

Las formas de garantía real en Roma

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES.—2. LAS GARANTÍAS PERSONALES: 2.1. SU EVOLUCIÓN HACIA LAS GARANTÍAS REALES.—3. FORMAS DE GARANTÍA REAL.—4. LA FIDUCIA *CUM CREDITORE CONTRACTA*: 4.1. LA *USURECEPTIO*. 4.2. EFICACIA.—5. LA PRENDA MANUAL O PRENDA POSESORIA: 5.1. PACTOS MÁS USUALES.—6. EL *PIGNUS CONVENTUM* O *HYPOTHECA*: 6.1. ORIGEN: LOS *MANCEPS* Y LOS *REDEMPTORES*. LOS *INVECTA ET ILLATA*. 6.2. CLASES DE HIPOTECAS; LAS HIPOTECAS PRIVILEGIADAS. 6.3. EL *IUS OFFERENDI*. 6.4. TUTELA DEL DERECHO DE HIPOTECA.—7. CONCLUSIÓN.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La idea de crédito es inseparable de la de contrato u obligación. Resulta difícil imaginar un estado social y económico tan rudimentario en que las dos prestaciones derivadas del contrato, equivalentes la una de la otra, se realicen simultáneamente. Las palabras mismas de acreedor y deudor evidencian la existencia de un crédito hecho por una a la otra, sin olvidar que ambas partes juegan simultáneamente el papel de acreedor y de deudor. El que realiza su prestación lo hace porque tiene confianza en la capacidad y en la solvencia de la otra parte. Cuando falta esa confianza se acude a las garantías. Cabe exigir una garantía personal haciendo intervenir a un tercero para responder de la solvencia del deudor y obligándole a pagar en su defecto o una garantía real cuando el deudor o un tercero afectan a la liberación de la deuda, una cosa, sobre cuyo precio el acreedor está seguro de ser pagado frente a todos.

La seguridad real que garantiza al acreedor contra el riesgo de insolvencia del deudor, destruye en cierta medida la noción de crédito. Quien dice crédito dice confianza; confianza mezclada con cierta dosis de incertidumbre. En la garantía real, por el contrario, hay desconfianza

de una parte y de otra seguridad absoluta para el acreedor de ser pagado con la cosa dada en garantía.

Sorprende pensar que la hipoteca, la forma más refinada de garantía patrimonial conocida, fuera un instrumento jurídico utilizado en Grecia y sólo lo fuera tardíamente en Roma, resultando difícil de explicar por qué los romanos, que elaboraron un sistema de Derecho tan perfecto, asombro de propios y extraños, no la utilizaran más que tardíamente, mientras que los griegos, que no destacaron en el mundo por sus creaciones jurídicas, la utilizaran desde los primeros momentos de su historia.

El Derecho griego no fue desconocido por los juristas de Roma, pero ello no quiere decir que siguieran miméticamente sus instituciones, antes al contrario, el Derecho romano fue un Derecho nacional que en original síntesis de normas, reglas e instituciones y presidido por la idea una y suprema de «lo jurídico», como dice IGLESIAS (1), supo adaptarse a las necesidades de la sociedad a la que se aplicó.

Grecia se encontraba en la ruta de los grandes tráficos comerciales de aquellos momentos, debiendo constituir su geografía el terreno idóneo para el desenvolvimiento de esta institución. La nobleza helena, con residencia en Atenas, controlaba el comercio marítimo y concentraba en sus manos un poderío económico fantástico. Se dice por los estudiosos que los campos del Ática estaban llenos de cipos o lápidas hipotecarias que publicaban el nombre de los acreedores y la cuantía de sus créditos. Los terrenos libres de lápidas habían pasado a ser propiedad de los acreedores.

Sería interesante conocer la diversa estructura de ambas sociedades, griega y romana, para encontrar las causas de tan diferente desarrollo, pero me temo que este estudio no sería fácil de hacer y acaso no nos llevara muy lejos. No obstante, conviene recordar que la sociedad helena estaba estructurada políticamente en torno a las ciudades-Estado, cuyos ideales había sido incapaz de superar, mientras Roma conoció un sistema político de Estado fuertemente centralizado, representativo en todo momento de orden, claridad, unidad, disciplina y autoridad. Como ha señalado IHERING (2), la importancia y misión de Roma en la historia se resume en que representó el triunfo de la idea de universalidad sobre el principio de las nacionalidades.

Por otro lado, las instituciones jurídicas no viven aisladas sino dentro de un sistema en el que conviven, estructurado éste alrededor de unos

(1) IGLESIAS, J.: *Roma. Claves históricas*, Univ. Complutense de Madrid, 1985, página 43.

(2) VON IHERING, R.: *El espíritu del Derecho romano*, Revista de Occidente Argentino, Buenos Aires, 1947.

principios básicos por lo que estudiar por separado una institución y tratar de especular sobre su desarrollo, no aclara gran cosa.

A pesar de todo, pensamos que es útil y conveniente repasar la historia de las formas de garantía en Roma para destacar los puntos históricos culminantes de su evolución, rindiendo de esta manera un modesto tributo de admiración al pueblo romano que supo articular un ordenamiento jurídico tan armónico que ha permitido a las sociedades modernas inspiradas en su Derecho el desarrollo tan asombroso alcanzado. En el fondo y en la forma —dice IHERING—, todas las legislaciones modernas se basan en el Derecho romano que ha llegado a ser para el mundo moderno como el cristianismo, como la literatura y las artes griegas y romanas, un elemento de civilización cuya influencia no se limita a las instituciones que le hemos pedido, sino que nuestro pensamiento jurídico, nuestro método y nuestra forma de intuición son romanos, si es que se puede llamar romana a una cosa y verdad universal que los romanos han tenido el mérito de desarrollar hasta su último grado de perfección.

En este recorrido que iniciamos, forzosamente tenemos que ir de la mano de los romanistas que con su habitual celo y erudición han cultivado su parcela jurídica, reconociendo de antemano, con DE CASTRO (3), lo escaso y poco explícito de los textos utilizables que han impedido aclarar por completo muchos puntos de estas figuras jurídicas.

2. LAS GARANTIAS PERSONALES

El romanista francés ALFRED JOURDAN (4), Profesor de la Facultad de Derecho de Aix, nos ha dejado un testimonio muy lucido de lo que ocurrió en los primeros tiempos de Roma. Cuenta este ilustre profesor que el jurista SEXTO POMPONIO decía «plus est cautionis in re quam in persona». Un siglo antes MARCIAL dirigía amargos reproches a su amigo THELESINUS, que se negaba a prestarle dinero si no era con la garantía de una buena hipoteca. Pero los antiguos romanos veían la cosa de otro modo. Para ellos la garantía personal de una o de varias personas era preferible a la garantía real. CATÓN nos ha dejado toda una serie de formularios de contratos en los cuales los arrendatarios daban al propietario una hipoteca hasta haber encontrado fiador. La garantía real tenía el carácter de provisional hasta que se encontraba una garantía

(3) DE CASTRO: *El negocio jurídico*, INEJ, 1971, págs. 380 y sigs.

