



FACULTAD DE DERECHO

**DEL *PIGNUS* Y LA *HYPOTHECA* ROMANA A
LA PRENDA E HIPOTECA MODERNA:
CONTINUIDAD Y TRANSFORMACIÓN DEL
DERECHO REAL DE GARANTÍA**

Álvaro Ortiz Cabrero

5º E-3 B

Derecho Romano

Tutor: Salvador Ruiz Pino

Madrid

Marzo de 2026.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	5
1.1	ESTADO DE LA CUESTIÓN	5
1.2	JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	7
II.	ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA EN EL DERECHO ROMANO.	8
2.1	PRÉSTAMOS EN LA SOCIEDAD ROMANA	8
2.2	RESPONSABILIDAD PERSONAL	9
2.3	RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL	10
III.	TIPOS DE GARANTÍAS EN DERECHO ROMANO	12
3.1	GARANTÍAS PERSONALES	13
3.1.1	<i>La fianza</i>	13
3.1.2	<i>Figuras afines</i>	15
3.1.2.1	<i>Intercessio</i>	16
3.1.2.2	<i>Expromissio</i>	16
3.1.2.3	<i>Constitutum debiti alieni</i>	17
3.1.2.4	<i>Mandatum pecuniae credendae vel qualificatum</i>	18
3.1.2.5	<i>Receptum argentarii</i>	19
3.2	GARANTÍAS REALES	20
3.2.1	<i>Fiducia</i>	20
3.2.1.1	Características principales	21
3.2.1.2	Tipos de <i>fiducia</i>	22
3.2.1.2.1	<i>Fiducia cum amico</i>	23
3.2.1.2.2	<i>Fiducia cum creditore</i>	24
3.2.2	<i>Pignus</i>	25

3.2.2.1	Concepto y referencias históricas	25
3.2.2.2	Características principales del <i>pignus</i>	26
3.2.2.3	Formas de establecer prenda	29
3.2.2.4	Elementos necesarios para la constitución del <i>pignus</i>	30
3.2.2.5	Posibles pactos del <i>pignus</i>	31
3.2.2.5.1	Pacto de venta del <i>pignus</i> y <i>ius distrahendi</i>	31
3.2.2.5.2	Pacto comisorio y <i>lex commissoria</i>	32
3.2.2.5.3	Pacto de anticresis	33
3.2.2.6	Extinción del <i>pignus</i>	33
3.2.3	<i>Hypotheca</i>	34
3.2.3.1	Origen y evolución de la <i>hypotheca</i>	34
3.2.3.2	Definición y características principales de la <i>hypotheca</i>	36
3.2.3.3	Pluralidad de hipotecas y rango hipotecario	38
3.2.3.4	Extinción de la <i>hypotheca</i>	41
IV.	DERECHOS REALES EN LA ACTUALIDAD	42
4.1	EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA HASTA LA ACTUALIDAD	42
4.2	REGULACIÓN ACTUAL	44
4.2.1	<i>Idea general y continuidad con el Derecho romano</i>	44
4.2.2	<i>Cómo regula hoy el Derecho español la prenda y la hipoteca</i>	45
4.2.3	<i>Qué problemas ha resuelto la regulación actual y qué sigue compartiendo con Roma</i>	46
V.	CONCLUSIONES	47
	BIBLIOGRAFÍA	50

I. INTRODUCCIÓN

1.1 ESTADO DE LA CUESTIÓN

Para entender los derechos reales de garantía en Roma, primero hay que partir de la idea de *obligatio*, entendida como un vínculo entre acreedor y un deudor, quien está obligado al cumplimiento de una prestación consistente en dar, hacer, no hacer o garantizar, responder o indemnizar¹. La obligación romana no se entendió desde el principio como una idea abstracta, sino como una realidad muy ligada a la forma en que respondía el deudor. Los estudios clásicos destacan que, en las etapas más antiguas, la obligación se asocia a una sujeción personal intensa, en la que el incumplimiento podía traducirse en consecuencias directas sobre la libertad o la integridad del deudor. Solo de manera progresiva se produce un desplazamiento desde esta responsabilidad personal hacia una responsabilidad de carácter patrimonial, proceso que resulta esencial para comprender el surgimiento y desarrollo de las garantías reales.

Este paso desde una responsabilidad personal a una responsabilidad patrimonial fue uno de los cambios más importantes del Derecho romano. En este contexto, la obligación deja de apoyarse principalmente en la persona del deudor y pasa a entenderse cada vez más en relación con su patrimonio. La progresiva atenuación de la responsabilidad corporal, impulsada tanto por la evolución legislativa como por la práctica pretoriana, abre paso a mecanismos jurídicos destinados a asegurar el cumplimiento de la obligación sin necesidad de afectar directamente a la persona del deudor. Es precisamente en este marco donde adquiere sentido el desarrollo de las distintas formas de garantía, concebidas como instrumentos al servicio de la efectividad del crédito².

Entendemos por garantía real el instrumento por el que se fortalece la posición del acreedor dentro de una relación obligacional, vinculando de manera concreta uno o varios bienes al cumplimiento de la deuda mediante la constitución de un derecho real. A diferencia de las garantías personales, donde lo decisivo es que un tercero responda o se

¹ Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, Iustel, 8ª edición, Madrid, 2015, pág. 447.

² Rodríguez Ennes, L., “La *obligatio* y sus fuentes”, *Revista Internacional de Derecho Romano* (2009), págs. 95-104.

comprometa, aquí lo relevante es que la cosa queda afectada al crédito: si el deudor incumple, el acreedor dispone de una vía jurídica para hacer efectiva la garantía sobre el bien gravado, ya sea apropiándose del valor del bien o promoviendo su realización (venta) conforme al régimen aplicable. Además, estas garantías reales no aparecen ya cerradas desde el inicio, sino que en Roma se advierte un proceso evolutivo prolongado hasta alcanzar las formas más elaboradas, en especial la *pignus* y la *hypotheca*³.

1.2 JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Se ha elegido este tema porque la obligación y su cumplimiento son el eje del tráfico jurídico, y las garantías aparecen precisamente para reducir el riesgo de incumplimiento y reforzar la posición del acreedor. En el Derecho romano se aprecia con claridad cómo, a medida que la responsabilidad del deudor se entiende cada vez más en clave patrimonial, se vuelve imprescindible articular mecanismos que aseguren el crédito de forma efectiva. Además, por un motivo personal, durante mis prácticas en un banco dentro del departamento de deuda pude ver de primera mano la importancia práctica que tienen las garantías en las operaciones de financiación, lo que aumentó mi interés por comprender su fundamento y su evolución desde la experiencia romana.

Dentro de ese marco, el trabajo se centra en las garantías reales: aquí no es un tercero quien responde, sino que un bien queda afecto al pago de la deuda, lo que permite explicar de forma ordenada la evolución de figuras como la fiducia, la prenda (*pignus*) y la hipoteca (*hypotheca*). Con este enfoque, el objetivo general del trabajo es exponer cómo el Derecho romano construye y perfecciona las garantías reales al servicio de la obligación. A partir de ahí, los objetivos específicos consisten en: delimitar el concepto de obligación y su evolución; presentar de manera sistemática las garantías reales romanas y su función; analizar y estudiar la prenda (*pignus*) como antecedente necesario para entender la lógica de la hipoteca; y estudiar la *hypotheca* con sus rasgos esenciales y su sentido dentro del sistema.

La investigación se desarrollará mediante una metodología histórico-crítica. Esta metodología consiste en estudiar cada institución romana en su propio tiempo y contexto, atendiendo a su finalidad práctica y a la forma concreta en que fue configurada por los

³ Díaz-Bautista Cremades, A., *Origen y evolución de las garantías reales en Roma*, Centro de Estudios del Próximo Oriente y la Antigüedad Tardía (CEPOAT), Universidad de Murcia, Murcia, 2014, págs. 409-418.

juristas. En primer lugar, se partirá del análisis histórico: se examinarán los antecedentes y las circunstancias económicas y sociales que explican por qué surgen determinadas soluciones de garantía y cómo se transforman con el paso del tiempo. En segundo lugar, se realizará un análisis jurídico: se describirán los elementos esenciales de cada figura, sus efectos y su funcionamiento dentro del sistema de obligaciones y de derechos reales. En tercer lugar, se aplicará un criterio crítico de lectura de las fuentes: se diferenciará entre lo que afirman los textos jurídicos y la interpretación doctrinal posterior. Sobre esa base, el trabajo reconstruirá el proceso de continuidad y cambio que conduce desde las figuras romanas, en particular la *pignus* y la *hypotheca*, hasta las técnicas modernas de garantía, identificando qué elementos permanecen y cuáles se modifican.

II. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA EN EL DERECHO ROMANO.

Antes de entrar de lleno en el *pignus* y la *hypotheca* como derechos reales de garantía, conviene reconstruir el problema económico y jurídico que intentan resolver: el funcionamiento del crédito y qué ocurría cuando el deudor no devolvía lo recibido. La idea es partir de esos antecedentes (préstamo y responsabilidad por deudas) y, solo después, explicar cómo Roma va sofisticando las técnicas de garantía real hasta llegar a formas más evolucionadas.

2.1 PRÉSTAMOS EN LA SOCIEDAD ROMANA

En la sociedad romana, como en cualquier economía mínimamente compleja, el préstamo era un instrumento básico para impulsar actividades y cubrir necesidades: dos personas intercambian bienes o una suma de dinero con el compromiso de restitución en un plazo fijado, y a esa operación el Derecho romano la denomina *creditum* (crédito). En términos simples, hay un prestamista que entrega el bien o dinero y un prestatario que lo recibe y queda obligado a devolverlo en las condiciones pactadas. Lo importante es que esto genera un riesgo claro para el prestamista (que el prestatario no pueda o no quiera restituir), lo que explica que fueran frecuentes los conflictos y que el Derecho tuviera que diseñar respuestas para asegurar el cumplimiento. El *mutuum*⁴ (préstamo de cosas

⁴ Kaser, M.; Knütel, R.; Lohsse, S., *Derecho privado romano*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, págs. 413-420.

fungibles, incluido dinero) obliga a devolver otro tanto del mismo género y calidad, y el ordenamiento prevé acciones para reclamar cuando no se devuelve (por ejemplo, acciones específicas según si se prestó dinero u otras cosas fungibles); además, los intereses no se presumen, sino que suelen requerir un pacto formalizado (por ejemplo, mediante *stipulatio*), lo que muestra que el crédito no era solo un hecho económico, sino un negocio con técnica jurídica precisa.

D. 19, 1, 1 pr

Si res vendita non tradatur, in id quod in terest agitur, hoc est quod rem habere in terest emptoris: hoc autem interdum pre tium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel empti est

El texto analiza el caso en el que un mismo bien se utiliza como garantía para varias deudas. En estos supuestos, el problema principal es determinar hasta dónde alcanza la garantía del segundo acreedor cuando ya existe una anterior. Para evitar conflictos, era habitual que el deudor indicara que el bien ya estaba gravado, de modo que la nueva garantía solo afectaba al valor que sobraba una vez cubierta la primera deuda. Así, el segundo acreedor quedaba en una posición subordinada respecto del primero. Además, el texto plantea si esta limitación debía pactarse expresamente o si se aplicaba por defecto, y si, una vez pagada la primera deuda, la garantía posterior podía extenderse a todo el bien. En definitiva, se reconoce la posibilidad de que existan varias garantías sobre un mismo bien y la necesidad de establecer un orden de preferencia entre acreedores.

2.2 RESPONSABILIDAD PERSONAL

En este primer estadio, la responsabilidad por deudas se concibe de forma eminentemente personal: el acreedor no se asegura todavía con bienes determinados del deudor, sino que el cumplimiento puede garantizarse con la sujeción del propio deudor, quedando este expuesto a medidas que afectaban directamente a su libertad e incluso a su integridad. Esto explica que el impago no se entendiera solo como un problema económico, sino también como una situación que afectaba de forma muy grave a la posición del deudor⁵.

⁵ Rodríguez Ennes, L., “En torno al Derecho Romano de obligaciones”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5 (2001), págs. 694-698.

La figura más representativa de esta etapa es el *nexum*, entendido como un acto solemne, por el que el deudor se coloca voluntariamente bajo la potestad del acreedor⁶. En esa lógica, el acreedor no solo tendría un poder de retención del deudor (*ius retinendi*), sino también facultades para encadenarlo y recluirlo hasta la satisfacción de la deuda, incluso mediante la prestación de trabajo del propio deudor; precisamente su carácter formal y automático contribuyó a que se asociara a abusos y a una conflictividad social intensa⁷.

Esto ayuda a entender que las tensiones por deudas se proyectaran sobre la confrontación entre patricios y plebeyos, porque los sectores con menos recursos recurrían al crédito y, ante la imposibilidad de restituir, podían quedar atrapados en esquemas de sujeción personal. Se resalta la dureza del régimen arcaico frente a deudores insolventes: se alude al *addictus* encadenado y mal alimentado, a la posibilidad de venta *trans Tiberim*⁸ y, en casos extremos, a consecuencias corporales gravísimas en supuestos concursales.

Con todo, la evolución no consiste en un corte brusco, sino en una transición. Se suele situar un punto de inflexión en la *Lex Poetelia Papiria* (326 a. C.), a la que se atribuye de manera canónica la abolición del *nexum*, aunque la ejecución personal no desaparece de inmediato y que el desplazamiento hacia una responsabilidad patrimonial se consolida más tarde, con apoyo de la práctica pretoriana⁹.

