorio sobre dichos *invecta et illata*. Sobre los arrendamientos rústicos en la vida económica romana, véase MENTXAKA, *La pignoración de colectividades...op. Cit.*, pp. 33 ss.

<sup>5</sup> De esta manera, el arrendatario introduce en el fundo animales, esclavos y aperos de labranza (*invecta et illata*), conviniendo con el arrendador que tales útiles garantizarían el pago de las rentas del arriendo y, para que no pudieran ser retirados por el propio

Bajo esta nueva perspectiva adquiere pleno significado el interdictum Salvianum (p. 37 y ss.) que, según el análisis de las fuentes realizado por la A., sería el instrumento de defensa de la possessio del que disponía el arrendador -o dueño del fundo (o en su caso de la vivienda arrendada), que podía interponer en cuanto tales apercibidos se extraían del status loci o se encontraban en poder de un tercero<sup>6</sup>.

Pero el interdicto no debió de ser un instrumento eficaz para hacer efectivo el derecho real de garantía contra terceros adquirentes de la cosa pignorada. Contra estos terceros, se hizo necesaria una actio Serviana, nacida procesalmente para que el arrendador (o cualquier acreedor pignoraticio posterior) pudiese ejecutar su derecho real de garantía anterior también frente al adquirente de ésta. A partir de esta acción sí que se podría admitir que existió un derecho real de garantía oponible erga omnes, porque la interposición de la acción Serviana, como acción arbitraria que era, permitía exigirle al tercero bien la restitutio rei o bien el pago del quanti ea res erit.

---

arrendatario, el pretor concedía al arrendador un interdicto posesorio sobre dichos *invecta et illata*.

<sup>6</sup> Si de esta manera, entendemos que el interdicto es de retener la posesión, significa que el arrendador ya la tenía previamente al ejercicio del mismo, y por tanto, lo que se había constituido era una prenda sobre los *invecta*.

Estas serían las bases, expuestas en los capítulos segundo y tercero de la monografía, sobre las que la A. fundamenta su novedosa visión del *pignus conventum* romano, basándose en un análisis directo de las fuentes, sin achacar las aparentes contradicciones a presuntas interpolaciones (sobre todo, en el caso del título 43,33 del Digesto, de interdicto Salviano), donde obtiene una visión unitaria y coherente del *pignus conventum* romano, lo cual le permite reconstruir la evolución histórica del *pignus* y de la *hypotheca* en Roma. Ambas serían modalidades de una única institución, la *conventio pignoris*, y se distinguían únicamente porque una modalidad se fundamentaba en el traslado de la posesión, y la otra en el mero acuerdo de las partes (*nuda conventio*).

No quedan aquí las novedades, pues habría además, según la A., otros casos de *res pignoris data* o de *traditio possessionis* cuando se pignoraban cosas fungibles o mercancías. En estos casos, analizados en el capítulo cuarto, al acreedor se le transfería la *possessio* al convertirse éste en arrendador de los locales públicos donde se depositaban las mercancías. Esta sería la única manera de controlar el mantenimiento del *status loci* de la cosa pignorada, lo cual era especialmente importante en el caso de las cosas fungibles, porque una vez que éstas se encontraban en poder de un adquirente, al ser bienes consumibles y no plenamente identificables, se

convertían en irreivindicables. En estos casos, la actio Serviana interpuesta contra el tercer adquirente sería inútil.

En el capítulo quinto de esta monografía, examina otros casos de traditio possessionis, en la pignoración de los fundos (praedia pignori data), con la peculiaridad de recaer sobre cosa esencialmente fructífera, cuya explotación además era la base de la economía romana.

Aunque pudiera pensarse que la traditio possessionis de los predios pignorados convertía al acreedor en possessor de los mismos, conservando el deudor una possessio ad usucapionem y con ello una posición muy desventajosa para el deudor privado de sus medios de subsistencia, sin embargo el deudor no perdía la disponibilidad de los frutos del fundo ya que las fuentes permitían que el deudor continuase como arrendatario o precarista conservando cierta disponibilidad en cuanto que podía conservar su uso, o incluso por concesión del acreedor, pagarle a éste la deuda mediante la entrega de una cantidad de los frutos del fundo.

Pero el caso de la pignoración de los fundos es, según la autora, un caso especial. De nada serviría interponer la actio Serviana cuando los frutos del fundo pignorado han sido adquiridos por un tercero, ya que su naturaleza fungible hace imposible o ineficaz su

persecución frente a terceros. En estos casos, el acreedor necesita dirigir la acción contra el propio deudor si no paga la deuda, porque éste es el único que podía vender los frutos del fundo. En tales casos, la actio Serviana, que se dirigía en un principio contra el tercero adquirente<sup>7</sup>, acababa interponiéndose contra el propio deudor. Este es el primer gran cambio que experimentó la actio Serviana.

Rebate así la autora la teoría, fuertemente arraigada en la doctrina civilista española y no contradicha por la doctrina romanista, que en el caso de la pignoración de los fundos, el deudor perdía la disponibilidad del fundo y por tanto, veía menguada su capacidad de hacer frente al pago de la deuda contraída.

Otra de las novedades que realiza la A. es la de ofrecer una vía explicativa del nacimiento del concepto de hypotheca en Roma.