(4) *L'hypothèque*, París, Marescq Ainé, Libraire, 1876.

personal. ¿Cómo explicar esta preferencia? Hay en la intervención de los fiadores algo más que una seguridad material, que una garantía de la solvencia del deudor; hay un testimonio de honradez y de moralidad.

¿Quiénes eran los fiadores? No eran los primeros venidos, sino los amigos y los familiares más próximos. Había una preocupación en las antiguas leyes romanas para asegurar la existencia de varios fiadores en cada obligación.

En los primeros tiempos, en Roma, antes de que los conquistadores hubieran hecho llegar riquezas exteriores, el pueblo romano era un pueblo de pastores y de artesanos. Había un puñado de familia ricas, cuya relativa opulencia tenía su origen en la explotación de tierras de dominio público. ¿A quién podían prestar dinero los ricos en una sociedad así? ¿Al labrador arruinado por la guerra o al artesano empobrecido por la falta de clientes? El crédito trataba, simplemente, de impedir que la pobre gente se muriera de hambre. Se trataba, pues, de préstamos de consumo. Puede que existiera cierta competencia entre los prestamistas, pero no entre los prestatarios.

En esta situación los prestamistas no reclamaban más que seguridades personales, sea porque entendieran que en cierta medida prestaban un servicio o sea porque no buscaban más que su propio interés. ¿De qué servía al capitalista una hipoteca sobre un pobre utillaje artesanal o sobre un campo saqueado por la guerra que costaba mucho poner en producción mientras existían a su disposición grandes extensiones de terreno de dominio público? La tierra abundaba en aquellos momentos; lo que escaseaba eran el capital y los útiles de trabajo.

La fianza garantizaba a los acreedores que los *sponsors* interesados en el pago de la deuda ejercerían sobre el deudor una especial vigilancia, facilitada por sus relaciones de parentesco o de amistad. Podía ocurrir que el deudor no triunfara en la actividad emprendida, pero su insolvencia no sería nunca consecuencia del fraude. Los fiadores podían en todo caso abandonar el deudor al acreedor que tenía derecho de mostrarse con él de forma inmisericorde, o bien, si habían pagado ellos mismos, podrían ejercitar contra el deudor la *actio depensi* que les concedía la Ley Publicia.

No sólo la fianza era la forma preferida de garantía, sino que, además, se había generalizado de tal modo que no se concluía ningún contrato sin *sponsors*. No se acudía a ninguna cita para un asunto cualquiera sin llevar testigos y fiadores. Resultaba más elegante en Roma cerrar un trato con *sponsors* que con dinero en mano (5).

(5) Según datos del *Boletín Estadístico del Banco de España*, capítulo II, cuadro 13; capítulo III, cuadro 13, y capítulo VI, cuadro 8, los créditos al sector

El Derecho romano, tan riguroso con los deudores, se mostró benévolo con los fiadores, y concedió, a los que habían sido perseguidos por el todo, el poderse dirigir contra los cofiadores. Más tarde estableció la división de pleno derecho, de forma que la insolvencia de alguno corriera a cargo del acreedor. El heredero del *sponsor* quedaba liberado a los dos años y se impusieron penas a los acreedores que exigían a los *sponsors* más dinero del debido.

¿Por qué razón existía este trato? Tal vez fuera porque los acreedores se fueran poco a poco alejando de las garantías personales y empezaran a exigir garantías reales.

En Roma, en el período clásico, como hemos visto, la forma principal de crédito era el crédito personal puro, con fiadores y no el crédito real. La *fides* romana, el afán de exactitud, la honradez y la seriedad en los negocios fueron los pilares en que se apoyaba esta forma de crédito

privado concedidos por la Banca privada, las Cajas de Ahorro y el crédito oficial ascendieron, en miles de millones de pesetas y referidos a saldos vivos, a las siguientes magnitudes:

	<i>Crédito al sector privado</i>	<i>De él con garantía real</i>
<i>Banca privada:</i>		
A 31 de diciembre de 1985	6.329,6	394,9
A 31 de diciembre de 1986	6.905,5	531,5
A 31 de diciembre de 1987	7.991,9	778,1
<i>Cajas de Ahorro:</i>		
A 31 de diciembre de 1985	3.281,0	1.809,0
A 31 de diciembre de 1986	3.885,3	2.095,6
A 31 de diciembre de 1987	4.930,8	2.572,7
<i>Crédito oficial:</i>		
A 31 de diciembre de 1985	1.921,3	—
A 31 de diciembre de 1986	2.093,4	—
A 31 de diciembre de 1987	2.295,2	—

Los créditos con garantía personal pueden obtenerse por diferencia entre el total y los créditos con garantía real. En el caso del crédito oficial no se publican por el Banco de España estos datos. En otras palabras, el crédito real de la Banca privada crece en un porcentaje del 6,22 por 100 en 1985, el 7,69 por 100 en 1986 y el 9,73 por 100 en 1987. En las Cajas de Ahorro este porcentaje, que es mucho mayor, va disminuyendo y ha pasado del 55,13 por 100 en 1985, al 53,92 por 100 en 1986 y el 52,17 por 100 en 1987. Redondeando podemos decir que el dinero con garantía real dado por la Banca privada y las Cajas de Ahorro ronda el 10 por 100 y el 50 por 100, respectivamente, del total concedido.

Según datos del *Anuario de la Dirección General de los Registros de España*, se autorizaron en 1986, 179.031 escrituras de préstamo y reconocimiento de deuda simples, pignorativas o hipotecarias.

dito. En esta época estaba todavía vigente la ejecución en la persona del deudor, seguridad que era suficiente a los acreedores, a diferencia de lo que ocurre en los tiempos modernos. Cuando el pretor exigía una garantía, esta exigencia no suponía que hubiese de constituirse una garantía real. La *cautio* era una promesa hecha mediante *sponsio* (6), con fiadores, y la garantía real no era considerada sustitutivo bastante de la fianza. Por otro lado, los capitalistas que deseaban invertir su dinero preferían comprar tierras a prestar con hipoteca a sus propietarios. SCHULTZ (7) nos habla de PLINIO EL JOVEN, típico capitalista de la época de TRAJANO, que tenía un gran patrimonio, constituido en su mayor parte por tierras cultivadas por colonos y en menor cantidad por dinero colocado a interés en créditos personales. El dinero no se situaba en empresas industriales o comerciales, que no existían, sino en la adquisición de tierras y en créditos personales.