2.3 RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

En la fase de responsabilidad patrimonial se produce un cambio de enfoque muy claro: el incumplimiento deja de resolverse sobre la persona del deudor y pasa a proyectarse sobre su patrimonio. En otras palabras, el deudor deja de responder con su persona y pasa a responder con sus bienes: ante el impago, el deudor ya no responde con su libertad o

⁶ Jiménez Bolaños, M. S., “La obligación civil romana y las garantías del derecho de crédito” *Revista Judicial*, Costa Rica, N° 109, (2013).

⁷ Pérez Álvarez, M., “La posición del deudor en la historia de la responsabilidad personal o patrimonial”, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 16 (2011), págs. 2-3.

⁸ Kaser, M.; Knütel, R.; Lohsse, S., *Derecho privado romano*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 745.

⁹ Finley, M. I., *La Grecia Antigua: Economía y Sociedad*, Crítica, Barcelona, 1984, págs. 169-188.

integridad, sino con su patrimonio, entendido como el conjunto de bienes del deudor. Se expresa también con fórmulas como *res familiaris* o *familia pecuniaque*¹⁰.

Esa responsabilidad patrimonial, además, tiene inicialmente un carácter universal e indeterminado: no recae de entrada sobre un bien concreto, sino sobre la totalidad del patrimonio del deudor. Esto genera una consecuencia práctica importante: aunque la obligación exista y sea exigible, puede ocurrir que el patrimonio global no alcance para cubrir lo debido, bien por mala administración (dilapidación), por insolvencia, por enajenaciones válidas que no puedan calificarse como fraude, o incluso por el fallecimiento del deudor y la entrada de herederos que no ofrezcan al acreedor una expectativa real de cobro. En suma, el crédito puede existir, pero la efectividad del cobro no está asegurada solo por responder con todo el patrimonio.

Desde el punto de vista jurídico, este cambio también se reflejó en la forma de ejecutar las deudas: la doctrina explica que el tránsito desde fórmulas de sujeción personal (como la *manus iniectio*)¹¹ hacia instrumentos de ejecución patrimonial se articula mediante la actividad pretoria, destacando la *missio in bona*¹² como herramienta coactiva característica del nuevo sistema, y la incorporación posterior de soluciones como la *cessio bonorum* dentro del régimen de ejecución patrimonial. En definitiva, la obligación pasa a entenderse cada vez más como una relación que puede hacerse efectiva sobre el patrimonio del deudor¹³.

En ese mismo sentido, frente a la escasa eficacia práctica de mantener al deudor en una situación de sujeción personal tras la sentencia, se impone la ejecución sobre bienes: primero, mediante la venta del conjunto del patrimonio del condenado (*bonorum venditio*), y más adelante mediante fórmulas más selectivas como la *bonorum distractio* (venta de bienes específicos para atender la deuda). Esta evolución no solo muestra la preferencia por soluciones patrimoniales, sino que también ayuda a comprender por qué

¹⁰ Hanisch Espíndola, H., “El patrimonio en Derecho Romano”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 4, núm. 1-6, Chile (1977), pág. 11.

¹¹ Fernández de Buján y Fernández, A., *Derecho Romano*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Aranzadi, Cizur Menor, núm. 1, Madrid, 2017, págs. 148-152.

¹² Kaser, M.; Knütel, R.; Lohsse, S., *Derecho privado romano*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 779.

¹³ Rodríguez Ennes, L., “La obligatio y sus fuentes”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 2 (2009), págs. 98-99.

el ordenamiento admite y perfecciona instrumentos que permiten al acreedor asegurarse antes del incumplimiento, evitando llegar a una liquidación global del patrimonio como única salida¹⁴.

Precisamente de las inseguridades que genera una responsabilidad patrimonial general nace la necesidad de derechos de garantía: mecanismos que refuerzan al acreedor para que el préstamo y el crédito sigan funcionando con normalidad. En este proceso histórico, esto explica el paso lógico hacia las garantías (y, dentro de ellas, hacia las garantías reales), que permiten anclar el crédito a bienes concretos y no depender únicamente de la solvencia global del deudor cuando ya es demasiado tarde para reaccionar.

III. TIPOS DE GARANTÍAS EN DERECHO ROMANO

En el Derecho romano, las garantías aparecen como una respuesta práctica al riesgo inherente a toda relación crediticia: el acreedor entrega una suma o un bien confiando en que el deudor cumplirá, pero si este incumple, el conflicto es inmediato y el tráfico económico se resiente; de ahí que se desarrollen mecanismos jurídicos de refuerzo del crédito para facilitar la efectividad del cobro. Dentro de esos instrumentos pueden distinguirse, de forma clásica, garantías personales y garantías reales: en las primeras, el refuerzo del crédito se logra incorporando a la relación obligatoria a una persona adicional (o ampliando los sujetos responsables), de modo que el acreedor gana solvencia por el lado personal; en las segundas, el refuerzo se obtiene afectando un bien concreto (o un conjunto de bienes) al pago de la deuda, de forma que el acreedor queda protegido mediante un poder directo sobre ese bien si se produce el impago. En Roma, además, fueron muy habituales las garantías personales por la mayor seguridad que suponía para el acreedor tener más respaldos que el propio deudor, mientras que en la garantía real el núcleo está en la afección del bien al cumplimiento y en la posibilidad de realización del valor del objeto garantizado. Sobre esa base evolutiva, el trabajo abordará cronológicamente las principales manifestaciones de garantía real: *fiducia*, *pignus* y *hypotheca*, destacando cómo la *fiducia* opera mediante transmisión de propiedad con pacto de retrocesión, la prenda mediante entrega posesoria al acreedor y la hipoteca sin

¹⁴ Murga Fernández, J. P., “Antecedentes históricos de la venta en pública subasta: en Roma y en el derecho histórico español”, *Anales de Derecho*, núm. 33, Sevilla (2015), págs. 1-3.

desplazamiento posesorio, y cómo, en la práctica, se tendió a vincular la prenda a bienes muebles y la hipoteca a inmuebles.

3.1 GARANTÍAS PERSONALES

Las garantías personales en el Derecho romano se configuran como mecanismos de refuerzo del crédito en los que interviene un tercero distinto del deudor para asegurar el cumplimiento de una obligación ajena. Su rasgo esencial es que ese tercero asume, total o parcialmente, la responsabilidad frente al acreedor, de modo que el crédito deja de depender exclusivamente de la solvencia del deudor principal y pasa a apoyarse también en el patrimonio del garante. Sobre esta base, a continuación se describirán de forma ordenada las principales modalidades de garantía personal y su evolución, antes de pasar al análisis de las garantías reales¹⁵.

3.1.1 La fianza

La fianza en el Derecho romano fue la forma más desarrollada de las garantías personales destinadas a asegurar el crédito cuando el acreedor no quería depender únicamente del patrimonio del deudor principal. Un tercero se compromete frente al acreedor, de modo que, si el deudor incumple, el acreedor puede dirigirse también contra ese garante. La fianza no nace de golpe, sino que es el resultado de una evolución histórica en la que se fueron sustituyendo modelos anteriores hasta consolidarse una forma más flexible y general¹⁶.

En ese proceso, la primera manifestación es la *sponsio*, considerada la modalidad más primitiva de garantía personal: funcionaba como un compromiso formal que se perfeccionaba mediante una dinámica de propuesta y aceptación, de la que surgía una obligación accesoria asumida por el *sponsor*, que prometía pagar al acreedor la cantidad debida, o parte de ella, si el deudor principal no cumplía. Su importancia está en que

¹⁵ Díaz-Bautista Cremades, A., *Origen y evolución de las garantías reales en Roma*, Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores del Mundo Antiguo, Murcia, 2014, págs. 409-414.

¹⁶ Fernández de Buján y Fernández, A., *Derecho Romano*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Aranzadi, Cizur Menor, núm. 1, Madrid, 2017, págs. 219-225.

muestra un estadio temprano, muy formalista, donde la garantía personal se articula como una promesa solemne de cumplimiento, vinculada al marco del *ius civile*¹⁷.

Ahora bien, precisamente por estar anclada en el *ius civile*, la *sponsio* estaba limitada por un formalismo intenso (oralidad y fórmula ritual) y por su carácter restrictivo: se vinculaba a un trasfondo religioso y, por ello, se asociaba de manera preferente a los *cives Romani*, lo que restringía su uso en un tráfico que, con el tiempo, se hizo más amplio y heterogéneo. Esa rigidez explica que la práctica y el Derecho buscaran fórmulas que mantuvieran la función económica de la garantía (reforzar el crédito) pero con menos barreras de acceso¹⁸.

La sustitución de la *sponsio* por fórmulas más abiertas se explica, principalmente, por la tensión entre un instrumento muy vinculado al *ius civile* y un tráfico cada vez más amplio. En el esquema clásico, la obligación verbal de la *sponsio* se consideraba propia de los ciudadanos romanos, lo que, en la práctica, limitaba su aptitud para operar como garantía personal en relaciones en las que intervenían no ciudadanos. Frente a esa rigidez, la *fidepromissio*¹⁹ se presenta como una vía de adaptación funcional. Mantiene la finalidad económica de reforzar el crédito mediante la promesa de un tercero, pero se integra en el ámbito del *ius gentium*, con la consecuencia de que puede ser utilizada también por peregrinos. De este modo, la garantía personal deja de depender del marco estricto del derecho civil antiguo y se convierte en un instrumento más apto para un tráfico patrimonial heterogéneo, característico de una comunidad en expansión. Este cambio es importante porque muestra cómo Roma fue adaptando sus garantías a nuevas necesidades. Conserva el objetivo de asegurar el crédito, pero modifica la forma jurídica para ampliar su operatividad y su alcance subjetivo²⁰.

El proceso evolutivo de las garantías personales conduce a la *fideiussio*, que termina imponiéndose como modalidad más apta para un tráfico crediticio diversificado. Su

¹⁷ *Ibid.*, pág. 239.

¹⁸ Fernández de Buján y Fernández, A., *Derecho Romano*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Aranzadi, Cizur Menor, núm. 1, Madrid, 2017, págs. 37-39.

¹⁹ Kaser, M.; Knütel, R.; Lohsse, S., *Derecho privado romano*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 100.

²⁰ Marlasca Martínez, O., “La fianza. Antecedentes históricos y derecho actual”, *Revista General de Derecho Romano* 20, Bilbao (2013), pág. 5.

ventaja frente a la *sponsio* y la *fidepromissio* radica en que permite garantizar todo tipo de obligaciones y no solo las nacidas *verbis*, lo que explica su progresivo predominio desde el final de la época clásica. En el derecho postclásico y en el derecho justiniano, ese predominio se refuerza por un fenómeno de simplificación, que concentra en la *fideiussio* el principal instrumento de protección del crédito, sustituyendo la pluralidad de figuras anteriores²¹.

En paralelo, la *fideiussio* queda perfilada como obligación accesoria y subordinada respecto de la obligación principal. Esa accesoriedad explica que la garantía no pueda concebirse separada de la deuda garantizada y que su alcance quede condicionado por la validez y el contenido de la obligación principal. La subordinación se proyecta también en un modelo de tutela del garante, que tiende a evitar que el riesgo de pago se traslade automáticamente al fiador en primera instancia cuando el deudor principal puede satisfacer la deuda²².

La legislación de Justiniano introduce modificaciones relevantes en el régimen de las garantías personales, construyendo un sistema apoyado en beneficios del garante. Entre ellos destacan el *beneficium divisionis*²³, que permite repartir la reclamación entre cofiadores solventes en el momento del litigio, y el beneficio de cesión de acciones, que facilita la recuperación frente al deudor una vez realizado el pago por el garante. Este conjunto de soluciones ordena la relación entre acreedor, deudor y garante y completa la transformación de la *fideiussio* en una garantía personal técnicamente más depurada, sin perder su función esencial de refuerzo del crédito²⁴.

3.1.2 Figuras afines

Junto a las formas clásicas de fianza, el Derecho Romano desarrolló otras técnicas que, sin encajar plenamente en el esquema típico de fiador que responde por la deuda ajena,

²¹ Flórida Hidalgo, M.^a D., “De la *fideiussio* romano-justiniana a la fianza”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 19 (2002), págs. 79-93.

²² Marlasca Martínez, O., “La fianza. Antecedentes históricos y derecho actual”, *Revista General de Derecho Romano* 20, Bilbao (2013), págs. 3-7.

²³ Kaser, M.; Knütel, R.; Lohsse, S., *Derecho privado romano*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 571.

²⁴ Jiménez Bolaños, M. S., “La obligación civil romana y las garantías del derecho de crédito” *Revista Judicial*, Costa Rica, N° 109 (2013), pág. 18.

cumplieron una función equivalente de refuerzo del crédito. Estas figuras afines se explican por necesidades prácticas del tráfico, especialmente cuando el acreedor buscaba asegurarse un obligado adicional o una vía procesal más eficaz para reclamar el pago, sin necesidad de constituir una garantía real.

En estas figuras, lo importante no es tanto la forma del negocio como la función que cumple. Se mantiene la deuda principal, pero se añade una obligación adicional que facilita el cobro. Esa coexistencia de obligaciones permite hablar de una finalidad de garantía, sin que el instrumento implique novación automática de la deuda originaria.

3.1.2.1 *Intercessio*

En sentido obligacional, la *intercessio* consistía en obligarse por otra persona o en intervenir como garante en favor de un tercero. Esta noción es amplia y puede abarcar tanto fianzas propiamente dichas como otras formas de asunción de deuda ajena²⁵.