En el caso paradigmático de hypotheca de cosas futuras (p. 99) era imposible que tuviera lugar la traditio possessionis de las cosas pignoradas al

---

<sup>7</sup> La autora en la p. 101 considera que *“la formula de la actio Serviana, que nació como actio in rem que se dirigia contra un tercero poseedor de la cosa pignorada, exigía que se probase la existencia de la conventio pignoris entre las partes y la falta de pago del deudor. Además que la cosa estaba in bonis del deudor en el momento de la conventio pignoris...”*, siguiendo a PICHONNAZ P. /WUBBE F., *l’action Servienne Dans l’edit du preteur...*, p. 366



acreedor, ya que éste únicamente se podía dirigir eficazmente, en caso de impago de la deuda contra el deudor, que era el único que podía proceder a la venta de las cosas hipotecadas. En estos casos la acción se denominaba *actio hypothecaria*, que en realidad no era más que la misma *actio Serviana* que como vimos, admitía interposición también contra el propio deudor.

A partir de este momento, con la *actio hypothecaria* podía el acreedor dirigirse contra el tercero adquirente (igual que con la *actio Serviana*), pero también contra el propio deudor, si éste no pagaba. De esta forma, la constitución de derecho real de garantía se desligó totalmente de la *traditio possessionis*<sup>8</sup>.

Se generalizó así la institución de la *conventio pignoris*, llamada *hypotheca*, en la que era indiferente si había habido o no *traditio possessionis*, que podía recaer indiferentemente sobre bienes muebles o bienes incorporales o sobre universalidades de cosas.

A partir de este concepto de *conventio pignoris* basado en el mero acuerdo de las partes (*nuda conventio*), se permite la constitución sucesiva de varios derechos reales de garantía sobre la misma cosa, ordenándose la

---

<sup>8</sup> Tanto si ésta había existido, como si no había tenido lugar, el acreedor tendría la *actio hypothecaria*, que, como acción mixta real y personal, servía para obtener, bien frente al tercero la restitución de la cosa pignorada, bien frente al deudor el pago de la deuda, mediante la venta de las cosas pignoradas en ambos casos. Nota de la autora.

prioridad entre los acreedores según el momento de la constitución de su derecho.

Pero para la seguridad jurídica y la protección del tráfico de bienes fue necesario acudir a las instituciones de la praescriptio y la usucapio. Porque el tercer adquirente de la cosa necesitaba esta protección jurídica ya que, con la actio Serviana, en cualquier momento podía serle exigida la restitución de la cosa pignorada, a pesar de haberla adquirido a título oneroso, lo que evidentemente le causaba un grave perjuicio.

En otro orden de cosas, trata de la pignoración del derecho de usufructo, recogido en D. 20.6.8 pr, y el principio de elasticidad del dominio “usu fructo ex stinto pignus hypothecave perit...”<sup>9</sup> distinguiéndolo de la pignoración de las servidumbres (p. 113) donde D. 20.1.12 admite la existencia de una conventio pignoris respecto a las servidumbres de camino, paso, conducción y acueducto, en contra de lo que establece la legislación civil actual<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> En congruencia con el artículo 107 de la LH actual: *“podrán también hipotecarse: 1º El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin”*

En el Capítulo IX, y dentro de los casos de Hypotheca, es novedoso el tratamiento de la hipoteca tácita como la establecida a favor del pupilo (p. 149), la hipoteca tácita sobre los bienes dotales (p. 152) y sus características de ausencia de publicidad (p. 155). Otras novedades son la inclusión de un capítulo dedicado a los pactos añadidos (Cap. X), y sobre todo un extenso tratamiento en la II parte de la monografía dedicada al estudio de la Prenda y la hipoteca en el Derecho histórico y Civil español (pp. 207 a 260), examen que no es frecuente encontrarlo entre la doctrina romanística.

En definitiva, esta nueva visión del derecho real de garantía romano conocido como conventio pignoris en el cual no se da, según la A., la distinción categórica entre pignus datum (con su entrega material de la cosa pignorada) y pignus conventum, como generalmente sostiene la doctrina romanista, sino que por el contrario solo existe una categoría genérica y unitaria del pignus conventum mediante el acuerdo de las partes de constituir un derecho real de garantía, oponible erga omnes. Acuerdo que podía fundamentarse en el traslado posesorio (res pignori data, aunque a veces no

---

<sup>10</sup> Tanto en el CC. Español en el Art. 534: *“las servidumbres son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen”*, como en la LH actual, Art. 108: *“No se podrán hipotecar: 1º Las servidumbres, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose, en todo caso, la de aguas, la cual podrá ser hipotecada...”*

fuera necesaria la entrega material de la cosa), o bien mediante el mero acuerdo de las partes, en cuyo caso quedaría simplemente la res obligata.

En conclusión, en esta nueva obra se describe un panorama completo del concepto y evolución de la conventio pignoris que arranca de Roma, hasta llegar a la regulación legal de los derechos reales de garantía en España en el derecho positivo actual. Con este estudio, la idea fuertemente arraigada en la doctrina civilista española, de una hipoteca inmobiliaria, que en derecho español se realiza sin traslado de la posesión, que también habría tenido sus raíces en Roma, podría desecharse definitivamente a partir de esta monografía.