3. FORMAS DE GARANTIA REAL

El crédito real se desarrolló, lenta e imperfectamente en la vida económica romana, y la historia del Derecho romano referente a la garantía real ofrece estas mismas características de deficiencia y lentitud. Se preguntaba SCHULTZ si la vida económica había dificultado el desenvolvimiento del Derecho o si había sido al revés, es decir, el escaso desenvolvimiento del Derecho había perjudicado el crecimiento del crédito real, contestando que tal vez el Derecho y la Economía se habían influenciado recíprocamente. Lo cierto es que el Derecho republicano de garantías reales es pobre y solamente es utilizado por gentes acostumbradas a operar con créditos personales. El Derecho clásico conoció, pues, una propiedad libre, exenta de gravámenes, idea entrañable a las mentes romanas, que necesariamente llevó a la ruina a muchos pequeños propietarios que se vieron obligados a vender sus fincas, contribuyendo así a la formación de latifundios.

El Derecho romano antiguo desconoció el instituto prendario. La necesidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones se satisfizo primero con la *fiducia cum creditore*, o sea, con la transmisión de la propiedad de la cosa al acreedor en funciones de garantía. Más tarde surgió una nueva forma de garantía real, el *pignus* que se presentó

(6) La *sponsio* era una forma de *stipulatio* con fines de garantía, y el término *sponsor* sólo se empleaba para designar al fiador. En un principio fue una modalidad del juramento similar al *votum*, sin más sanción que la sacral y que servía también para promesas de tipo internacional. D'ORS, A.: *Derecho privado romano*. EUN, 1968, pág. 397.

(7) SCHULTZ, F.: *Derecho romano clásico*. Bosch, 1960.

como modificación de la fiducia. En vez de transmitir la propiedad se transmitía la posesión de la cosa dada en garantía. En un tercer momento y para salvar los inconvenientes que para el deudor suponía verse privado de la posesión de la cosa, surgió la prenda convencional, en la que la cosa dada en garantía quedaba afecta a la seguridad de cumplimiento de la obligación sin necesidad de entrega posesoria alguna. Veamos por separado cada una de estas figuras.

4. LA FIDUCIA «CUM CREDITORE»

La idea de garantía patrimonial de las obligaciones se abrió paso en Roma, como decimos, con dificultad. La sujeción de la persona del deudor a la potestad del acreedor era lo suficientemente enérgica como para asegurar el cumplimiento de las obligaciones. Esta sujeción o *addictio* del deudor al acreedor se resolvía con la venta del mismo al otro lado del Tíber o con el descuartizamiento de su cuerpo en la forma ejecutiva concursal conocida. La garantía patrimonial debió venir actuada por un negocio jurídico indirecto, la «*fiducia cum creditore*», del Derecho civil. La *mancipatio* y la *in iure cessio fiduciae causa*, como procedimientos formales en la fiducia, producían la transmisión de la titularidad dominical que pasaba del deudor al acreedor de forma plena y definitiva, resultando protegido, desde ese momento, por *actiones in rem* (*reivindicatio* y *negatoria*). Antes de que el mancipante dispusiese de una *actio* directa contra el *accipiens* que usara de la posición jurídica conferida más allá de la finalidad propuesta, existía un medio de limitar su abuso: la *fides*, fenómeno ético-religioso, cuya raíz estaba en la confianza que el fiduciante depositaba en la palabra empeñada por el adquirente de obrar conforme al fin propuesto. A la *mancipatio* se agregaba el *pactum fiduciae*, que era un vínculo obligatorio para el acreedor, que le constreñía a hacer la *remancipatio* en cuanto pagase el deudor. Si no restituía la cosa a quien la había dado en fiducia, por regla general, el deudor, éste podía demandar al acreedor con una acción especial, llamada *actio fiduciae*.

4.1. LA «USURECEPTIO»

Como correctivo de tanto rigor formal surgió la *usureceptio*, que permitía al deudor recuperar la cosa (independientemente de la retrocesión o de la *remancipatio* y de que no estuviese extinguida la deuda) con la posesión de un año, pues en tal caso se consideraba que faltaba una justa causa para la usucapión. Si el deudor recuperaba la posesión

de la cosa dada en fiducia, bien porque el acreedor no la exigía al tiempo de celebrar la *mancipatio*, o bien porque habiéndola tenido la perdía a favor del deudor, éste, al cabo de un año, devenía propietario en virtud de una *usucapio* especial o privilegiada llamada *usureceptio*. Si el deudor detentaba la cosa como arrendatario o precarista, la *usureceptio* no comenzaba hasta no haber pagado la deuda. Si se apoderaba de la cosa dada en prenda al acreedor, cometía un robo, ya que este último había puesto en la detención material toda su seguridad, mientras que en la fiducia no se producía tal situación al tener la posesión una importancia secundaria, siendo lo principal la adquisición de la propiedad. El plazo de un año era común para los bienes muebles como para los inmuebles.

4.2. EFICACIA

Si el deudor no cumplía la obligación, no se producía el decomiso de forma automática y continuaba el acreedor siendo un mero depositario, con obligación de conservar la cosa a disposición del deudor. El formalismo de la *mancipatio* y de la *in iure cessio* producían inevitablemente esta consecuencia. El decomiso se producía por virtud de una cláusula especial del *pactum fiduciae*, llamada *lex commissoria* (*lex*: convenio, contrato; *committitur* fiducia: la fiducia es decomisada). En virtud de esta cláusula, el acreedor se convertía en dueño de la cosa, aunque el valor de la misma excediese del montante de la deuda asegurada, de modo que se producía un enriquecimiento injusto en cuanto a dicho exceso o sobrante (*hyperocha*), toda vez que el acreedor adquiría la propiedad de la cosa en función de pago.

La fiducia, como ya se ha dicho, sólo podía efectuarse por *mancipatio* o por *in iure cessio*; la *mancipatio* (no la *in iure cessio*) sólo podía aplicarse a la *res Mancipi*. El deudor podía transmitir el dominio de una *res nec Mancipi* por *traditio fiduciae causa*. Pero la *actio fiduciae* se aplicaba sólo a la *mancipatio* y a la *in iure cessio* y es por esto por lo que no encontramos una *traditio fiduciae causa*. Si el deudor había transferido el dominio por *traditio* al acreedor, éste solía prometer por estipulación restituir el objeto al deudor cuando fuera pagada la deuda. La *actio ex stipulatu* sustituía a la *actio fiduciae*, aunque no era tan eficaz como esta última, que llevaba aparejada la infamia.

La desproporción entre el fin perseguido y el medio utilizado, propio, por lo demás, de todos los negocios fiduciarios, es revelador de una economía escasamente influenciada del recurso al crédito. La fiducia ofrecía graves inconvenientes para el deudor al tiempo que otorgaba al acreedor ventajas exageradas. Así, el acreedor, al convertirse en pro-

pietario de la cosa, podía disponer de ella pasando la propiedad al tercero, aunque éste conociese el carácter fiduciario de la titularidad del transmitente.