La experiencia romana mostró que ciertas formas de intervención, en particular las realizadas por mujeres en favor de terceros, generaban riesgos de abuso económico y familiar. Esa preocupación explica la consolidación de un régimen protector, culminado en el Senadoconsulto Veleiano, que se orientó a impedir que la mujer quedara obligada como garante por deudas ajenas. La construcción no se limita a un reproche moral, sino que actúa como una regla técnica de política jurídica destinada a evitar que la mujer fuera arrastrada a compromisos patrimoniales gravosos por la presión del entorno.

La consecuencia práctica es que la *intercessio mulieris* se configura como un supuesto de garantía personal prohibida o ineficaz en los términos del propio régimen protector. El interés de esta figura para el estudio de las garantías personales radica en que muestra dos ideas estructurales. Por un lado, la garantía personal puede concebirse como técnica de ampliación de responsables. Por otro, el ordenamiento puede limitar esa ampliación por razones de protección de determinados sujetos, con instrumentos procesales defensivos frente a la reclamación del acreedor.

3.1.2.2 *Expromissio*

²⁵ Kaser, M.; Knütel, R.; Lohsse, S., *Derecho privado romano*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 750.

La *expromissio* es una forma de garantía privativa en la que un tercero asume la posición de deudor y, como resultado, el deudor principal queda liberado. Su estructura se entiende como una delegación pasiva, ya que en una obligación ya existente se sustituye al sujeto pasivo por otro. Ese cambio no opera como una simple garantía añadida, sino mediante una *novatio*, porque la obligación anterior se extingue y se crea una nueva obligación con un deudor distinto. La *novatio*²⁶ se configura, por tanto, como el mecanismo técnico que permite transformar una obligación en otra, exigiéndose que la nueva obligación difiera de la anterior en algún elemento y que exista intención de novar, que en época justinianeana debe ser expresa. Dentro de la *novatio* subjetiva, la sustitución del deudor es precisamente el supuesto de *expromissio*. Desde el punto de vista del acreedor, el crédito se hace exigible contra el nuevo deudor, pudiendo ejercitarse la *actio ex stipulatu* para reclamar el cumplimiento de la obligación nacida tras la *novatio*²⁷.

3.1.2.3 *Constitutum debiti alieni*

El *constitutum debiti* es un pacto por el que se fija un plazo o una prórroga para pagar una obligación que ya existe. No sirve para crear una deuda nueva desde cero, sino para ordenar el pago de una deuda previa, dando al acreedor una garantía práctica adicional porque el compromiso queda respaldado por una acción propia del pretor²⁸.

Esta figura puede presentarse de dos maneras. Cuando quien asume el compromiso es el mismo deudor, se habla de *constitutum debiti proprii*. Cuando quien asume el compromiso es un tercero y lo hace sobre una deuda de otra persona, se habla de *constitutum debiti alieni*. Esta segunda modalidad es la que interesa aquí porque, aunque la deuda principal sigue existiendo, el acreedor pasa a tener un sujeto más al que puede reclamar si el pago no se realiza en el plazo fijado²⁹.

²⁶ Kaser, M.; Knütel, R.; Lohsse, S., *Derecho privado romano*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 164.

²⁷ Hernández Cabrera, L., *La intercessio en el Derecho Romano*, Amicus Curiae, Vol. 1, Núm. 4, Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, 3ra época, México, 2015, págs. 125-136.

²⁸ *Ibid.*, págs. 125-136.

²⁹ Marlasca Martínez, O., “La fianza. Antecedentes históricos y derecho actual”, *Revista General de Derecho Romano* 20, Bilbao (2013).

El elemento clave es que, tanto en el *constitutum debiti proprii* como en el *constitutum debiti alieni*, se añade una acción pretoria específica, la *actio de pecunia constituta*³⁰. Esto significa que la promesa no se queda en un plano informal. Si no se cumple lo prometido, el acreedor dispone de una vía procesal propia para exigir el pago, lo que refuerza la posición del acreedor.

Cuando se trata de *constitutum debiti alieni*, la función de garantía personal se ve todavía más clara. El tercero que se compromete queda vinculado frente al acreedor por esa *actio de pecunia constituta*. De este modo el acreedor, si llega el día y no se paga, no queda limitado a reclamar solo al deudor principal. Puede elegir entre ejercitar la acción propia de la obligación original o ejercitar la acción pretoria contra el tercero que asumió el compromiso. Esta posibilidad de elección es lo que convierte al *constitutum debiti alieni* en una técnica útil de refuerzo del crédito.

En ese mismo marco se recoge una regla relevante para ordenar la reclamación. Cuando el garante es demandado antes que el deudor principal, puede exigir que el acreedor actúe primero contra el deudor principal y solo después, si este no paga todo o parte, dirigir la reclamación contra el garante. Esta referencia sirve para situar el *constitutum debiti alieni* dentro de un conjunto de mecanismos que buscan reforzar el crédito sin perder de vista una cierta protección del garante.

3.1.2.4 *Mandatum pecuniae credendae vel qualificatum*

El *mandatum pecuniae credendae vel qualificatum* es un mandato conocido como *qualificatum* o creditual. En esta figura, el *mandator* encarga al *procurator* que conceda un préstamo a un tercero³¹. Con ello se configura una garantía personal, porque el *mandator* garantiza el pago del préstamo que el *procurator* ha concedido y, si el tercero no cumple, el *procurator* puede reclamar el pago ejercitando la acción propia del préstamo o, alternativamente, la *actio mandati contraria* contra el *mandator*³².

³⁰ Hernández Cabrera, L., *La intercessio en el Derecho Romano*, Amicus Curiae, Vol. 1, Núm. 4, Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, 3ra época, México, 2015, págs. 125-136.

³¹ *Ibid.*, Págs. 125-136.

³² Ordellín Font, J. L., “El *mandatum pecuniae credendae* como garantía personal: consideraciones para su redención”, BJV, *Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM* (2016), págs 124-152.

3.1.2.5 *Receptum argentarii*

El *receptum argentarii* se encuadra dentro de los pactos pretorios y se relaciona con la actividad bancaria. En esta figura, un banquero se compromete a cumplir una obligación por uno de sus clientes, de manera que el acreedor obtiene una garantía adicional si la obligación principal no se cumple. Esta garantía no implica *novatio*, por lo que la obligación principal sigue existiendo junto con el compromiso del banquero. La vía para reclamar al banquero es la *actio recepticia*³³.

La *actio recepticia* se configura como una acción honoraria, anual, dirigida contra el banquero que prometió responder o cumplir por la deuda de su cliente. La finalidad práctica es que el acreedor no queda limitado a exigir el cumplimiento solo al deudor principal, sino que dispone de una acción directa contra el banquero en virtud del pacto pretorio.

El funcionamiento del *receptum* se aproxima al del *constitutum debiti alieni* en un punto central³⁴. El acreedor conserva la acción derivada de la obligación principal, que puede ser, por ejemplo, la *condictio* cuando la obligación proviene de un *mutuum*, y además puede optar por ejercitar la *actio recepticia* contra el banquero. Esa posibilidad de elección explica por qué el *receptum argentarii* se considera una figura afín de garantía personal, porque añade un cauce adicional de cobro sin sustituir la deuda originaria.

La evolución histórica del *receptum argentarii* también se conecta con cambios en la actividad bancaria. Se ha propuesto que el desuso de este negocio bancario podría estar relacionado con un eclipse de la profesión bancaria en occidente durante buena parte del siglo cuarto después de Cristo, etapa en la que las fuentes conservadas dejan de mencionar a los *argentarii*³⁵. Posteriormente, cuando vuelven a aparecer referencias, la actividad bancaria se presenta con rasgos distintos y con una regulación en parte modificada.

³³ Carvajal Ramírez, P. I., “*Receptum argentarii* (I). Nota sobre las garantías bancarias abstractas en el Derecho Romano y Justiniano” (2005), págs.127-148.

³⁴ Hernández Cabrera, L., *La intercessio en el Derecho Romano*, Amicus Curiae, Vol. 1, Núm. 4, Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, 3ra época, México, 2015, págs. 125-136.

³⁵ Carvajal Ramírez, P. I., “*Receptum argentarii* (I). Nota sobre las garantías bancarias abstractas en el Derecho Romano y Justiniano” (2005), págs. 127-148.

En época justiniana se documenta una decisión expresa respecto de esta figura. En el año 531 se ordena suprimir toda referencia al *receptum* en los textos que iban a ser compilados en el Digesto, lo que permite situar el *receptum argentarii* como una técnica propia del derecho clásico cuyo tratamiento cambia en el proceso compilatorio³⁶.

3.2 GARANTÍAS REALES

Las garantías reales en el Derecho romano son técnicas jurídicas destinadas a asegurar el cumplimiento de una obligación mediante la afección de una cosa (o de varias) al crédito: el bien queda gravado de modo que, si el deudor incumple, el acreedor puede hacer efectiva la deuda sobre ese bien, ejecutándolo para satisfacerse con su valor. No son derechos autónomos, sino accesorios de una relación previa de crédito: solo despliegan su función plena cuando se produce el incumplimiento, y por eso se habla de garantías en potencia. Dentro de este grupo, el esquema clásico distingue la fiducia (transmisión de la propiedad en garantía con pacto de restitución), la prenda/*pignus* (entrega de la posesión al acreedor para asegurar la deuda) y la hipoteca/*hypotheca* (garantía real sin transmisión de posesión ni de propiedad).

3.2.1 *Fiducia*

La fiducia se configura como una técnica de garantía en la que el deudor transmite al acreedor la propiedad de una cosa con finalidad de aseguramiento, quedando pactado que, una vez satisfecha la deuda, el acreedor debe restituir o retransmitir la cosa. Esta estructura se apoya en un acuerdo fiduciario, tradicionalmente descrito como *pactum fiduciae*, que ordena la restitución tras el pago y delimita el comportamiento debido por el acreedor mientras la deuda está pendiente.

En términos más concretos, la *fiducia* funcionaba mediante una transmisión formal de la propiedad con finalidad de garantía, típicamente mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, empleadas con una finalidad distinta de la habitual. Se utiliza la transmisión para constituir una garantía en pago de un crédito pecuniario, y de esa operación nace una obligación específica a cargo del acreedor fiduciario, la *obligatio ex fiducia*, exigible

³⁶ Rodríguez González, A. M., “La accesoriedad de las garantías en el derecho romano. ¿Son las actuales garantías independientes figuras de nuevo cuño?”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Chile, (2018), págs. 49-69.

mediante la *actio fiduciae*³⁷. En este enfoque, la respuesta del deudor frente al incumplimiento del acreedor se articula como acción personal fundada en la infracción de la *fides* contractual, lo que permite explicar la fiducia como paradigma del negocio fiduciario más que como un derecho real de garantía en sentido estricto³⁸.

Precisamente porque combinaba transmisión de la propiedad y obligación de devolverla, la *fiducia* ha planteado dudas sobre su encaje dentro del sistema jurídico romano, entre las garantías reales y el derecho de obligaciones. Parte de la discusión se concentra en el origen y fundamento de la obligación de restituir del acreedor fiduciario, que se considera un rasgo consustancial a esta técnica de garantía.

La fiducia se asocia a las formas solemnes de transmisión de la propiedad, y su decadencia se vincula a la decadencia de esas formas solemnes. Esta conexión ayuda a entender por qué, conforme el sistema avanza hacia soluciones que no exigen transmitir el dominio, ganan terreno técnicas posteriores de garantía³⁹.

3.2.1.1 Características principales

Una primera característica es su dependencia de una transmisión formal de la propiedad, porque la técnica fiduciaria se apoya en actos solemnes de enajenación como *mancipatio* o *in iure cessio*. Esta vinculación explica que, cuando estas formas solemnes pierden peso en la práctica, también se debilita el uso de la fiducia dentro del sistema de garantías⁴⁰.

Otra característica central es la existencia de un acuerdo fiduciario que ordena el comportamiento del acreedor mientras la deuda está viva y determina qué ocurre si el deudor no paga. En el análisis de la *tabula Baetica* se sostiene que, con la aceptación del *pactum fiduciae*⁴¹, el acreedor fiduciario quedaba obligado a vender la *res fiduciaria* si el

³⁷ Kaser, M.; Knütel, R.; Lohsse, S., *Derecho privado romano*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 267.

³⁸ Fuenteseca, M., “El negocio fiduciario en Roma”, *Marcial Pons*, Madrid, (2016), pág. 13.

³⁹ Rascón, C., *Sobre las garantías reales*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, León, 2013, págs. 816-827.

⁴⁰ Betancourt, F., *Derecho romano clásico*, Vol. 33 de Manuales Universitarios, Sevilla, 2007, pág. 629.

⁴¹ Kaser, M.; Knütel, R.; Lohsse, S., *Derecho privado romano*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 267.

deudor no pagaba, y mientras la deuda no era exigible, la cosa quedaba sujeta a ese *pactum*⁴².

La fiducia genera además una obligación propia a cargo del acreedor fiduciario, que se califica como *obligatio ex fiducia*⁴³ y se hace exigible mediante una acción específica, la *actio fiduciae*. Este rasgo es importante porque muestra que el núcleo de protección del deudor se articula como una reacción obligacional frente al incumplimiento del acreedor del marco de confianza aceptado en el negocio.