El fiduciario era propietario y transmitía la propiedad. Además, el deudor quedaba privado del uso y disfrute de su cosa. Para paliar este inconveniente era usual que el deudor retuviese la posesión a título de arrendatario, precarista, depositario o comodatario (*constitum possessorium*). Pero en el caso del precario, al ser éste revocable, el deudor carecía de recursos para retener la cosa. Con ello conseguía conservar la cosa, pero no se libraba de los otros inconvenientes. El mal de todo ello radicaba en haber transmitido la propiedad al acreedor, que le servía para proteger la cosa de embargos de otros acreedores y de la constitución en su perjuicio, de nuevos derechos reales. Tenía a su alcance un derecho de persecución y de preferencia sancionados por la más enérgica de las acciones reales, la acción reivindicatoria. El deudor era el que resultaba perjudicado. Al transmitir la cosa, de un valor, acaso, superior a la deuda, agotaba de un golpe toda su capacidad de garantía.

Además, la fiducia daba lugar a otros inconvenientes. Como era un acto del *ius civile*, efectuado por la *mancipatio* o la *in iure cessio*, no era adaptable a la *traditio* (modo natural) y sólo podía ser utilizada por los ciudadanos romanos con *commercium* y con capacidad procesal.

La doctrina reconoce que la fiducia había venido practicándose durante todo el período clásico, aunque no pueda decirse si existió en la época de las XII Tablas; fue desapareciendo a medida que se fueron abandonando las formas primitivas de la *mancipatio* y la *iure cessio* y fue sustituida por las formas más modernas de la prenda y la hipoteca, las cuales, sin la injustificada dureza que para el deudor significaba la fiducia, garantizaban cumplidamente al acreedor. Esta tendencia se completó con la prohibición de la *lex commissoria*.

Este proceso favorable al deudor se gestó, según apunta DE CASTRO (8), gracias a la obra de los magistrados. Si originariamente la fiducia se separaba en dos negocios distintos, después esta separación se fue diluyendo hasta convertirse en un simple formalismo. Así se fue reduciendo la importancia de la *mancipatio* y de la *in iure cessio* hasta convertirse en actos formales del cumplimiento del *pactum fiduciae*, que, por otro lado, aumentó su importancia.

Además, insinuó este profesor, resultaba dudoso que el fiduciario adquiriera el dominio pleno y definitivo de la cosa, ya que los textos romanos contienen datos difícilmente conciliables. No sólo los frutos no se consideraban sin más propios del fiduciario, sino que además el

(8) DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 391.

acreedor no podía vender los objetos confiados, si no se le autorizaba expresamente para ello. El fiduciario adquiría una propiedad limitada, un derecho menor al de dominio, atenuándose la afección real de la *mancipatio* y abriéndose camino la idea de que el fiduciario tenía una propiedad limitada por el fin, atribuyéndose al fiduciante ciertos poderes propios del contenido de la propiedad, como el *ius vendendi*.

La fiducia, que estaba muy en consonancia con la aversión sentida por los romanos a los *iure in re aliena*, estaba unida, en Roma, según DE CASTRO, a la valoración dada a la *fides*, a la condena social que suponía su ruptura y al estigma penal de la infamia. Quien recibía en fiducia *fidem praestare debet* y su infidelidad llevaba consigo la condena por ignominia con sus gravísimas consecuencias.

Podemos afirmar, finalmente, con JORDANO BAREA (9), que la fiducia vino a suplir las deficiencias de un ordenamiento rígido, formalista e incompleto, que atendía toscamente, a través de una transmisión de propiedad, las mismas necesidades que luego satisficieron la prenda, la hipoteca, el mandato, el depósito y el comodato (negocio *fiduciae causa* originario, fiducia necesaria). Pero, con el nacimiento de nuevas categorías jurídicas, la fiducia se alejó de su primitiva función supletoria para vivir a impulsos de la inercia jurídica: los romanos continuaron utilizando el negocio fiducia causa para alcanzar otras finalidades específicas que exigían el traspaso de la propiedad y que no podían alcanzarse a través de los esquemas negociales típicos (negocio *fiduciae causa* residual, fiducia voluntaria). En la dogmática moderna, continúa diciendo este profesor, la tradicional y tantas veces repetida identificación del *scopum fiduciae* con el mandato de un lado (fiducia *cum amico*) y con la prenda de otro (fiducia *cum creditore*) deriva de no haber reparado suficientemente en esa distinción de las dos etapas de la fiducia, atendiendo más bien al período originario y dejándose llevar por él, pero sin las interpolaciones constatadas. De este modo se explica que erróneamente se haya fijado como característica del negocio fiduciario la desproporción entre el medio jurídico empleado y el fin perseguido diciendo que se emplea la transmisión de propiedad para un fin de garantía o de gestión que no la requiere. Por el contrario, la distinción entre la llamada fiducia necesaria y la voluntaria, pone de relieve que esta última es la que tiene verdadero interés para el Derecho moderno, en el que la fiducia se practica al margen y coexistiendo con los negocios típicos de garantía y de gestión, constituyendo el soporte que ha permitido construir a los pandectistas alemanes el maravilloso y a veces impenetrable mundo de los negocios fiduciarios.

(9) JORDANO BAREA, I. B.: *Origen y vicisitud de la fiducia romana*, Coimbra Ed. Lda., 1948, págs. 38 y sigs.

5. LA PRENDA MANUAL O PRENDA POSESORIA

Otra forma de garantía real, desconocida en el Derecho romano antiguo, era la denominada *pignus possessorio* o *prenda manual* o *posesoria*. La etimología de esta palabra es oscura y discutida, pero posiblemente no puede significar otra cosa que «garantía». El término se creó para designar las cosas aprehendidas por un magistrado en ejecución de sus propias órdenes (*pignoris capio*); las cosas aprehendidas por efecto de la antigua *legis actio per pignoris capionem* y aquellas otras incautadas por los publicanos (*pignoris capio*). En el Derecho clásico, el término *pignus* comprendía dos formas diferentes de garantía real: la prenda y la hipoteca. La prenda era ya conocida en los viejos tiempos republicanos y es probablemente más antigua que la fiducia; la *hypotheca* se desarrolló lenta y gradualmente a partir de los últimos tiempos de la República. Ambas formas fueron creación del Derecho pretorio.

La prenda manual o posesoria era una forma de garantía real creada por un negocio no formal que confería al acreedor la mera posesión de la cosa (no el dominio), con lo que desapareció para el deudor el peligro enajenatorio de la fiducia. El acreedor no estaba protegido por la acción reivindicatoria, acción real, que podía ejercitarse en todo momento y contra cualquier persona, sino que como simple poseedor sólo disponía de los interdictos posesorios, más frágiles y limitados y que tenían que ejercitarse dentro de ciertos plazos y contra ciertas personas. La *actio in rem (actio quasi serviana)* le fue concedida sólo más tarde, probablemente por el edicto de ADRIANO. Por eso sólo después del siglo II d. C. el derecho de prenda pudo caracterizarse como un *ius in rem alienam «iure pretorio»*. El convenio por cuya virtud se constituía una prenda implicaba uno de los contratos llamados «reales», de los cuales derivaban *actiones in personam*.

El objeto entregado en garantía y la misma garantía se llaman *pignus*; quien la constituía, ya fuera el mismo deudor ya una tercera persona, pignorante y quien la recibía, acreedor pignoraticio. El acreedor tenía la posesión pretoria y el pignorante cometía un *furtum possessionis* si sustraía la prenda. El pignorante, por un lado, retenía la posesión civil que le permitía consumir la usucapión, en tanto otra persona no tomaba posesión de la cosa. Pero el acreedor pignoraticio adquiría también un derecho de garantía similar a un derecho real. Lo que se daba en la *detio pignoris* era precisamente la garantía y no la cosa misma en propiedad: en este sentido puede hablarse de un «préstamo de garantía».

Como la prenda debía ser restituida, sólo podían pignorar las

cosas específicas, aunque cuando se pignoraba un patrimonio entero la prenda se extendía también a los géneros en él contenidos. Podían pignorarse no sólo los inmuebles, sino también los muebles; respecto a éstos, el acreedor pignoraticio respondía por custodia como el comodatario. Por toda clase de impensas el acreedor disponía de la *actio negotiorum gestorum*, y a causa de los perjuicios causados por el pignorante de la *actio dolo*, y en caso de haberse pignorado dolosamente una cosa ajena, o ya pignorada, del crimen *stellionatus*.

Como modo de garantía, la prenda presuponía la existencia de una deuda que se garantizaba, la cual podía ser incluso natural o similar. En tanto la deuda no se cumplía o extinguía de otro modo, el acreedor pignoraticio podía oponer una *exceptio* a la acción del pignorante; tan pronto la obligación se extinguía, la retención posesoria perdía su causa y procedía la acción de repetición.

La prenda era indivisible, en el sentido de que la extinción parcial de la deuda no producía la extinción parcial del derecho de prenda. En un rescripto del Emperador Gordiano III se facultaba al acreedor posesorio para retener la prenda cuando, a pesar de haberse extinguido la obligación garantizada, el mismo deudor seguía debiendo algo al acreedor. Aunque se hablara de prenda (*pignus gordianum*), esta prórroga posesoria era una simple retención, de modo que el acreedor en ningún caso podía satisfacerse con la cosa retenida de créditos no garantizados por aquélla.

El derecho del acreedor posesorio se extinguía por la total extinción de su crédito (o la venta de la prenda para satisfacer al acreedor); también por la desaparición de la cosa pignorada. La restitución voluntaria de la posesión al pignorante también extinguía la garantía. Por último, como no podía existir un *pignus* sobre cosa propia, la confusión de titularidades entre el propietario pignorante y el acreedor posesorio producía la extinción del derecho del mismo modo como ocurría con los otros derechos reales sobre cosa ajena y con las mismas deudas que la prenda garantizaba.

5.1. PACTOS MÁS USUALES

La garantía que ofrecía el *pignus* era sólo, en principio, de carácter coactivo: el acreedor, al retener la posesión de la cosa, privaba de la misma al pignorante y le forzaba así a cumplir o hacer cumplir la obligación para recuperar la posesión de la cosa de la que se veía privado. Pero el pignorante podía autorizar al acreedor para aprovecharse de la

prenda que éste retenía. Según ALVARO D'ORS (10), estos pactos eran los siguientes:

- a) Corrientemente le autorizaba a vender la prenda, cobrarse con el precio y restituir tan sólo la cantidad sobrante (*superfluum*) mediante este pacto de *vendendo*, el acreedor a quien no se le pagaba en el día debido, podía proceder a la venta y satisfacer su crédito, y el pignorante conservaba la acción pignoraticia para reclamar el sobrante del precio obtenido. Este *ius vendendi* se hizo tan frecuente que la jurisprudencia de finales del II d. C. llegó a considerarlo como elemento natural de la prenda que no hacía falta pactar expresamente.

Una sola vez probablemente en un glosema se llama a este sobrante *hyperocha*; la difusión de este término griego en la romanística moderna es del todo caprichosa.

Aunque el acreedor vendía sin ser propietario, podía hacerlo válidamente por la autorización del pignorante, pero la venta solía hacerse sin asumir la responsabilidad por evicción (venta *iure pignoris*), ya que aquí el vendedor no podía tener seguridad acerca de la propiedad del pignorante; en todo caso el vendedor no podía hacer mancipación ni *in iure cessio* y, en consecuencia, el comprador sólo podía adquirir la propiedad bonitaria, de la *res Mancipi*. Por su parte, el deudor podía vender la misma prenda, pero, para entregarla, debería pagar antes al acreedor o darle otra garantía suficiente.

- b) Podía también pactarse la renuncia del pignorante a reclamar los frutos producidos por la cosa durante el tiempo de su retención (las fuentes aluden a rentas de arrendamientos, el uso y el trabajo de esclavos y animales), a cambio de renunciar el acreedor al cobro de los intereses de la deuda; este era el pacto llamado de *antichersis*. De no pactarse así, el valor de los frutos debía imputarse a los intereses y si excedían de la cuantía de éstos se imputaba a la deuda del capital y si excedía se convertía en superfluo.
- c) Otro pacto posible era aquel por el que se convenía que el pignorante renunciaba a reclamar la devolución de la cosa, que quedaba en propiedad del acreedor como vendida por el valor de la deuda, pero con posibilidad para el pignorante de comprar de nuevo la prenda por aquel mismo precio (*lex commissoria*). En este caso no había verdadera prenda, sino venta en función de garantía y con pacto de recuperación por el pago

(10) D'ORS, A., *op. cit.*, págs. 387 y sigs.

de la deuda (*pactum de retroemendo*). De hecho, esta modalidad servía para encubrir intereses ilegales y por eso el Emperador Constantino prohibió la utilización de *lex commissoria* con este fin.

6. EL «PIGNUS CONVENTUM» O «HYPOTHECA»

Aparece la hipoteca, en Roma, en el último estadio de la evolución de las formas de garantía patrimonial y como una combinación perfeccionada de las dos instituciones anteriores. Su función económica consistía en respetar la relación de producción del propietario con la cosa, reservando el acreedor los beneficios de esta relación a través de la percepción, total o parcial, de los rendimientos, como observa SILVIO GENTILE (11).