También es característica la controversia doctrinal sobre el origen técnico del deber de restitución del fiduciario. Se discute si la obligación de devolver nacía de un *pactum fiduciae* añadido al acto solemne de transmisión y separado de él, o si nacía del propio acto solemne realizado *fiduciae causa*, en el que se expresaría la finalidad de garantía dentro de la enajenación⁴⁴.

Por último, la reconstrucción de la fiducia clásica se apoya en un conjunto de fuentes que permiten describir su régimen con más detalle. El punto de partida metodológico es la cláusula fiduciaria descrita en la *tabula Baetica*, que debe completarse con los pasajes de las Instituciones de Gayo, donde se alude a la fiducia⁴⁵.

3.2.1.2 Tipos de *fiducia*

Antes de entrar en los tipos, conviene fijar que la *fiducia* no es uniforme. En las fuentes se distinguen dos modalidades. Por un lado, la *fiducia cum amico*, también denominada *mancipatio fiduciaria*. Por otro lado, la *fiducia cum creditore*, cuya forma de celebración se conoce con certeza por la *tabula Baetica*⁴⁶. La diferencia relevante que se utiliza como criterio es la presencia o ausencia en las fuentes de la cláusula *ut remancipetur*. Esa cláusula se localiza en una única modalidad, la *fiducia cum amico*, mientras que en la

⁴² Fuenteseca, M., “El negocio fiduciario en Roma”, *Marcial Pons*, Madrid, (2016), págs 7-9.

⁴³ *Ibid.*, pág. 9.

⁴⁴ Torga Hernández, N.; Sánchez Guevara, S.; Pereda Mirabal, A. M. (coords.), “De Roma a la actualidad. Sistematización doctrinal y normativa de las garantías reales”, *Revista Aequitas*, núm. 4 (2014), págs. 23-25.

⁴⁵ Di Pietro, A., *Manual de derecho romano*, Depalma, Buenos Aires, 1999, pág.158.

⁴⁶ Kaser, M.; Knütel, R.; Lohsse, S., *Derecho privado romano*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 288

fiducia cum creditore no aparece, y además la *tabula Baetica* solo menciona una obligación principal del acreedor fiduciario consistente en vender la cosa si el deudor no paga⁴⁷.

3.2.1.2.1 *Fiducia cum amico*

La *fiducia cum amico* se presenta en las fuentes como un negocio fiduciario de tipo genérico y se vincula a la cláusula *ut remancipetur*. En este esquema, la transmisión formal empleada es la *mancipatio*, pero se destaca una característica específica. Las partes excluyen el efecto típico de la *mancipatio*, que sería la transmisión del *dominium ex iure Quiritium*. De esta manera, el instrumento formal se usa para obtener una finalidad distinta de la típica del negocio celebrado, lo que explica que se hable de *mancipatio fiduciaria* como denominación equivalente de esta modalidad.

La reconstrucción de esta modalidad se conecta con un problema práctico que se atribuye a la fiducia cuando se la entiende como garantía. Se afirma que, al celebrarse la *mancipatio fiduciae causa*, el deudor sufría la desventaja de perder la propiedad sobre la *res Mancipi* y, por ese motivo, necesitaba una acción contra el acreedor que había adquirido el *dominium* para exigir la *remancipatio* de la cosa. Ese encaje explica por qué la cláusula *ut remancipetur* tiene relevancia sistemática dentro de la *fiducia cum amico*, ya que funciona como el elemento que orienta el deber de retorno de la cosa en favor del fiduciante.

La *fiducia cum amico* se inserta, además, en un debate de fondo sobre la ubicación de la fiducia dentro del sistema. Se señala que ni siquiera está clara su ubicación sistemática entre los derechos reales de garantía o el derecho de obligaciones, y se insiste en que el estado de las fuentes ha generado falta de soluciones unívocas incluso sobre aspectos centrales⁴⁸.

En términos de riesgos, la lógica del esquema fiduciario implica una exposición del fiduciante a la actuación del fiduciario mientras la cosa está en manos ajenas. Se describe que el deudor quedaba sujeto a la buena fe del acreedor, que como propietario podía

⁴⁷ Fuenteseca, M., “El negocio fiduciario en Roma”, *Marcial Pons*, Madrid, (2016).

⁴⁸ Kaser, M.; Knütel, R.; Lohsse, S., *Derecho privado romano*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 267.

enajenar fraudulentamente la cosa a un tercero. Este dato no caracteriza solo a la *fiducia cum amico*, pero sirve para destacar el punto débil del mecanismo fiduciario y anticipar por qué el sistema evoluciona hacia técnicas que permiten garantizar sin transferir la propiedad⁴⁹.

3.2.1.2.2 Fiducia cum creditore

La *fiducia cum creditore* se construye como una garantía ligada a un crédito. Su rasgo más visible es que se articula mediante una transmisión formal, en la que el acreedor pasa a figurar como titular de la cosa mientras la deuda permanece pendiente, quedando la relación encuadrada en una causa fiduciaria. La fórmula conservada en la *tabula Baetica* permite ver que el negocio se celebra mediante una *mancipatio* por un precio simbólico de una moneda, y que el bien se entrega *fidi fiduciae causa*, con identificación detallada de los bienes objeto del negocio, como un fundo y un esclavo⁵⁰.

En esa misma fórmula se aprecia un elemento técnico importante. El fundo se da *in mancipio uti optumus maximusque esset*, lo que implica que el acreedor recibe el bien tal como se encontraba, quedando el transmitente liberado de reclamaciones posteriores por servidumbres u otros derechos reales invocados por el adquirente. Este detalle muestra que la *fiducia cum creditore* se documenta con un formulario propio y con un nivel alto de precisión descriptiva del objeto garantizado, incluyendo incluso la localización y colindantes del fundo.

Una característica clave de esta modalidad es que, tal como se conserva la *tabula Baetica*, no se incluye la cláusula típica de retrotransmisión. La ausencia de esa cláusula en el documento conservado obliga a tratar con cautela la idea de una restitución automática por la sola estructura del negocio, y explica que el análisis de esta modalidad se apoye en lo que efectivamente aparece en el formulario conservado, sin presuponer cláusulas no transmitidas por la fuente epigráfica⁵¹.

En cuanto a la funcionalidad de garantía y a los riesgos, la posición del deudor resulta especialmente delicada. Al transmitirse la propiedad al acreedor fiduciario, el deudor

⁴⁹ Fuenteseca, M., “El negocio fiduciario en Roma”, *Marcial Pons*, Madrid, (2016), pág. 8.

⁵⁰ *Ibid.*, pág. 15.

⁵¹ *Ibid.*, págs. 14-17.

queda expuesto a la conducta del acreedor durante la pendencia de la deuda, porque el acreedor, como propietario, puede enajenar la cosa a un tercero, incluso de forma fraudulenta. Este punto muestra el problema estructural del modelo fiduciario cuando se utiliza con finalidad de garantía, ya que el aseguramiento del crédito se logra a costa de trasladar al acreedor un poder dominical pleno sobre la cosa mientras la deuda no se ha extinguido.

Por ello, uno de los focos de conflicto de la *fiducia cum creditore* es la necesidad de mecanismos que ordenen el comportamiento del acreedor y permitan una reacción del deudor en caso de incumplimiento del marco de confianza. Este problema ayuda a entender la evolución posterior hacia técnicas que aseguran el crédito sin exigir la transmisión del dominio, lo que enlaza con el paso a *pignus* y, más tarde, a *hypotheca*.

3.2.2 *Pignus*

3.2.2.1 Concepto y referencias históricas

El *pignus* o prenda fue una forma de garantía real por la que el deudor entregaba al acreedor la posesión de una cosa para asegurar el cumplimiento de una obligación. Lo importante es que el acreedor recibía la posesión, pero no la propiedad⁵². Cuando la deuda quedaba pagada, la cosa debía ser devuelta. Además, ni siquiera era necesario que quien daba la cosa en prenda fuera su propietario, porque lo que se transmitía no era el dominio, sino la posesión⁵³.

C.8.17.1: *Imperatores Severus, Antoninus*

Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut, cum obtulisset isque accipere noluisset eam obsignavit et deposuit, nec in usus suos convertit

Este pasaje pone de manifiesto que, en los supuestos de pluralidad de acreedores pignoratícios, el acreedor de segundo rango no quedaba completamente desprotegido, ya

⁵² Álvarez, M. B., *Los derechos reales de garantía en el Derecho romano y su recepción en el Código Civil argentino*, Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo (tomo V), Buenos Aires, 1999, pág. 841.

⁵³ Kaser, M.; Knütel, R.; Lohsse, S., *Derecho privado romano*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 420.

que podía consolidar su derecho si pagaba al primer acreedor la cantidad que se le debía o, en caso de que este rechazara el pago, si consignaba y depositaba correctamente esa suma sin destinarla a su propio provecho.

Desde el punto de vista histórico, la prenda supuso una mejora respecto de la *fiducia*. En la *fiducia*, el deudor transmitía la propiedad del bien al acreedor, lo que le colocaba en una posición más débil. En cambio, con el *pignus* el deudor conservaba la propiedad y solo perdía la posesión mientras la deuda estuviera pendiente. Por eso, la prenda corrigió uno de los inconvenientes más importantes de la garantía fiduciaria, aunque todavía no resolvía todos sus problemas.

La evolución histórica de las garantías reales en Roma no fue brusca, sino progresiva. *Fiducia*, *pignus* e *hypotheca* fueron momentos distintos dentro de un mismo proceso. En ese proceso, la separación entre propiedad y posesión permitió construir formas de garantía más flexibles. Dentro de esa evolución, el *pignus* ocupa una posición intermedia: deja atrás la rigidez de la *fiducia*, pero todavía exige que la cosa pase a manos del acreedor⁵⁴.

También se suele situar el origen de la prenda en un momento posterior a la distinción clara entre propiedad y posesión y a la aparición de la protección interdictal de la posesión. Esto se entiende bien, porque la figura solo tenía sentido cuando el acreedor podía defender jurídicamente la posesión de la cosa sin necesidad de convertirse en propietario. Aun así, aunque la prenda mejoró la posición del deudor frente a la *fiducia*, seguía teniendo una limitación importante: al quedar la cosa en poder del acreedor, no podía servir con facilidad para garantizar varias deudas al mismo tiempo. Esa insuficiencia ayudaría después a explicar el desarrollo de la *hypotheca*⁵⁵.

3.2.2.2 Características principales del *pignus*

La primera característica del *pignus* es su carácter accesorio. Esto significa que la prenda no existe por sí sola, sino que depende siempre de una obligación principal a la que sirve

⁵⁴ Rascón, C., *Sobre las garantías reales*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, León, 2013, pág. 817.

⁵⁵ Torga Hernández, N.; Sánchez Guevara, S.; Pereda Mirabal, A. M., “De Roma a la actualidad, sistematización doctrinal y normativa de las garantías reales”, *Revista Aequitas*, vol. 4, Cuba (2014), págs. 25-27.

de garantía. Por eso, mientras la deuda subsiste, la prenda continúa cumpliendo su función; pero cuando la obligación garantizada se extingue, también desaparece la razón de ser de la prenda. En otras palabras, la prenda no tiene autonomía propia, sino que está unida al crédito al que asegura⁵⁶. Esta idea es importante porque muestra que en Roma la prenda no se entendía como un derecho independiente, sino como un instrumento dirigido a reforzar el cumplimiento de una deuda concreta⁵⁷.

Junto a ello, la prenda se caracterizaba por atribuir al acreedor la posesión de la cosa, pero no la propiedad. Esa es una de sus notas más importantes, porque explica por qué el *pignus* supuso una mejora frente a la *fiducia*. El deudor ya no tenía que transmitir el dominio del bien al acreedor, sino solo ponerlo en su poder mientras la deuda siguiera pendiente. De este modo, el acreedor quedaba protegido porque retenía materialmente la cosa, pero el deudor conservaba la titularidad jurídica sobre ella. Precisamente por eso podía afirmarse que el *pignus* equilibraba mejor la posición de ambas partes que la garantía fiduciaria, aunque todavía siguiera siendo una figura menos flexible que la hipotecas⁵⁸.

Otra característica básica del *pignus* era su indivisibilidad. Esto quiere decir que la prenda seguía gravando la cosa mientras no se hubiera satisfecho completamente la deuda garantizada. No bastaba, por tanto, con un pago parcial para que el bien quedara liberado en la parte correspondiente. La lógica de esta solución era clara: mientras existiera una parte del crédito pendiente, la garantía seguía siendo necesaria. Así, la cosa dada en prenda continuaba afectada al pago del saldo que todavía se debiera. Esta nota reforzaba mucho la posición del acreedor, porque impedía que la garantía se debilitara antes del cumplimiento total de la obligación⁵⁹.

⁵⁶ Álvarez, M. B., *Los derechos reales de garantía en el Derecho romano y su recepción en el Código Civil argentino*, Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo (tomo V), Buenos Aires, 1999, pág. 841.

⁵⁷ Kaser, M.; Knütel, R.; Lohsse, S., *Derecho privado romano*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 420.

⁵⁸ Torga Hernández, N.; Sánchez Guevara, S.; Pereda Mirabal, A. M., “De Roma a la actualidad, sistematización doctrinal y normativa de las garantías reales”, *Revista Aequitas*, vol. 4, Cuba (2014), págs. 25-27.

⁵⁹ Álvarez, M. B., *Los derechos reales de garantía en el Derecho romano y su recepción en el Código Civil argentino*, Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo (tomo V), Buenos Aires, 1999, pág. 841.