Dada la insuficiencia de la garantía genérica que tenían los acreedores sobre los bienes presentes y futuros del deudor, se empezó a sentir por aquéllos la necesidad de una garantía específica que les confiriera un derecho de preferencia y un derecho de persecución de la cosa frente a los terceros poseedores. Los romanos se habían mantenido fieles a la noción de obligación como vínculo jurídico o lazo personal que no otorgaba al acreedor ninguna potestad directa o inmediata sobre el patrimonio del deudor, sino sólo el derecho de ejercer sobre su persona cierta violencia física para forzar al cumplimiento de la obligación.

A diferencia de la prenda manual, que comportaba la transmisión de la posesión de la cosa al acreedor, la hipoteca dejaba al deudor tanto la propiedad como la posesión y la misma disponibilidad jurídica del bien, resolviéndose la garantía del acreedor en el derecho de persecución y en el derecho de preferencia. Por otro lado, al no producirse desplazamiento posesorio antes del vencimiento, la hipoteca no agotaba de un golpe el crédito de la cosa. Esta podía ser objeto de nuevas garantías a favor de otros acreedores, cuyos derechos respectivos se escalonaban cronológicamente. Reunía, pues, la hipoteca con ciertas mejoras complementarias, las ventajas de las otras dos formas de seguridad real.

En ambos casos había un acuerdo de voluntades sobre la sujeción

(11) SILVIO GENTILE, F.: *Le ipoteche*, Jandi Sapi Editori, 1961, pág. 6.

de la cosa al pago de la deuda, pero así como al constituirse la hipoteca bastaba la *conventio* aislada, en la prenda era necesario, además, la entrega de la cosa al acreedor, requisito este que se destacaba oscureciendo el acuerdo de voluntades.

Esta diferente manera de constituirse hizo que a la prenda se la denominara prenda manual o posesoria y a la hipoteca prenda convencional o prenda de posesión diferida. Diferencia importante que obligaba a catalogar a la prenda entre los contratos reales y a la hipoteca entre los consensuales.

6.1. ORÍGENES. LOS «MANCEPS» Y LOS «REDEMPTORES».

LAS «INVECTA ET ILLATA»

La teoría del origen griego de la hipoteca, basada principalmente en el vocablo griego *hypotheca*, está abandonada, y hoy la opinión dominante es que el desenvolvimiento de la hipoteca romana es típicamente romano. Se formó, dice P. JÖRS (12), sola en Roma, sin ninguna influencia externa y no como una figura independiente, sino como vástago de la prenda posesoria, lo que explica que en las fuentes no se halle una distinción clara entre una y otra clase de prenda, incluso en las compilaciones justinianeas aparecían a veces comprendidas bajo la denominación común de *pignus*. Los romanos no trataron estas figuras como instituciones radicalmente distintas. Es a partir de la época post-clásica cuando se observa una predilección por el nombre griego, aunque a veces se utilizaba para referirse a ambas clases de prenda. En este mismo sentido, GIRARD (13) dice que las circunstancias históricas en las que nació atestiguan que la hipoteca era sólo un *remaniement du gage*.

Concurrió a la ruptura del esquema tradicional, como precisa SILVIO GENTILE (14), la evolución de una institución del Derecho público. Los *manceps* y los *redemptores*, es decir, los deudores del Estado. Estos deudores estaban obligados a dar garantías personales y reales de sus obligaciones (*praedes et praedia*). Los fiadores, antes de la Ley *Poetelia*, estaban en la misma situación que los deudores y sujetos, por tanto, a la ejecución con su propio cuerpo. Después de dicha Ley, los *praedes* estaban obligados a garantizar las obligaciones con sus bienes. A éstos se llamaba *praedia subsignare, in publicum dare, obligare*. El Estado podía transmitir el crédito con su garantía, cesión que se decía

(12) JÖRS, P., y KUNKEL, W.: *Derecho privado romano*, Labor, 1937, pág. 222.

(13) GIRARD, P. F.: *Manual elementaire du Droit romain*, París, Rousseau, 1929, pág. 815.

(14) SILVIO GENTILE, *op. cit.*

hecha *ex praeditura*. Los *praedia subdita, subsignata, accepta*, dados en garantía a las ciudades, ya solos, ya junto con los de los *praedes*, eran distintos de éstos, que quedaban afectados en bloque a la deuda en virtud del propio compromiso. Eran objeto de una inscripción especial, en virtud de la cual no podían, a diferencia de los bienes de los *praedes*, ser enajenados válidamente más que desde la inscripción y estaban sometidos como ellos al vencimiento de la obligación a la *venditio ex lege praedatoria*, seguida, en defecto de comprador, de la *venditio in vacuum*.

El origen histórico de la hipoteca ha de situarse en la costumbre de los arrendatarios de fincas rústicas de afectar los muebles acarreados y los semovientes introducidos (*invecta et illata*), a la seguridad del pago del canon o renta. Si el arrendatario se hubiera visto obligado a dar en prenda sus aperos de labranza, *instrumentum fundi*, no hubiera podido cultivar sus tierras, con grave quebranto para su situación económica personal. La característica de la hipoteca reside en que no había entrega posesoria alguna, a pesar de que la cosa quedaba afectada al cumplimiento de la obligación y sólo en caso de impago de la obligación el acreedor podía obtener la posesión de la cosa para venderla y cobrar-se con el precio. Si el arrendatario no podía satisfacer la renta era frecuente que el arrendador le diera un plazo para el pago, afectando como contrapartida los aperos de labranza y los demás muebles del arrendatario al pago de su obligación. El uso introdujo un pacto por el cual estos objetos quedaban en garantía del arrendador, pero sin sacarlos del poder del arrendatario. El acreedor sólo tenía un derecho de realización de valor en el caso de impago, cualquiera que fuere su propietario.

6.2. CLASES DE HIPOTECAS. LAS HIPOTECAS PRIVILEGIADAS

La hipoteca sin posesión, constituida por convención simple, se empezó muy pronto a usar en casos distintos del arrendamiento rústico y terminó empleándose para el empeño de toda clase de cosas, incluidos los inmuebles. La hipoteca afectaba, pues, tanto a los muebles como a los inmuebles, aunque era más frecuente sobre estos últimos por razón de su inmovilidad. También podía recaer sobre bienes singulares o sobre patrimonios enteros, incluso sobre los bienes futuros del mismo (hipoteca general y solidaria). No sólo podía constituirse sobre cosas susceptibles de posesión (*res corporales*), sino también sobre derechos en cuyo caso el contenido de la garantía consistía en la satisfacción del crédito garantizado mediante la liquidación pecuniaria del derecho.

La hipoteca nació como convencional, pero con el paso del tiempo aparecieron las hipotecas legales y los privilegios semihipotecarios. Cabía la constitución de la hipoteca por acto de disposición testamentaria, así como por presunción jurídica de la voluntad de constituirla (hipotecas tácitas) e incluso por una directa disposición de la ley (hipotecas legales).

Las hipotecas tácitas, como apuntó D'ORS (15), se desarrollaron tan sólo en la época justiniana, pero hubo precedentes clásicos: en algunos supuestos bastaba la existencia de un simple inventario, unido al contrato de arrendamiento, para que los juristas clásicos admitieran la existencia de una hipoteca tácita.

También las hipotecas legales tuvieron precedentes clásicos en los casos de preferencia ejecutiva sobre determinados bienes. Así, *a*) la que un senado consulto de la época de MARCO AURELIO concedió al que prestó dinero para reparar un edificio (acreedor refaccionario) sobre aquel edificio; *b*) la que tenía el Fisco, desde la época de los Severos, sobre el patrimonio del contribuyente por los impuestos no cobrados; *c*) la del pupilo sobre las cosas compradas por el tutor con dinero pupilar. En la época postclásica y justiniana se admitieron nuevos casos de hipotecas legales.

En los últimos tiempos se caracterizó el Derecho romano por la multiplicidad de hipotecas voluntarias y legales, muchas de carácter general.

Además, fue nota típica la ausencia de publicidad, pues bastaba para constituir las el simple acuerdo en las voluntarias; y en las legales era suficiente que se diera el mero supuesto de hecho al que la ley atribuía la garantía hipotecaria. Requisito de publicidad no se exigía ninguno, de manera que el signo de clandestinidad era el dominante, pues el *pignus* convencional carecía de la ostensibilidad de la prenda posesoria. El Derecho romano se mostró, según ROCA (16), altamente liberal en materia de hipotecas; demasiado, pues en esto principalmente radicaba uno de sus más destacados defectos.

La falta de desplazamiento posesorio permitía la acumulación de garantías por distintas obligaciones, sobre un mismo objeto, incluso sobre un objeto ya pignorado en prenda posesoria. Esta concurrencia de derechos se resolvía dando preferencia al constituido con prioridad temporal, de modo que el acreedor preferente podía agotar la prenda ejercitando su derecho de ulterior rango, con lo que los acreedores quedaban sin garantía.

(15) D'ORS, *op. cit.*, pág. 393.

(16) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 6.ª ed., tomo IV-I, página 127.

En caso de garantía constituida simultáneamente a favor de dos o más acreedores tenía preferencia el poseedor. Prioridad esta que resultaba alterada en favor de las hipotecas que se consideraban «privilegiadas», ya fueran convencionales o legales. El Emperador León dio preferencia a la hipoteca documentada en escritura pública, a la que Justiniano equiparó la constituida en documento privado suscrito por al menos tres testigos.

6.3. EL «IUS OFFERENDI»

En caso de pluralidad de hipotecas se podía dar la subrogación de un acreedor en el rango de otro. Así ocurría cuando un acreedor de rango posterior ofrecía al de rango anterior la cantidad a éste adeudada (el llamado *ius offerendi*). Con ello el acreedor, al que se hacía el ofrecimiento, que no podía rechazar, quedaba desinteresado y el que le pagó ocupaba su lugar de preferencia.

El que se subrogaba podía cobrar también los intereses que pagó al anterior, aunque no pudiera cobrar nuevos intereses. El *ius offerendi* era propiamente el contenido de la hipoteca de rango posterior, la cual quedaba como condicionada a la extinción de la hipoteca preferente.

El acreedor hipotecario posterior podía ejercitar la acción hipotecaria contra cualquier poseedor que no fuera el acreedor preferente. Por lo demás, el que se había subrogado en virtud de este derecho podía, a su vez, ser desplazado por otro acreedor que le ofreciera aquella cantidad que él pagó para mejorar el rango, con lo que su crédito volvía a ocupar el rango que antes tenía. Así, dice D'ORS (17), en el caso de un crédito de Primus por 50, otro de Secundus por 60 y otro de Tertius por 100, todos ellos garantizados por una hipoteca sucesiva sobre una única cosa que valía 150: Si Tertius pagaba 50 a Primus, Tertius se colocaba en el rango de aquél y podía vender la prenda y cobrarse los 50 que pagó por el rango más los 100 que le debían, pero si Secundus se adelantaba a la venta y ofrecía a Tertius los 50 que pagó a Primus, el crédito de 100 volvía a quedar postergado.

Este *ius offerendi et succedendi* podía resultar imperfecto en un régimen sin publicidad registral, aunque había que tener en cuenta que se realizaba en el momento de concurso de acreedores, es decir, cuando se conocían los respectivos créditos con garantía.

(17) D'ORS, A., *op. cit.*, pág. 393.

6.4. TUTELA DEL DERECHO DE HIPOTECA

El acreedor estaba protegido no sólo por los interdictos posesorios, sino que tenía, además, a su alcance una verdadera acción real, análoga a la *rei vindicatio*, una *vindicatio pignoris* perpetua que podía ejercitar contra los terceros detentadores.

Al final de la República, el Pretor Salvio atribuyó a este pacto los mismos efectos que al *pignus depositum* y concedió al arrendador un interdicto denominado *Salvianum* para conseguir la posesión *adipiscendae possessiones* de las cosas que el arrendatario tratara de sacar del fundo que sólo podía ejercitar contra éste y sus herederos, pero no contra terceros. Otro Pretor, llamado Servio, más tarde, reforzó la tutela de este derecho, con un *actio in rem*, que permitía al acreedor reivindicar los aperos sacados del fundo por el arrendatario siempre que se demostrase que los mismos formaban parte de los bienes de éste en el momento de celebrar el contrato. La utilidad de esta acción indujo a Juliano, al codificar el *Edicto* de Adriano, a extender su aplicación, denominándola *actio quasi Serviana* o «*Serviana utilis*», que el *Corpus* tomó denominándola *actio in rem hypothecaria*.

Y es así como el derecho real pretorio de hipoteca se encontró constituido con la concesión de la acción cuasi-Serviana, como lo fue el derecho de propiedad pretorio con la creación de la acción *Publiciana* y como lo fueron los derechos reales del superficiario y del conductor *agri vectigalis* con la creación de las acciones reales pretorias respectivas.

La acción se podía dirigir, como la *rei vindicatio*, contra el poseedor que se hubiese desprendido dolosamente de la posesión. El actor, para fundar la demanda, debía probar que la cosa le había sido hipotecada para garantizar un crédito y que al tiempo de constituirse se hallaba en el patrimonio del hipotecante. No estaba obligado a aportar la prueba del origen del crédito asegurado. Esta carga correspondía al demandado que para librarse de la condena debía probar la extinción de la deuda o la mora del acreedor en recibir el pago. Como en la *rei vindicatio*, regía en esta materia el principio de libertad de defensa del demandado y, como en aquéllas, el juez conminaba al demandado a la entrega de la cosa antes de condenarle, y sólo en el caso de que se negara le condenaba a pagar el valor de la cosa según tasación del demandante; sin embargo, cuando la acción era dirigida contra el deudor mismo, no se podía asignar más valor a aquélla que el importe del crédito garantizado.