También debe destacarse que la prenda ofrecía al acreedor una protección jurídica relevante. El acreedor pignoraticio no era propietario, pero sí quedaba en una posición especialmente protegida por el ordenamiento, ya que gozaba de tutela posesoria y podía defender la cosa frente a perturbaciones o despojos. Esa protección tenía sentido porque la utilidad de la prenda dependía precisamente de que el acreedor pudiera conservar el bien en su poder hasta el pago. Al mismo tiempo, esa posición no le permitía comportarse como dueño: su poder sobre la cosa era instrumental y estaba limitado a la función de garantía. Por eso, la posesión del acreedor no equivalía a dominio, sino a una tenencia jurídicamente protegida mientras subsistiera la deuda⁶⁰.

En relación con lo anterior, el acreedor pignoraticio no podía aprovechar libremente la cosa ni apropiarse sin más de sus rendimientos. Como regla general, los frutos no le correspondían de manera automática, sino que debían imputarse primero a los intereses y después, en su caso, al capital. Solo mediante pacto podía admitirse que el acreedor percibiera esos frutos como forma de compensación, lo que se articulaba a través de la *anticresis*⁶¹. Esto muestra que la prenda no convertía al acreedor en beneficiario pleno del bien, sino únicamente en titular de una garantía sobre él. Su posición estaba pensada para asegurar el cobro del crédito, no para enriquecerle a costa de la cosa pignorada.

Además, el *pignus* tenía un alcance amplio en cuanto al tipo de obligación que podía garantizar. No se limitaba a deudas nacidas de un solo negocio jurídico, sino que podía asegurar obligaciones procedentes de distintos contratos, e incluso obligaciones naturales o sometidas a condición o a plazo. Esta amplitud ayuda a entender por qué la prenda alcanzó tanta importancia práctica en el Derecho romano: no era una figura pensada para un supuesto excepcional, sino una técnica general de aseguramiento del crédito. De ahí que se consolidara como una institución intermedia muy eficaz entre la antigua *fiducia* y la posterior *hypotheca*.

Sin embargo, la prenda también tenía una limitación clara, que terminó siendo decisiva en su evolución histórica. Como la cosa debía entregarse al acreedor, esa misma cosa solo podía servir, en principio, para garantizar una única obligación, ya que quedaba fuera del

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Ibid*, pág. 850.

poder material del deudor⁶². Esto daba seguridad al acreedor, porque el deudor no podía distraer el bien, pero al mismo tiempo reducía la utilidad económica de la garantía. Precisamente ahí aparece una de las debilidades del *pignus*: mejoraba la situación del deudor frente a la *fiducia*, pero seguía impidiendo una explotación más flexible del bien dado en garantía. Esa limitación ayuda a explicar por qué la evolución romana terminó favoreciendo la *hypotheca*, que permitía mantener la cosa en poder del deudor⁶³.

3.2.2.3 Formas de establecer prenda

La forma ordinaria de constitución del *pignus* en Derecho romano fue la voluntaria. La prenda nacía del acuerdo entre deudor y acreedor, pero ese acuerdo, por sí solo, no bastaba: al tratarse de un contrato real, era necesaria además la entrega de la cosa al acreedor. Precisamente por eso la doctrina lo presenta como una garantía que se perfecciona mediante la concurrencia de dos elementos: el consentimiento de las partes y el desplazamiento posesorio del bien dado en garantía. De este modo, el acreedor recibía la posesión de la cosa para asegurar el cumplimiento de la obligación, mientras que el deudor conservaba la propiedad⁶⁴.

En esta constitución voluntaria, la cosa entregada podía ser propia del deudor o incluso de un tercero que prestara su consentimiento. Lo decisivo no era la transmisión del dominio, porque en la prenda el deudor no hacía propietario al acreedor, sino que únicamente le atribuía la posesión de la cosa como respaldo del crédito. Por ello, la lógica del *pignus* descansaba en que el acreedor retenía materialmente el bien hasta que la deuda quedara satisfecha y, una vez producido el pago, debía devolverlo⁶⁵.

Junto a esta vía convencional, se puede apreciar también una modalidad de prenda ligada a la intervención judicial o pretoria. En este caso, la garantía no nace simplemente del

⁶² Kaser, M.; Knütel, R.; Lohsse, S., *Derecho privado romano*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, págs. 323-326.

⁶³ Torga Hernández, N.; Sánchez Guevara, S.; Pereda Mirabal, A. M., “De Roma a la actualidad, sistematización doctrinal y normativa de las garantías reales”, *Revista Aequitas*, vol. 4, Cuba (2014), págs. 25-26.

⁶⁴ Álvarez, M. B., *Los derechos reales de garantía en el Derecho romano y su recepción en el Código Civil argentino*, Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo (tomo V), Buenos Aires, 1999, págs. 839-853.

⁶⁵ Díaz-Bautista Cremades, A. A., “El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio romano (*pignus in causa iudicati captum*)”, Murcia (2013), pág. 70.

acuerdo privado entre acreedor y deudor, sino de una actuación conectada con la ejecución de una resolución o con la intervención de la autoridad. Se distingue entre el *pignus manual voluntario* y el *pignus* constituido en ejecución de sentencia, lo que muestra que, al lado de la prenda nacida del pacto y de la entrega, existió también una prenda de carácter judicial⁶⁶.

3.2.2.4 Elementos necesarios para la constitución del *pignus*

Para que exista prenda en sentido propio, lo primero que tiene que haber es una deuda que se quiera asegurar. La prenda no aparece de forma aislada ni tiene sentido por sí sola, sino que nace para reforzar el cumplimiento de una obligación previa. Por eso se dice que es una garantía accesoria. Su función depende del crédito al que va unida, de manera que, si la deuda desaparece, la prenda también pierde su razón de ser⁶⁷. Además, esta garantía no quedaba reservada a un único tipo de obligación, ya que podía servir para asegurar obligaciones nacidas de distintos negocios, e incluso obligaciones naturales o sometidas a condición o a plazo⁶⁸.

Junto a esa obligación previa, era necesario que el acreedor recibiera la posesión de la cosa. Ese desplazamiento posesorio es lo que permite hablar de *pignus* en sentido estricto. El deudor no transmitía la propiedad, pero sí ponía el bien en manos del acreedor como garantía del pago. Precisamente ahí está una de las diferencias más claras con la *hypotheca*, donde la cosa seguía en poder del deudor. En la prenda, por el contrario, la entrega del bien no era un simple detalle práctico, sino una parte central de la figura⁶⁹.

También hacía falta una cosa que pudiera quedar afecta a la garantía. En la práctica, la prenda quedó muy vinculada a los bienes muebles, porque eran los que más fácilmente podían entregarse al acreedor. Sin embargo, la doctrina romanística no reduce de forma absoluta el *pignus* a ese tipo de bienes. Se admite que su objeto pudo ser más amplio,

⁶⁶ Rascón, C., *Sobre las garantías reales*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, León, 2013, págs. 823.

⁶⁷ Kaser, M.; Knütel, R.; Lohsse, S., *Derecho privado romano*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 316.

⁶⁸ Díaz-Bautista Cremades, A., *Origen y evolución de las garantías reales en Roma*, Centro de Estudios del Próximo Oriente y la Antigüedad Tardía (CEPOAT), Universidad de Murcia, Murcia, 2014, págs. 409-418.

⁶⁹ Torga Hernández, N.; Sánchez Guevara, S.; Pereda Mirabal, A. M., “De Roma a la actualidad, sistematización doctrinal y normativa de las garantías reales”, *Revista Aequitas*, vol. 4, Cuba (2014), pág. 24.

hasta el punto de alcanzar también inmuebles, derechos e incluso créditos. Por eso conviene no simplificar demasiado esta cuestión. Lo más prudente es decir que la prenda requería una cosa o un derecho sobre el que pudiera construirse de forma efectiva la garantía del crédito⁷⁰.

Por último, era necesaria la intervención de las personas que integraban la relación pignoraticia⁷¹. De un lado estaba quien daba la cosa en garantía y, del otro, el acreedor que la recibía. Para que hubiera *pignus*, tenía que existir una persona que afectara una cosa al cumplimiento de la deuda y un acreedor que la recibiera como garantía⁷².

En definitiva, la prenda exigía una base bastante clara. Tenía que existir una obligación previa, una cosa puesta al servicio de esa garantía y una entrega de la posesión al acreedor. Sin esos elementos, no había *pignus* en sentido propio, sino otra técnica distinta de aseguramiento. Justamente por eso esta figura ocupa una posición intermedia dentro de la evolución de las garantías reales romanas. Ya no hay transmisión de la propiedad, como en la *fiducia*, pero todavía se exige la entrega posesoria, lo que explica que la evolución continuara después hacia la *hypotheca*.

3.2.2.5 Posibles pactos del *pignus*

En el *pignus*, además del acuerdo básico de entregar una cosa en garantía y devolverla cuando la deuda queda satisfecha, las partes podían perfilar el funcionamiento práctico de la garantía mediante pactos. En la práctica, esos pactos se orientan, sobre todo, a ordenar la forma en que el acreedor puede obtener el cobro cuando se produce el incumplimiento y, en su caso, qué ocurre con los rendimientos de la cosa pignorada.

3.2.2.5.1 Pacto de venta del *pignus* y *ius distrahendi*

El pacto más característico es el que autoriza a proceder a la venta de la cosa pignorada cuando la obligación garantizada no se cumple. En su forma madura, se reconoce al acreedor la facultad de vender la cosa y cobrarse con el precio. Ese derecho de realización

⁷⁰ Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, Iustel, 8ª edición, Madrid, 2015, pág. 434.

⁷¹ Panero Gutiérrez, R., *Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 377.

⁷² Rascón, C., *Sobre las garantías reales*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, León, 2013, pág. 816.

por venta se conoce como *ius distrahendi*⁷³ y permite convertir la cosa en dinero para aplicar el importe obtenido al pago de la deuda.

Esa facultad de venta no fue siempre automática. En un primer momento solo se admitía si existía un pacto expreso que la autorizara. Con el paso del tiempo, el uso repetido de esa cláusula hizo que se entendiera como una estipulación habitual, después como una inclusión tácita y, finalmente, como un elemento natural del propio *pignus*. En época justinianeana, incluso cuando se pactaba lo contrario mediante un *pactum non distraendo pignore*⁷⁴, el efecto principal consistía en imponer al acreedor la carga de notificar varias veces al deudor para que pagara antes de proceder a la venta.

Una vez realizada la venta, el precio se imputa a la deuda. Si el importe obtenido cubre la cantidad debida, la obligación se extingue. Si el precio es inferior, la deuda no desaparece por completo y subsiste por la diferencia. Si el precio supera lo debido, el excedente debe restituirse al deudor, lo que evita que la ejecución se convierta en un enriquecimiento sin causa a favor del acreedor.

3.2.2.5.2 Pacto comisorio y *lex commissoria*

Frente a la venta, existió la idea de permitir que el acreedor se quedase con la cosa pignorada si el deudor no pagaba, mediante un pacto comisorio identificado como *lex commissoria*⁷⁵. Esta solución incrementaba mucho el riesgo de abuso, porque el valor del bien podía ser superior a la deuda y el acreedor se apropiaría de esa diferencia. Por ello, se afirma expresamente que el acreedor no tiene derecho a cobrarse quedándose con la cosa por el mero impago y que el pacto comisorio fue prohibido en época de Constantino⁷⁶.

En sustitución práctica de esa apropiación directa, aparece una vía distinta cuando no existe comprador. Se contempla la posibilidad de solicitar la atribución de la propiedad por su “justo precio”, mediante *impetratio dominii*⁷⁷, con un período intermedio durante

⁷³ Panero Gutiérrez, R., *Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 376.

⁷⁴ *Ibid*, pág. 380.

⁷⁵ *Id*.

⁷⁶ Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, Iustel, 8ª edición, Madrid, 2015, pág. 436.

⁷⁷ Panero Gutiérrez, R., *Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 157 & 380.

el cual el deudor todavía puede rescatar la cosa. Transcurrido ese tiempo, la atribución se consolida y la deuda se considera extinguida. Esta técnica permite entender que el sistema busca una salida ejecutiva sin volver a la lógica de apropiación automática del pacto comisorio.

3.2.2.5.3 Pacto de anticresis

Cuando la cosa dada en *pignus* es fructífera, puede interesar que el acreedor perciba sus frutos. La *anticresis* consiste en permitir que esos frutos se destinen a compensar los intereses que genere la deuda garantizada. Esta posibilidad refuerza el crédito sin necesidad de vender el bien, porque el acreedor obtiene una utilidad económica mientras la deuda sigue viva⁷⁸.

La atribución de frutos no operó siempre del mismo modo. Se indica que su aplicación automática se aprecia en época justiniana. Antes, si se percibían frutos sin haberse pactado, su imputación seguía un orden, primero a los intereses y después al capital, debiendo restituirse al deudor el excedente. Con ello se mantiene la idea central de la garantía, que es asegurar el cobro, pero sin permitir que el acreedor obtenga un beneficio que sobrepase lo debido⁷⁹.

3.2.2.6 Extinción del *pignus*

La extinción del *pignus* se explica por su carácter de *ius in re aliena* y, sobre todo, por su accesoriedad respecto de la obligación garantizada. Por eso, además de cesar cuando desaparece la deuda, también puede extinguirse por causas comunes a los derechos sobre cosa ajena, como la renuncia del acreedor (expresa o tácita), la confusión cuando se reúnen en una misma persona la propiedad de la cosa gravada y la titularidad del *pignus*, la pérdida o destrucción de la cosa dada en garantía o su salida del *commercium*, y también por el transcurso del tiempo mediante prescripción. En cambio, no basta una mera transformación o restauración de la cosa para entender que el *pignus* desaparece⁸⁰.

⁷⁸ Panero Gutiérrez, R., *Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 380.

⁷⁹ Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, Iustel, 8ª edición, Madrid, 2015, pág. 437.

⁸⁰ Panero Gutiérrez, R., *Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 382.

En la lógica propia de la garantía, el supuesto normal de extinción es el pago de la obligación principal. Una vez satisfecha la deuda, el acreedor queda obligado a restituir la cosa dada en *pignus*. En época justiniana, esa restitución se encauza mediante la *actio pigneraticia* en sentido estricto, de naturaleza personal, que opera como acción directa a favor del constituyente para reclamar la devolución. A su vez, el acreedor dispone de una acción contraria para obtener el reembolso o indemnización de los gastos ocasionados por la conservación de la cosa mientras estuvo en su poder.

Si la deuda no se paga, el *pignus* puede extinguirse por realización del valor de la cosa a través de la venta ejercitada por el acreedor en virtud del *ius distrahendi*. En esa hipótesis, el acreedor vende para cobrarse con el precio: si el importe de la venta cubre la deuda, la obligación queda extinguida; si el precio es inferior, la deuda subsiste por la diferencia; y si es superior, el excedente debe restituirse al deudor, denominado *superfluum*⁸¹ (y en algún texto, *hyperocha*). En la práctica, esa venta se articula como ejecución patrimonial del bien dado en garantía, con obligación de devolver el sobrante si lo hubiera.

Por último, la extinción puede quedar “retenida” en supuestos de pluralidad de deudas entre las mismas partes. Se admite que el acreedor conserve la cosa dada en *pignus* hasta que el deudor satisfaga todas las deudas existentes, incluso aunque ya se haya pagado la concreta obligación para la que se constituyó inicialmente la garantía. Esta facultad, asociada en la doctrina a la figura conocida como *pignus Gordianum*⁸², muestra que, en la práctica, el fin del *pignus* puede depender no solo del pago aislado de una deuda, sino del saneamiento completo de la relación crediticia entre acreedor y deudor.

3.2.3 *Hypotheca*

3.2.3.1 Origen y evolución de la *hypotheca*

La *hypotheca* fue la forma más desarrollada de garantía real en el Derecho romano, porque permitió asegurar el cumplimiento de una deuda sin que el deudor tuviera que entregar al acreedor ni la posesión ni la propiedad de la cosa. Esa es la diferencia que mejor la separa del *pignus* en sentido estricto, en el que sí existía desplazamiento

⁸¹ Bueno Delgado, J. A., “Precedentes romanos del derecho de retención de la prenda”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, Alcalá de Henares (2013), pág. 139.

⁸² *Ibid.*, pág. 167.

posesorio. Gracias a ello, el bien seguía en poder del deudor y podía continuar utilizándose mientras la obligación no fuera incumplida⁸³.

Desde el punto de vista histórico, la evolución hacia la *hypotheca* no fue brusca, sino gradual. La doctrina romanística sitúa su desarrollo, de forma principal, en el paso desde el *pignus* convencional hacia una garantía en la que ya no era necesaria la entrega material de la cosa. En este proceso tuvo especial importancia la llamada *nuda conventio*⁸⁴, porque permitió que la sola voluntad de las partes bastara para constituir la garantía. De este modo, la garantía real dejó de depender de la posesión del acreedor y pasó a apoyarse en el acuerdo que afectaba el bien al pago de la deuda.

En cuanto a su origen más concreto, una parte importante de la doctrina lo pone en relación con los arrendamientos de fincas y con los bienes que el arrendatario introducía en ellas para su explotación, es decir, los *invecta et illata*. A través de esta práctica, esos instrumentos de trabajo, animales y demás bienes quedaban vinculados al pago de las rentas, aunque permanecieran en poder del arrendatario. Esa experiencia práctica fue decisiva, porque mostró la utilidad de una garantía que no exigiera despojar al deudor del bien. Por eso, suele entenderse que ahí se encuentra uno de los antecedentes más claros de la *hypotheca* romana⁸⁵.

Esta nueva forma de garantía ofrecía dos ventajas muy claras frente a la prenda posesoria. En primer lugar, el deudor podía seguir usando el bien y obtener de él los rendimientos necesarios para hacer frente a la deuda. En segundo lugar, el mismo bien no quedaba agotado para nuevas operaciones de crédito, ya que la inexistencia de desplazamiento posesorio hacía posible constituir garantías sucesivas sobre él. Precisamente por eso la *hypotheca* resultó más útil para las necesidades económicas del tráfico jurídico y terminó desplazando progresivamente a formas anteriores más rígidas⁸⁶.

⁸³ Robles Velasco, L. M., *La pluralidad hipotecaria en Roma: la aparición de la segunda hipoteca*, Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo, Buenos Aires, 1999, pág. 879.

⁸⁴ *Ibid.*, pág. 880.

⁸⁵ Díaz-Bautista Cremades, A., *Origen y evolución de las garantías reales en Roma*, Centro de Estudios del Próximo Oriente y la Antigüedad Tardía (CEPOAT), Universidad de Murcia, Murcia, 2014, pág. 416.

⁸⁶ Robles Velasco, L. M., *La pluralidad hipotecaria en Roma: la aparición de la segunda hipoteca*, Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo, Buenos Aires, 1999, pág. 881.

Con el paso del tiempo, además, el término *hypotheca* fue ganando terreno frente al de *pignus conventum*⁸⁷. La doctrina destaca que, especialmente desde época severiana, el nombre *hypotheca* empezó a imponerse y a emplearse con mayor frecuencia para referirse a esta garantía sin desplazamiento posesorio. Esto no significa que surgiera de repente una institución completamente nueva, sino más bien que se fue consolidando una modalidad de garantía ya conocida, cada vez más separada de la prenda posesoria y cada vez más apta para permitir una mayor circulación del crédito.

Aun así, la *hypotheca* romana no resolvió todos los problemas. Aunque era más flexible que la prenda, carecía de un sistema de publicidad formal como el que existe en el derecho moderno. Eso reducía la seguridad jurídica, sobre todo cuando un mismo bien quedaba afecto a varias garantías. Con todo, su evolución fue decisiva, porque permitió pasar desde formas antiguas de garantía, centradas en la entrega de la cosa, hacia una técnica más cercana a la hipoteca actual, basada en la afección del bien al crédito sin necesidad de desplazamiento posesorio.

3.2.3.2 Definición y características principales de la hypotheca

La *hypotheca* fue, en el Derecho romano, una modalidad de garantía real por la que un bien quedaba afecto al cumplimiento de una deuda sin que el acreedor recibiera ni la propiedad ni la posesión de la cosa. Esa es su nota más importante y la que mejor la diferencia del *pignus* en sentido estricto. Mientras en la prenda el acreedor retenía la posesión del bien, en la hipoteca el deudor seguía teniéndolo en su poder hasta el momento del incumplimiento. Por eso, la *hypotheca* supuso una forma más flexible de asegurar el crédito⁸⁸.

Otra característica principal de la *hypotheca* es que podía constituirse por el mero acuerdo de las partes. A diferencia de lo que ocurría en la prenda posesoria, aquí no era necesaria la entrega material de la cosa al acreedor. Esa posibilidad se relaciona con la evolución de la llamada *nuda conventio*⁸⁹, que permitió que la garantía naciera por la sola voluntad

⁸⁷ Díaz-Bautista Cremades, A., *Origen y evolución de las garantías reales en Roma*, Centro de Estudios del Próximo Oriente y la Antigüedad Tardía (CEPOAT), Universidad de Murcia, Murcia, 2014, pág. 416.

⁸⁸ Robles Velasco, L. M., *La pluralidad hipotecaria en Roma: la aparición de la segunda hipoteca*, Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo, Buenos Aires, 1999, págs. 879-892.

⁸⁹ *Ibid.*, pág. 880.

de las partes, dejando el bien en poder del deudor. Precisamente por eso la hipoteca resultó más útil para la práctica económica, porque el deudor podía seguir utilizando el bien mientras la deuda no fuera exigida judicialmente⁹⁰.

Además, la *hypotheca* podía recaer sobre bienes muy diversos. Las fuentes manejadas permiten afirmar que no quedaba limitada a una sola clase de cosas, sino que podía constituirse sobre bienes que estuvieran en el comercio y fueran susceptibles de enajenación. Eso incluía bienes muebles e inmuebles, presentes o futuros, corporales o incorporeales. Aun así, en la práctica la hipoteca terminó vinculándose sobre todo a los inmuebles, mientras que la prenda se asociaba más habitualmente a los muebles⁹¹.

La *hypotheca* también favorecía de manera más clara los intereses del deudor que las formas anteriores de garantía. Como el bien hipotecado seguía en su poder, podía seguir usándolo y obtener de él utilidad económica. Esto era especialmente importante cuando se trataba de bienes necesarios para producir rendimientos, porque permitía al deudor continuar con su actividad y, al mismo tiempo, mantener una garantía a favor del acreedor. Desde este punto de vista, la hipoteca superaba una de las limitaciones más claras del *pignus*, ya que evitaba que la entrega del bien al acreedor privara al deudor de su uso⁹².

Junto a ello, la hipoteca reforzaba la posición del acreedor porque el bien quedaba jurídicamente vinculado al pago de la deuda. Aunque el acreedor no tuviera la posesión inmediata, sí conservaba una garantía real sobre la cosa y podía hacerla valer en caso de incumplimiento. De hecho, la evolución de la hipoteca fue tan amplia que permitió incluso la aparición de varias hipotecas sobre una misma cosa, algo mucho más difícil en la prenda posesoria. Esa posibilidad de pluralidad hipotecaria muestra bien hasta qué punto la *hypotheca* se convirtió en una garantía más adaptable a las necesidades del crédito⁹³.

⁹⁰ Kaser, M.; Knütel, R.; Lohsse, S., *Derecho privado romano*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, pág. 327.

⁹¹ *Ibid.*, págs. 879-892.

⁹² *Ibid.*, pág. 327.

⁹³ *Ibid.*, pág. 326.

Si res suas iam obligavcrint, et alii secundo obligant! creditor, ut effugiant perieulum. quod solent pali, qui saepius easdem res ohligant, praedicere solent, alii nulli ream obliga- tam esse, quam forte Lucio Tifio, ul in id, quod excedil priorem obligationem, res sit obli gala, ut sit pignori hypotheaeve id, quod pluris est, aut solidum, quum primo debito libe- rata res fueril.

El fragmento pone de manifiesto que, en Derecho romano, un mismo bien podía quedar sujeto a varias hipotecas sucesivas, aunque no todas gozaban de la misma posición jurídica. Su idea central es que, cuando el deudor ya había gravado una cosa en favor de un primer acreedor y posteriormente la ofrecía también a un segundo, este último no adquiriría una garantía con igual preferencia, sino subordinada a la primera. Por ello, la segunda hipoteca solo podía hacerse efectiva sobre el valor restante del bien una vez satisfecha la deuda anterior o, en su caso, sobre la totalidad del bien cuando la primera obligación hubiera quedado extinguida. En consecuencia, el texto refleja de forma clara el principio de prioridad entre acreedores hipotecarios y muestra cómo el orden de constitución de la garantía determinaba el rango y la efectividad del derecho de cada acreedor.

Por último, para que pudiera constituirse una hipoteca era necesario que existiera una deuda a garantizar y un bien apto para quedar afecto a ella. Además, la cosa hipotecada debía poder ser objeto de tráfico jurídico, ya que la eficacia de esta garantía descansaba en que el bien pudiera responder frente al acreedor en caso de incumplimiento. En este sentido, la *hypotheca* no era una figura autónoma, sino una garantía accesorio, unida siempre a una obligación principal cuyo cumplimiento pretendía asegurar⁹⁴.

3.2.3.3 Pluralidad de hipotecas y rango hipotecario

Una de las consecuencias más importantes de la *hypotheca* fue que un mismo bien pudiera quedar afecto a varias deudas frente a distintos acreedores. Esto fue posible porque, a diferencia de lo que ocurría en el *pignus* posesorio, la cosa no salía del poder del deudor. Ahora bien, esa posibilidad no apareció de golpe. Su desarrollo fue gradual. En un primer momento, la segunda hipoteca solo podía abrirse paso cuando la primera quedaba

⁹⁴ Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, Iustel, 8ª edición, Madrid, 2015, pág. 441.

satisfecha o, al menos, cuando existía valor suficiente para que el nuevo acreedor no lesionara la posición del anterior. Más adelante, el ordenamiento terminó admitiendo la coexistencia de varias hipotecas sobre una misma cosa.

D. 20, 1, 15, 2

Qui res suas iam obligaverint et alii se cundo obligant creditori, ut effugiant per riculum, quod solent pati qui saepius eas dem res obligant, praedicere solent alii nulli rem obligatam esse quam forte Lucio Titio, ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata, ut sit pig nora hypothecaeve id quod pluris est: aut solidum, cum primo debito liberata res fuerit. de quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo quod excedit ut sit hypothecae? et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata, an adhuc pars? sed illud magis est, quod prius diximus

El texto analiza el supuesto en el que un mismo bien se grava sucesivamente en favor de varios acreedores, planteando cómo debe determinarse el alcance de la garantía del segundo cuando ya existe una anterior. Se pone de manifiesto que, para evitar conflictos, era habitual que el deudor indicara la existencia de una primera garantía, de modo que la posterior no recaía sobre todo el bien, sino únicamente sobre el valor que excedía de la primera deuda. Así, el segundo acreedor quedaba en una posición subordinada respecto del primero, sin poder perjudicar su derecho. No obstante, se discute si esta limitación al “exceso” debía pactarse expresamente o si operaba de forma automática, así como si, una vez extinguida la primera obligación, la segunda garantía pasaba a recaer sobre la totalidad del bien. En definitiva, el texto refleja un sistema en el que ya se reconoce la coexistencia de varias garantías sobre un mismo bien y la necesidad de establecer un orden de preferencia entre acreedores.