El demandado podía hacer uso, frente a la acción Serviana, de todas las excepciones que le competieran contra el crédito mismo garantizado.

Así, si el acreedor tenía una hipoteca sobre varios bienes del deudor, podía elegir aquel sobre el que había de recaer la acción. Pero este derecho fue limitado por los Emperadores Severo y Caracalla, que decidieron que el acreedor que ostentara simultáneamente una hipoteca general y otra especial no podía dirigirse contra los bienes sujetos por la hipoteca general hasta que no hubieran resultado insuficientes los primeros (*excussio realis*). Justiniano ordenó a los acreedores que antes de ejercitar la acción de hipoteca contra los terceros poseedores debían dirigirse contra los deudores personalmente por la obligación, es decir, contra el deudor principal o contra los fiadores (*excussio personalis*).

Frente al deudor o los terceros poseedores sin título, el segundo, el tercero y el cuarto acreedor hipotecario tenían el mismo derecho que el primer acreedor. Pero entre ellos gozaba de preferencia el de rango más antiguo, salvo que se tratara de acreedores privilegiados por ministerio de la ley. De suerte que a través del juego de excepciones y de réplicas aquel acreedor que tenía un rango preferente obtenía o conservaba la posesión.

La facultad de vender la cosa hipotecada por parte del acreedor resultaba de un pacto que, como en la prenda, era frecuente establecer al tiempo de constituir la garantía. Solamente a partir de los Severos, ciertos juristas, entre ellos ULPIANO, aplicaron a este pacto tan corriente la norma de que las cláusulas de estilo no era necesario establecerlas, sino que se sobreentendían y que el acreedor no cometía ningún hurto si vendía la cosa, salvo que existiera pacto en contrario. JUSTINIANO dio un nuevo paso, estableciendo una nueva norma que obligaba al acreedor en caso de cláusula prohibitiva a hacer tres requerimientos de pago al deudor antes de poder proceder a la venta de la cosa. En estas circunstancias el acreedor podía vender la cosa cuando y como quisiese, en pública subasta o directamente. Solamente le estaba vedado venderse la cosa a sí mismo. Sin embargo, éste podía adjudicarse la cosa de forma definitiva, pasado cierto tiempo, después de una estimación previa y por decisión imperial (*impetratio dominii*).

Para el constituyente de la hipoteca, la venta le privaba de la propiedad, como si hubiese vendido él mismo. Se aprovechaba del precio en el sentido que le servía para liberarse de la deuda, en la medida en que ésta había sido pagada y tenía derecho al sobrante, si el precio obtenido era superior a la deuda. Los acreedores posteriores en rango se veían privados de su derecho por la venta, pero conservaban un derecho de preferencia sobre el precio si el montante era superior a la deuda del primer acreedor vendedor.

La institución de la hipoteca no suplantó a las otras formas de garantía. Ya hemos dicho que la enajenación aseguratoria sobrevivió hasta

la desaparición de la *mancipatio* y de la *in iure cessio*. La prenda subsistió siempre a su lado, sin duda principalmente, para los bienes muebles, más fáciles de escamotear, reforzándose con una acción real. La hipoteca, sin la publicidad sencilla que suponía el desplazamiento posesorio, podía constituirse no sólo sobre los bienes individualmente determinados, sino sobre todos los bienes presentes y futuros del hipotecante. Ello determinó que la hipoteca fuera clandestina y pudiese ser general, dos rasgos nuevos de la hipoteca romana que fueron dos graves defectos que la impidieron ganar la carrera como en los tiempos modernos a las seguridades personales.

Provoca admiración que los romanos no pensaran en ninguna forma de publicidad registral para dar a conocer a los terceros la existencia del vínculo hipotecario, aunque hubiera sido muy difícil organizar esta publicidad sin la de los derechos principales. A la caída del Imperio Romano de Occidente se produjo un hundimiento de los intercambios comerciales que llevó consigo una disminución en el uso de los instrumentos de garantía patrimonial que sufrieron un retroceso en su evolución hacia las líneas de la antigua fiducia.

7. CONCLUSION

Resumiendo lo expuesto, cabría decir que en Roma la necesidad de asegurar las obligaciones se satisfizo con garantías personales. Pero los inconvenientes que para los acreedores representaban el reconocimiento al fiador de los beneficios de excusión y de división, así como los riesgos de insolvencia del mismo fiador, más tarde o más temprano, hicieron sentir la necesidad de las garantías reales. La garantía real, cuyas especies dependían de la naturaleza del derecho concedido al acreedor, y, por ende, del grado de perturbación de la garantía en el patrimonio del deudor, empezó a utilizarse después de la época de las XII Tablas, iniciándose con la enajenación aseguratoria o fiducia *cum creditore contracta*, creación del Derecho civil y después con la prenda en sentido propio en sus dos formas, la prenda posesoria o manual y la hipoteca o prenda convencional, creaciones del Derecho pretorio. Al no conocer el Derecho romano primitivo más derechos reales que la propiedad y las servidumbres, no se podía alcanzar la finalidad de garantía más que con la transmisión de la propiedad. En el Derecho justiniano desapareció por completo la fiducia con la caída en desuso de los negocios formales de enajenación, la *mancipatio* y la *in iure cessio*, que eran su base y ocupó su lugar la hipoteca, que pese al origen griego del término, no fue una institución griega, sino netamente romana, surgida como

modalidad de la prenda posesoria o manual, y que se desarrolló en el tráfico inmobiliario dentro de un sistema que la doctrina moderna considera casi unánimemente como de clandestinidad.

ANTONIO MORO SERRANO
Registrador de la Propiedad

BIBLIOGRAFIA

- Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1986. Boletín de Estudios del Banco de España.*
DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, INE Jurídico, Madrid, 1971.
D'ORS, A.: *Derecho privado romano*, EON, 1968.
GIRARD, P. F.: *Manual elementaire du Droit romain*, París, Rousseau, 1929.
IGLESIAS, J.: *Roma. Claves históricas*, Univ. Complutense de Madrid, 1985.
VON IHERING, R.: *El espíritu del Derecho romano*, Rev. de Occidente Argentino, Buenos Aires, 1947.
JORDANO BAREA, J. B.: *Origen y vicisitud de la fiducia romana*, Coimbra Ed. Ltda., 1948.
JÖRS, P., y KUNKEL, W.: *Derecho privado romano*, Labor, 1937.
JOURDAN, A.: *L'hypothèque*, París, Marescq Ainé, Libraire, 1876.
ROCA, R. M.: *Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 6.ª ed., 1968.