Una vez admitida la posibilidad de varias hipotecas sobre el mismo bien, el problema principal pasaba a ser el orden de cobro. La regla general fue la preferencia del acreedor anterior sobre el posterior, lo que suele expresarse con el principio *prior in tempore, potior in iure*. En la práctica, esto significaba que el acreedor de mejor rango podía promover la ejecución del bien y cobrarse antes que los demás. Solo después de quedar satisfecho ese acreedor podía entrar en juego el interés de los posteriores, y ello

únicamente sobre el valor que restara. Por tanto, la pluralidad de hipotecas no implicaba igualdad entre acreedores, sino una ordenación escalonada según el rango de cada garantía⁹⁵.

Para evitar que la prioridad del primer acreedor dejara sin contenido práctico la hipoteca posterior, el Derecho romano articuló mecanismos de protección para el acreedor de segundo rango. El más importante fue el *ius offerendi*⁹⁶. Gracias a él, el acreedor posterior podía pagar al acreedor preferente o consignar la cantidad debida si este se negaba a recibirla. Con ello, el acreedor posterior pasaba a ocupar la posición del primero y reforzaba su propio derecho. De esta forma, la pluralidad hipotecaria no quedaba reducida a una simple espera pasiva, sino que permitía una cierta movilidad del rango cuando el acreedor posterior actuaba para colocarse en el lugar del anterior⁹⁷.

Sin embargo, la preferencia temporal no fue absoluta. El propio desarrollo del Derecho romano introdujo excepciones que alteraban ese orden general. Entre ellas destacaron las hipotecas documentales y las hipotecas privilegiadas. En relación con las primeras, se terminó dando preferencia a las constituidas en documento público y, más adelante, también a ciertos documentos privados que ofrecían una garantía suficiente de autenticidad. En cuanto a las hipotecas privilegiadas, algunas recibieron un trato preferente por razón del crédito asegurado. En el Derecho justinianeo se reconoció, por ejemplo, la posición especialmente favorecida de la hipoteca de la mujer para la restitución de la dote. Además, cuando concurrían varias hipotecas privilegiadas, la gradación colocaba en primer lugar al fisco, después a la mujer para la devolución de la dote y, por último, al acreedor refaccionario⁹⁸.

Todo ello estaba muy relacionado con otro problema de fondo, que fue la falta de publicidad formal de la hipoteca romana. Como no existía un sistema registral semejante al moderno, muchas veces no era fácil saber si un bien ya estaba hipotecado ni cuál era

⁹⁵ *Ibid.*, pág. 444.

⁹⁶ Robles Velasco, L. M., *La pluralidad hipotecaria en Roma: la aparición de la segunda hipoteca*, Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo, Buenos Aires, 1999, pág. 888.

⁹⁷ Álvarez, M. B., *Los derechos reales de garantía en el Derecho romano y su recepción en el Código Civil argentino*, Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo (tomo V), Buenos Aires, 1999, págs. 845-846.

⁹⁸ Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, Iustel, 8ª edición, Madrid, 2015, págs. 443-444.

realmente la hipoteca más antigua. Esa falta de publicidad favorecía el fraude y complicaba mucho la seguridad del tráfico jurídico. Por eso, la preferencia concedida a ciertas hipotecas documentales y la persecución de conductas fraudulentas respondieron, en gran medida, a la necesidad de dar algo más de certeza al rango hipotecario. Precisamente aquí se aprecia una de las diferencias más importantes entre la experiencia romana y la hipoteca moderna, que descansa en buena medida sobre la publicidad registral⁹⁹.

3.2.3.4 Extinción de la *hypotheca*

La *hypotheca*, igual que la prenda, era un derecho real de garantía de carácter accesorio. Por eso, su primera causa de extinción era la desaparición completa de la obligación garantizada. Cuando la deuda se pagaba o se extinguía por alguno de los medios admitidos por el ordenamiento, la hipoteca también dejaba de tener sentido. Ahora bien, esa extinción debía ser total, porque, al tratarse de una garantía indivisible, el pago parcial no bastaba para hacerla desaparecer. Mientras quedara pendiente parte del crédito, la hipoteca seguía subsistiendo.

Junto a esta extinción por vía de consecuencia, la *hypotheca* también podía extinguirse por causas propias. Una de ellas era la pérdida total de la cosa hipotecada. Si el bien desaparecía por completo, la garantía ya no podía seguir recayendo sobre él. En cambio, la simple destrucción parcial o una transformación que no hiciera desaparecer enteramente la cosa no bastaban siempre para extinguir la hipoteca. De hecho, la doctrina recuerda que, si se destruía un edificio hipotecado, la garantía podía continuar sobre el suelo¹⁰⁰.

Otra causa importante de extinción era la venta del bien hipotecado en ejecución de la garantía. Cuando el acreedor promovía la venta para cobrarse, la hipoteca que servía de base a esa ejecución quedaba extinguida. Además, esa venta arrastraba también a las hipotecas posteriores, aunque no a las anteriores de mejor rango. Si del precio obtenido sobraba una parte después de satisfacer al acreedor preferente, ese resto podía aprovechar

⁹⁹ Álvarez, M. B., *Los derechos reales de garantía en el Derecho romano y su recepción en el Código Civil argentino*, Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo (tomo V), Buenos Aires, 1999, págs. 845-851.

¹⁰⁰ Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, Iustel, 8ª edición, Madrid, 2015, pág. 445.

a los acreedores posteriores y, en su defecto, debía devolverse al deudor. Si, por el contrario, el precio no alcanzaba para cubrir toda la deuda, la garantía desaparecía sobre la cosa, aunque el crédito insatisfecho podía seguir reclamándose por vía personal.

La hipoteca también podía extinguirse por renuncia del acreedor. Esa renuncia podía ser expresa, cuando el acreedor manifestaba de forma clara que abandonaba su derecho, o tácita, cuando su conducta mostraba que ya no quería hacerlo valer. A ello se añadía la confusión, que se producía cuando en una misma persona coincidían la posición de acreedor hipotecario y la titularidad del bien hipotecado. En ese caso, la garantía perdía sentido, porque ya no había dos patrimonios distintos entre los que operara el derecho real de garantía¹⁰¹.

Por último, la doctrina señala también la extinción por prescripción. En el ámbito postelásico, si la cosa hipotecada pasaba a manos de un tercero adquirente de buena fe y con justo título, y este la poseía durante el tiempo exigido, podía oponer la *praescriptio longi temporis* frente a la acción hipotecaria. En la práctica, esto suponía privar de eficacia a la garantía sobre esa cosa. Junto a ello, el manual de Fernández de Buján añade que también se menciona la *praescriptio longissimi temporis*¹⁰², ligada a una posesión continuada durante un plazo aún más largo. Todo ello muestra que la extinción de la hipoteca no dependía solo del pago, sino también de la evolución posterior de la relación entre la cosa, el acreedor y los terceros poseedores.

IV. DERECHOS REALES EN LA ACTUALIDAD

4.1 EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA HASTA LA ACTUALIDAD

Tras el Derecho romano, estas garantías siguieron presentes en la tradición jurídica castellana. En esa etapa previa a la codificación, lo importante no fue tanto la terminología como la función que cumplían. La idea seguía siendo la misma, esto es, vincular determinados bienes al pago de una deuda. En las Siete Partidas ya aparece esa

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, Iustel, 8ª edición, Madrid, 2015, págs. 444-446.

continuidad, aunque todavía sin la claridad técnica que llegará después con la codificación¹⁰³.

El cambio decisivo llegó en el siglo XIX, con la codificación. El Código Civil de 1889 ordenó esta materia de forma más clara y fijó los requisitos básicos de la prenda y de la hipoteca. Desde entonces, ambas quedaron unidas a una obligación principal, a la existencia de un bien concreto y a la necesidad de que quien la constituyera tuviera poder para disponer de ese bien. Con ello, el sistema ganó orden y seguridad.

A partir de ahí, la regulación fue separando mejor la prenda y la hipoteca. La prenda quedó ligada a la entrega de la posesión al acreedor o a un tercero (art. 1863 C.C.). La hipoteca, en cambio, se fue apoyando cada vez más en la publicidad registral (Ley Hipotecaria, arts. 1 y 2.). Esa diferencia fue importante porque permitió que el bien hipotecado siguiera en poder del deudor, sin perder por ello su función de garantía.

La Ley Hipotecaria de 1946 reforzó todavía más esa línea¹⁰⁴. El Registro de la Propiedad pasó a ocupar un papel central en la protección del acreedor y en la seguridad del tráfico jurídico. Con ello se intentó resolver uno de los grandes problemas que ya se había visto en la experiencia romana, que era la dificultad para saber con certeza qué cargas pesaban sobre un bien y cuál tenía preferencia frente a otra¹⁰⁵.

Sin embargo, el sistema clásico seguía teniendo límites claros. Funcionaba bien con inmuebles y con muebles que el deudor podía entregar sin problema. Pero era menos útil cuando el bien mueble era necesario para trabajar o para seguir produciendo. En esos casos, quitar la posesión al deudor podía perjudicarle a él y también al propio acreedor, porque dificultaba que se generaran los recursos con los que pagar la deuda.

Por eso fue necesaria una nueva reforma. La Ley de 16 de diciembre de 1954 introdujo la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de posesión. Con esta ley, el ordenamiento español amplió las formas de garantía y permitió gravar ciertos bienes

¹⁰³ Rascón, C., *Sobre las garantías reales*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, León, 2013, págs. 817-827.

¹⁰⁴ Art. 109 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

¹⁰⁵ Díaz-Bautista Cremades, A., *Origen y evolución de las garantías reales en Roma*, Centro de Estudios del Próximo Oriente y la Antigüedad Tardía (CEPOAT), Universidad de Murcia, Murcia, 2014, págs. 409-418.

muebles sin necesidad de despojar al deudor de su posesión¹⁰⁶. Poco después, el Reglamento de 1955 organizó un registro específico para dar publicidad y eficacia a estas nuevas figuras¹⁰⁷.

En definitiva, la evolución de la regulación española fue bastante clara. Primero hubo una etapa anterior a la codificación, todavía poco sistemática. Después llegó el Código Civil, que ordenó la materia. Más tarde, la Ley Hipotecaria reforzó la publicidad registral. Y, finalmente, la reforma de 1954 adaptó el sistema a nuevas necesidades económicas. Así, sin romper con la lógica romana, el Derecho español fue modernizando las garantías reales hasta llegar al modelo actual.

4.2 REGULACIÓN ACTUAL

4.2.1 *Idea general y continuidad con el Derecho romano*

En el Derecho español actual, el punto de partida sigue siendo la responsabilidad patrimonial universal del deudor. El artículo 1911 del Código Civil establece que del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros. Sin embargo, esa regla general no siempre basta para proteger de forma suficiente al acreedor. Precisamente por eso siguen teniendo importancia las garantías reales, porque permiten sujetar bienes concretos al pago de una deuda y reforzar así la seguridad del crédito. En este punto se aprecia con claridad la continuidad con el Derecho romano, ya que el problema de fondo sigue siendo el mismo. No basta con la existencia de la obligación; también es necesario asegurar su cobro.

La regulación actual mantiene, además, varias ideas básicas que ya estaban presentes en la tradición romanística. La prenda y la hipoteca siguen siendo derechos accesorios, porque dependen de una obligación principal, y también siguen siendo derechos indivisibles, de modo que la garantía no desaparece mientras la deuda no haya sido satisfecha por completo (Código Civil, arts. 1857 y 1860). El propio Código Civil recoge esa lógica al fijar los requisitos esenciales de prenda e hipoteca y al establecer el carácter

¹⁰⁶ Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión.

¹⁰⁷ Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión.

indivisible de estas garantías. En este sentido, la regulación española moderna no rompe con la construcción romana, sino que la ordena y la formula con mayor precisión.

4.2.2 *Cómo regula hoy el Derecho español la prenda y la hipoteca*

La prenda actual conserva, en lo esencial, la lógica del antiguo *pignus*. El Código Civil la reserva para bienes muebles y exige que la cosa quede en posesión del acreedor o de un tercero de común acuerdo (art. 1863 CC.). Además, para que la prenda perjudique a terceros, exige que conste en instrumento público con fecha cierta. Con ello, el Derecho español mantiene la idea clásica de la garantía posesoria, pero añade una exigencia formal que da más seguridad fuera de la relación entre acreedor y deudor (art. 1865 CC.). Ese es uno de los primeros problemas que la regulación actual corrige respecto del modelo romano, que era más débil en materia de prueba y oponibilidad frente a terceros.

La hipoteca inmobiliaria sigue una lógica distinta. Igual que la *hypotheca* romana, permite que el bien quede afecto al pago de la deuda sin que salga del poder del deudor. Pero el Derecho español añade aquí un elemento decisivo que en Roma faltaba, que es la publicidad registral. El artículo 104 de la Ley Hipotecaria dispone que la hipoteca sujeta directa e inmediatamente el bien al cumplimiento de la obligación, cualquiera que sea su poseedor. Y, además, el artículo 1875 del Código Civil exige la inscripción en el Registro de la Propiedad para que la hipoteca quede válidamente constituida. De este modo, la regulación actual conserva la utilidad económica de la hipoteca romana, pero corrige uno de sus defectos principales, que era la clandestinidad de las cargas.

Ese cambio resulta todavía más claro si se tiene en cuenta el papel del Registro de la Propiedad. La Ley Hipotecaria atribuye al Registro la función de dar publicidad a los actos y derechos reales sobre inmuebles, y su artículo 17 recoge el principio de prioridad registral. Con ello, el sistema español resuelve mejor dos problemas que en Roma ya existían, que eran saber si un bien estaba ya gravado y decidir qué acreedor tenía mejor posición cuando existían varias garantías sobre la misma cosa. En otras palabras, el Derecho español mantiene la lógica de la preferencia y del rango, pero la apoya en un sistema de publicidad formal mucho más seguro que el romano.

Ahora bien, el sistema clásico de prenda con desplazamiento e hipoteca sobre inmuebles también acabó mostrando límites en el Derecho español. Funcionaba bien cuando el deudor podía desprenderse de la posesión del bien sin un perjuicio importante. Pero

resultaba mucho menos útil cuando el bien mueble era necesario para trabajar, producir o explotar una actividad económica. Por eso fue necesaria una nueva reforma. La Ley de 16 de diciembre de 1954 permitió la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento sobre determinados bienes muebles. Así, el ordenamiento español amplió el sistema tradicional y dio una respuesta más eficaz al problema de garantizar el crédito sin privar al deudor del uso de bienes productivos¹⁰⁸.

4.2.3 *Qué problemas ha resuelto la regulación actual y qué sigue compartiendo con Roma*

La mejora más importante del Derecho español respecto de la regulación romana está en la publicidad. En Roma, la hipoteca podía ser técnicamente muy útil, pero la falta de un sistema registral generaba inseguridad, porque no siempre era fácil conocer si el bien ya estaba hipotecado ni qué crédito era anterior. La doctrina romanística ha insistido precisamente en ese problema de clandestinidad. El Derecho español ha tratado de resolverlo a través de la inscripción registral, de la prioridad derivada del asiento y de la exigencia de forma pública en muchas de estas garantías. Así, donde el sistema romano dejaba espacio a la incertidumbre, el sistema actual intenta ofrecer certeza.

Otro problema que la regulación actual ha resuelto mejor es el equilibrio entre garantía y utilidad económica del bien. La experiencia romana ya había mostrado que la hipoteca era más flexible que la prenda porque permitía al deudor seguir usando la cosa. Esa misma idea sigue siendo válida hoy. De hecho, la Ley de 1954 parte precisamente de la necesidad de permitir garantías reales sobre bienes muebles sin exigir su entrega al acreedor. Con ello, el Derecho español moderno evita que la garantía destruya la utilidad económica del bien y, al mismo tiempo, protege mejor el crédito. Aquí puede verse una continuidad muy clara con la función que ya cumplía la *hypotheca* romana, aunque hoy se articule con medios técnicos más desarrollados¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Torga Hernández, N.; Sánchez Guevara, S.; Pereda Mirabal, A. M., “De Roma a la actualidad, sistematización doctrinal y normativa de las garantías reales”, *Revista Aequitas*, vol. 4, Cuba (2014), pág. 42.

¹⁰⁹ Torga Hernández, N.; Sánchez Guevara, S.; Pereda Mirabal, A. M., “De Roma a la actualidad, sistematización doctrinal y normativa de las garantías reales”, *Revista Aequitas*, vol. 4, Cuba (2014), pág. 42.

Con todo, no todos los problemas han cambiado. Algunos siguen siendo esencialmente los mismos que en Roma. Sigue siendo necesario decidir qué bienes pueden quedar afectados al crédito, cómo se ordena la preferencia entre acreedores y cómo se transforma el valor del bien en dinero cuando la obligación no se cumple. También sigue existiendo la tensión entre la protección del acreedor y la protección del deudor. La diferencia es que hoy el ordenamiento español responde a esos problemas con una regulación mucho más detallada. En materia de crédito inmobiliario, por ejemplo, la Ley 5/2019¹¹⁰ exige evaluación de solvencia, transparencia precontractual y control notarial del principio de transparencia material, y además fija una regulación específica del vencimiento anticipado. Esto muestra que la función básica de la garantía real sigue siendo la misma, pero el marco actual añade una protección del deudor mucho más intensa que la que existía en el mundo romano¹¹¹.

En definitiva, la regulación actual española de la prenda y de la hipoteca conserva la base construida en Roma, pero corrige algunos de sus límites más importantes. La continuidad se aprecia en la función económica de estas figuras, en su carácter accesorio e indivisible y en la vinculación de bienes concretos al pago de una deuda. La evolución se aprecia en la publicidad registral, en la ampliación de las garantías sobre bienes muebles sin desplazamiento posesorio y en la mayor protección del deudor en la contratación hipotecaria moderna. Por eso, la regulación romana sigue teniendo valor en el Derecho español actual, no solo como antecedente histórico, sino como verdadera base técnica de una institución que continúa siendo central para la seguridad del crédito.

V. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha podido comprobar que los derechos reales de garantía no surgieron en Roma de forma cerrada ni perfecta desde el inicio, sino como respuesta a un problema muy concreto, que era asegurar el cumplimiento de las obligaciones cuando la simple responsabilidad del deudor no ofrecía protección suficiente al acreedor. Desde esa idea inicial, el Derecho romano fue construyendo soluciones cada vez más elaboradas.

¹¹⁰ Madriñán Vázquez, M., “Información precontractual y transparencia en la Ley de contratos de crédito inmobiliario”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2.231, Madrid (2020), págs. 3-42.

¹¹¹ Sánchez Collado, M. E., “Aproximación a la legislación protectora del deudor hipotecario”, *Estudios de Deusto*, vol. 64, núm. 2, Bilbao (2016), págs. 259-304.

Primero, mediante técnicas más rígidas como la *fiducia*, en la que el deudor quedaba en una posición especialmente débil por la transmisión de la propiedad; después, mediante el *pignus*, que permitió conservar el dominio y entregar solo la posesión; y, finalmente, mediante la *hypotheca*, que hizo posible garantizar la deuda sin transmitir ni la propiedad ni la posesión del bien. En ese recorrido se aprecia una evolución clara hacia formas de garantía más útiles, más flexibles y más adaptadas a la realidad económica.

El estudio del *pignus* y de la *hypotheca* permite ver que el gran valor del Derecho romano no está solo en haber creado instituciones que después fueron recibidas por los ordenamientos modernos, sino en haber identificado con mucha claridad problemas que siguen existiendo hoy. Entre ellos destacan la necesidad de vincular bienes concretos al pago de la deuda, la dificultad de ordenar la preferencia entre varios acreedores, la conveniencia de no privar al deudor del uso de bienes que pueden servirle para pagar, y el riesgo que genera la falta de publicidad de las cargas. Roma no resolvió todos estos problemas de manera definitiva, pero sí formuló sus líneas esenciales y ofreció las primeras respuestas técnicas para afrontarlos. Por eso, la prenda y la hipoteca modernas no pueden entenderse bien si se prescinde de su base romanística.

También se ha visto que la *hypotheca* romana fue un avance decisivo porque permitió proteger el crédito sin despojar al deudor de la posesión del bien. Esa solución tenía una ventaja económica evidente, ya que el bien podía seguir produciendo utilidad mientras la deuda continuaba vigente. Sin embargo, esa misma flexibilidad trajo consigo nuevos problemas, especialmente en materia de pluralidad de hipotecas y rango entre acreedores. A ello se añadió la falta de un sistema de publicidad formal, que favorecía la clandestinidad de las cargas y reducía la seguridad del tráfico jurídico. Una garantía eficaz no depende solo de que el acreedor tenga un derecho fuerte, sino también de que exista claridad sobre el bien gravado, sobre el alcance de la garantía y sobre la posición de cada acreedor frente a los demás.

Precisamente por eso, la regulación actual española puede entenderse como una continuación y, al mismo tiempo, como una corrección de la experiencia romana. La continuidad se aprecia en que la prenda y la hipoteca siguen siendo garantías accesorias, pensadas para reforzar el crédito mediante la afección de bienes concretos. La transformación se ve en los instrumentos con los que hoy se intenta resolver mejor los problemas antiguos, sobre todo la publicidad registral, la ordenación más precisa del

rango hipotecario y la posibilidad de constituir garantías sobre ciertos bienes muebles sin desplazamiento posesorio. De esta forma, el Derecho actual mantiene la lógica básica que Roma ya había formulado, pero la desarrolla con técnicas más seguras y más adecuadas a una economía compleja.

En definitiva, la evolución de las garantías reales en el Derecho romano refleja el paso desde un sistema basado en la responsabilidad personal hacia otro centrado en el patrimonio del deudor. Figuras como el *pignus* y la *hypotheca* no solo respondieron a las necesidades de su tiempo, sino que sentaron las bases de las modernas instituciones de garantía, cuya lógica sigue vigente en los ordenamientos jurídicos actuales.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS DOCTRINALES.

Álvarez, M. B., *Los derechos reales de garantía en el Derecho romano y su recepción en el Código Civil argentino*, Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo (tomo V), Buenos Aires, 1999.

Betancourt, F., *Derecho romano clásico* Vol. 33 de Manuales Universitarios, Sevilla, 2007.

Bueno Delgado, J. A., “Precedentes romanos del derecho de retención de la prenda”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, Alcalá de Henares (2013).

Carvajal Ramírez, P. I., “Receptum argentarii (I). Nota sobre las garantías bancarias abstractas en el Derecho Romano y Justiniano” (2005).

Di Pietro, A., *Manual de derecho romano*, Depalma, Buenos Aires (1999).

Díaz-Bautista Cremades, A. A., “El embargo ejecutivo en el proceso cognitorio romano (*pignus in causa iudicati captum*)”, Murcia (2013).

Díaz-Bautista Cremades, A., *Origen y evolución de las garantías reales en Roma*, Centro de Estudios del Próximo Oriente y la Antigüedad Tardía (CEPOAT), Universidad de Murcia, Murcia, 2014.

Fernández de Buján, A., *Derecho Privado Romano*, Iustel, 8ª edición, Madrid, 2015.

Fernández de Buján y Fernández, A., *Derecho Romano*, Editorial Aranzadi, S.A.U., Aranzadi, Cizur Menor, núm. 1, Madrid, 2017.

Finley, M. I., *La Grecia Antigua: Economía y Sociedad*, Crítica, Barcelona, 1984.

Floría Hidalgo, M.^a D., “De la *fideiussio* romano-justiniana a la fianza”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 19 (2002).

Fuenteseca, M., “El negocio fiduciario en Roma”, *Marcial Pons*, Madrid (2016).

Hanisch Espíndola, H., “El patrimonio en Derecho Romano”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 4, núm. 1-6, Chile (1977).

Hernández Cabrera, L., *La intercessio en el Derecho Romano*, Amicus Curiae, vol. 1, núm. 4, Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, 3ra época, México, 2015.

Jiménez Bolaños, M. S., “La obligación civil romana y las garantías del derecho de crédito”, *Revista Judicial*, Costa Rica, N° 109 (2013).

Kaser, M.; Knütel, R.; Lohsse, S., *Derecho privado romano*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.

Madriñán Vázquez, M., “Información precontractual y transparencia en la Ley de contratos de crédito inmobiliario”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2.231, Madrid (2020).

Marlasca Martínez, O., “La fianza. Antecedentes históricos y derecho actual”, *Revista General de Derecho Romano* 20, Bilbao (2013).

Murga Fernández, J. P., “Antecedentes históricos de la venta en pública subasta: en Roma y en el derecho histórico español”, *Anales de Derecho*, núm. 33, Sevilla (2015).

Ordelin Font, J. L., “El *mandatum pecuniae credendae* como garantía personal: consideraciones para su redención”, BJV, *Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM* (2016).

Panero Gutiérrez, R., *Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Pérez Álvarez, M., “La posición del deudor en la historia de la responsabilidad personal o patrimonial”, *Revista General de Derecho Romano*, núm. 16 (2011).

Rascón, C., *Sobre las garantías reales*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, León, 2013.

Robles Velasco, L. M., *La pluralidad hipotecaria en Roma: la aparición de la segunda hipoteca*, Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo, Buenos Aires, 1999.

Rodríguez Ennes, L., “En torno al Derecho Romano de obligaciones”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5 (2001).

Rodríguez Ennes, L., “La *obligatio* y sus fuentes”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 2 (2009).

Rodríguez González, A. M., “La accesoriedad de las garantías en el derecho romano. ¿Son las actuales garantías independientes figuras de nuevo cuño?”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Chile (2018).

Sánchez Collado, M. E., “Aproximación a la legislación protectora del deudor hipotecario”, *Estudios de Deusto*, vol. 64, núm. 2, Bilbao (2016).

Torga Hernández, N.; Sánchez Guevara, S.; Pereda Mirabal, A. M., “De Roma a la actualidad, sistematización doctrinal y normativa de las garantías reales”, *Revista Aequitas*, vol. 4, Cuba (2014).

ANEXO LEGISLATIVO, JURISPRUDENCIAL Y OTRAS FUENTES

LEGISLACIÓN

Art. 109 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión.

Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión.