

MARGARITA FUENTESECA
Pignus e hypotheca en su evolución histórica
Andavira Editores, Santiago de Compostela, 2013, 270 pp.
Colección "Ciencia y Pensamiento Jurídico", núm. 10.

José Luis Ramos Blanco

Investigador predoctoral del Área de Derecho Romano
Universidade da Coruña

Recepción: 18 de marzo de 2014
Aprobado por el Consejo de redacción: 18 de marzo de 2014

En la presente monografía la Profra. Fuenteseca, Catedrática de Derecho Romano de la Universidad de Vigo, estudia la evolución histórica del *pignus* y la *hypotheca*. La autora pretende con esta obra "demostrar la validez, en el siglo XXI, del concepto de *conventio pignoris* acuñado por los juristas romanos", tomando como punto de partida "la distinción entre dos modalidades de constitución de los derechos reales de garantía que existieron en Roma: la *conventio pignoris* con *traditio possessionis* al acreedor de la cosa pignorada, y la constituida sin ésta, esto es, por el mero acuerdo de las partes".

La monografía se estructura en dos grandes partes, a las que precede una introducción (pp. 13 a 18). La primera ("*pignus e hypotheca* en Derecho Romano", pp. 19 a 208), se divide en tres grandes secciones, que, a su vez, se desgranán en doce capítulos. La segunda ("prenda e hipoteca: derecho histórico y civil español", pp. 209 a 260), incluye los capítulos XIII a XV. El libro concluye con una amplia y cuidada bibliografía (pp. 261 a 270), que permite al lector interesado profundizar en el estudio de la materia tratada.

En la introducción, la autora defiende la configuración originaria de la hipoteca en Roma "como un acuerdo por el cual se constituía un derecho real de garantía (*conventio pignoris*) con independencia de si había habido o no *traditio possessionis*, para cuya defensa el acreedor disponía de la *actio hypothecaria* que permitía la persecución de la cosa pignorada (*restitutio rei*) no sólo frente a terceros, sino también frente al deudor".

En oposición a la opinión mayoritaria de la doctrina civilista española, defensora de su nacimiento como derecho real de garantía constituido únicamente sobre bienes inmuebles, sostiene la autora que, a pesar de que en un primer momento el concepto unitario romano de *conventio pignoris* fue recogido en la legislación histórica española, a partir del siglo

XVI esa idea de unidad que subyacía del término *conventio pignoris* sufrió una ruptura en nuestra legislación que todavía subsiste en la actualidad en el Código civil y en las leyes hipotecarias. Esta diferenciación entre prenda e hipoteca, tomando como criterio único el tipo de bien sobre los que recaían, generó una serie de inconvenientes en relación a la publicidad que requería la plena satisfacción y protección de las necesidades del tráfico y del crédito inmobiliarios. Problema al que, según la Profra. Fuenteseca, no se logró dar una respuesta satisfactoria hasta la creación en España del Registro de la Propiedad en 1861.

El capítulo primero ("Formas de derechos reales de garantía en Roma", pp. 19 a 34) comienza con una referencia a determinadas formas primitivas de constitución de los derechos reales de garantía, considerados por la mayoría de la doctrina como los casos más antiguos de *pignus conventum*: la venta de aceitunas que están en el árbol, la venta del pasto invernal y la venta del producto de las ovejas. Según la autora, las primeras referencias a la pignoración de bienes se encontrarían en el tratado *de agri cultura* de Catón, donde se alude a diversos tipos de contratos agrarios utilizables para la explotación de las tierras.

Destaca la Profra. Fuenteseca que estos primeros casos de *pignus conventum* descritos por Catón guardan entre sí una serie de características comunes: por una parte, la existencia de una deuda; por otra, que en todos los casos anteriores tenía lugar la introducción en el fundo del vendedor de los aperos de labranza del comprador, necesarios para obtener el objeto de la venta, que quedaban pignorados hasta que el deudor no pagase o constituyese una fianza personal. Según la autora, en tales supuestos, había una cesión de la posesión mediata de los bienes pignorados al vendedor, al no poder el deudor retirar los bienes del fundo con anterioridad a la ejecución del derecho real de garantía.

También resalta la Profra. Fuenteseca la importancia que la aparición de la *conventio pignoris* tuvo respecto a la *fiducia cum creditore*. A pesar de que ambas figuras comparten la misma finalidad jurídico-económica, y de que el acreedor tenía derecho a vender la cosa y cobrar la deuda con el dinero obtenido con su venta, la *fiducia* no se puede calificar como un derecho real sobre cosa ajena, porque en ella se producía un traspaso formal de la propiedad de la cosa pignorada al acreedor mediante la *mancipatio*. Asimismo el acuerdo entre las partes era distinto, pues, mientras que en la *conventio pignoris* el pacto vinculaba una determinada cosa al cumplimiento de una obligación, con o sin *traditio possessionis*, en la *fiducia* el acuerdo no se daba por cumplido hasta que el deudor pagase la deuda y el acreedor cumpliera la *obligatio ex fiducia*.

Tomando como punto de referencia D. 13,7,1, pr., la autora sostiene que en Roma existieron sólo dos formas de constitución de los derechos reales de garantía sobre cosa ajena: con *traditio possessionis* de la cosa pignorada al acreedor (*pignus conventum cum traditione*); o vinculando el bien al cumplimiento de una obligación por simple acuerdo entre las partes (*pignus conventum nuda conventione*). La *traditio possessionis*, argumenta la autora, se producía en Roma mediante la entrega manual de la cosa pignorada al acreedor, pero también le podía ser transferida a dicho acreedor la posesión mediata, siempre que el mismo fuese el arrendador del lugar donde se depositaban las cosas pignoradas.

Frente a la opinión mayoritaria de la doctrina, que considera que la pignoración de *rebus coloni* se presenta como el caso más antiguo de pignoración de bienes sin

traditio possessionis, la Profra. Fuenteseca trata de demostrar en el capítulo segundo ("Los arrendamientos rústicos", pp. 35 a 58) que al realizar dicha pignoración tenía lugar la entrega de la posesión mediata de los aperos de labranza al acreedor a través de la introducción de estos en su fundo, conservando el colono, en todo caso, la posesión inmediata de los mismos.

En el capítulo tercero ("Los arrendamientos urbanos", pp. 59 a 68), la autora defiende que también en los arrendamientos urbanos podía operar la *conventio pignoris* con *traditio possessionis*. Señala a este respecto que, mientras en los arrendamientos rústicos se exigía un pacto expreso de pignoración, en los urbanos cabía la *tacita conventio pignoris*, dado que, en estos casos, los bienes introducidos a título de prenda por el inquilino en la vivienda eran más fácilmente controlables por el arrendador. Por los mismo motivos, y siguiendo lo dispuesto en D. 20, 2, 3, aduce la autora que también procedía el acuerdo tácito de pignoración en los arrendamientos de almacenaje (*horreum*), de hospedaje (*divorsorium*) y de solares (*arae*).

En los arrendamientos urbanos, la *tacita conventio* se fundamentaba en dos especialidades: la *perclusio* -que permitía al acreedor la retención y toma de posesión de los muebles en los supuestos de impago de la renta ya vencida, oponiéndose a que el inquilino sacase de la vivienda sus enseres domésticos- y el *interdictum de migrando* -interdicto prohibitorio que protegía al inquilino o al subarrendador que ya había pagado o que se enfrentaba a la *mora creditoris* contra el acreedor que se negase a extraer las cosas por él introducidas en prenda en la vivienda arrendada-.

Según la Profra. Fuenteseca, tanto en los arrendamientos urbanos como rústicos, la *conventio pignoris* existía desde que el inquilino introducía el ajuar doméstico en la vivienda o los aperos en el fundo, momento a partir del cual, en su opinión, se entendía trasladada la posesión mediata al acreedor.

En el capítulo cuarto ("Otros casos de *res pignori data*", pp. 69 a 88) se tratan las diferencias que existían respecto al control del acreedor sobre las cosas pignoradas en los arrendamientos urbanos y rústicos y otros supuestos de *res pignori data* recogidos en el Digesto: la pignoración de mercancías fungibles, de mercancías en el préstamo marítimo y de mercancías compradas con préstamo pecuniario.

Según la autora, frente a lo que ocurría en los arrendamientos rústicos y urbanos, cuando se tratase de pignorar bienes no identificables -mercancías o bienes fungibles-, era necesaria la entrega material de las cosas pignoradas al acreedor, a causa de la mayor dificultad por parte de éste para ejercer un control sobre las cosas pignoradas. En su opinión, cobra sentido que la solución adoptada para tales supuestos fuese la de introducir las mercancías en los almacenes públicos, evitando no sólo que se retirasen las mercancías depositadas en ellos, sino también su adquisición por terceros, pues al tratarse de bienes no identificables, fuera de su localización, se convertían en irrevindicables para el acreedor pignoraticio. Lo mismo ocurría con las mercancías transportadas por mar, donde la *traditio possessionis* se entendía realizada al esclavo del acreedor que acompañaba a las mercancías durante el viaje, actuando, en estos casos, como mandatario.

El capítulo cuarto se concluye con una referencia a diversos supuestos de pignoración de bienes que presentaban alguna peculiaridad en cuanto a su funcionamiento: el *privilegium exigendi*, el *privilegium fisci* y la *pignoris capio*.

El siguiente capítulo ("La pignoración de fundos: *praedia pignori data*", pp. 89 a 108) versa sobre una de las formas de pignoración que más trascendencia ha tenido en Roma: la pignoración de fundos. La misma llevaba aparejada necesariamente la *traditio possessionis* de los predios al acreedor. Según la autora, este problema, que provocaba la falta de disponibilidad del fundo al deudor, se resolvió permitiendo al acreedor entregar la finca en arriendo o precario a aquel, que de ésta forma conservaba el fundo y, además, posibilitaba al acreedor garantizar el cobro de la deuda en calidad de renta -si lo arrendaba-, o a través de los frutos que la finca producía -si lo concedía en precario-, frutos que se imputaban, primero, a los intereses de la deuda y, después, al capital.

La Profra. Fuenteseca concluye este capítulo quinto haciendo alusión a la naturaleza híbrida (*pignus hypothecave*) de la pignoración de los fundos a partir de su comparación con la hipoteca de cosas futuras. La autora considera que la diferencia entre ambas figuras se encontraría en que en ellas se utilizaban distintas acciones para exigir la ejecución del derecho real. Dado que en la hipoteca de cosas futuras no podía haber *traditio possessionis* al acreedor, las partes pactaban la sola vinculación de la *res* al pago de la deuda, por lo que, en caso de impago, el acreedor únicamente podía interponer la *actio hypothecaria* contra el propio deudor, porque sólo él era el dueño de la cosa madre y quien podía vender la cosa futura. Asimismo, debido a que se trataba de una cosa futura, el acreedor no podía pedir la *restitutio in rei*, sino sólo el pago de la deuda. En cambio, en la pignoración de fundos, sí había *traditio possessionis*, y la posesión de los frutos del fundo permitía al acreedor garantizar el cobro de la deuda frente al impago de la renta o falta de entrega de los frutos, por haberlos vendido el deudor, pues el acreedor podía exigirle la *restitutio in rei* o el pago de la deuda con la *actio Serviana*.

En el capítulo sexto ("La anticresis y la pignoración de derecho reales", pp. 109 a 116) se examinan distintos tipos de pignoración en los que se imputaban los frutos de la cosa pignorada al pago de la deuda: la anticresis, la pignoración del derecho de usufructo y de las servidumbres.

La anticresis surge, en palabras de la autora, del "asentamiento en la sociedad romana de la idea de que todos los bienes inmuebles, fundos y edificios, eran esencialmente rentables". Con la anticresis, el acreedor disfrutaba de un bien inmueble que era propiedad del deudor, y éste, a su vez, del dinero entregado por el acreedor. Por tanto, había una *traditio possessionis* de un bien inmueble propiedad del deudor al acreedor, quien tenía derecho a su explotación económica, compensándose el beneficio que éste obtenía del uso de la misma con los intereses del dinero prestado al deudor. En este caso, advierte la autora, la *actio Serviana* no era necesaria, porque no se trataba de restituir la cosa misma, sino su posesión, para lo que el acreedor disponía de una *actio in factum*. Si el deudor hubiese pagado su deuda al acreedor, y éste no le hubiese restituido el bien de su propiedad, aquél podía invocar el *mutum usum pignoris pro credito*.

Por lo que se refiere a la pignoración del derecho de usufructo, la Profra. Fuenteseca estima que era un caso análogo al de la pignoración de los fundos, puesto que en la misma también había *traditio possessionis* de la cosa pignorada al acreedor. En su opinión, fue precisamente este motivo el que llevó a los juristas clásicos a considerar también la pignoración de usufructo como un supuesto híbrido entre el *pignus datum* y la *hypotheca*.

Finalmente, en D. 20, 1, 12 se admite la existencia de una *conventio pignoris* en los casos de pignoración del derecho real de servidumbre de camino, de paso, de conducción y de acueducto. En este caso, según la autora, el pacto se hacía de tal manera que, en tanto no se pagase la deuda, podía usar la servidumbre el acreedor, y si no se pagase, llegada la fecha, éste podría vender la servidumbre. A este respecto indica la Profra. Fuenteseca "que era el dueño del fundo vecino el que podía usar estas servidumbres en tanto no se pagaba la deuda. Y una vez constatado el impago del deudor, el acreedor podía vender la servidumbre. En este caso no tiene el acreedor la *actio Serviana* porque no se trataba de exigirle al deudor la *restitutio rei*, sino que directamente le asistía al acreedor el derecho a vender la servidumbre. Y esto sólo era posible cuando se trataba de una servidumbre de tipo personal. En cambio, no cabe pignoración de las servidumbres urbanas".

Dedica la autora el capítulo séptimo ("Un caso peculiar: *res pignori obligata*", pp. 117 a 122) a un supuesto de pignoración muy peculiar: la *res pignori obligata*. La singularidad de la figura, según la Profra. Fuenteseca, radica en que no había *traditio possessionis* de la cosa pignorada del deudor al acreedor, ni tampoco se determinaban ni individualizaban las cosas sobre las que se constituía la prenda. El motivo de que no existiera *traditio possessionis* se debería, en su opinión, a que al deudor le perjudicaba no poder explotar la cosa objeto de pignoración, mientras que al acreedor sólo le interesaba hacer efectivo su derecho de crédito sobre el establecimiento mercantil como conjunto de cosas frente a cualquiera que lo tuviese en su poder.

En el capítulo octavo ("La *hypotheca* y la *actio hypothecaria*", pp. 123 a 140) la autora lleva a cabo el estudio de la *conventio pignoris* sin *traditio possessionis*. El mero acuerdo de constitución del *pignus conventum*, unido a la *actio hypothecaria*, bastaba para que la *conventio pignoris* o *hypotheca* adquiriese plena eficacia *erga omnes*. Así pues, con la *conventio pignoris* sin *traditio possessionis*, lo pactado por las partes era la vinculación de una cosa al pago de una deuda, que permitía al acreedor, o bien, interponer la *actio hypothecaria* contra quien tuviese el bien en su poder, para exigirle la *restitutio in rei*; o, en su caso, dirigirse contra el propio deudor, al que podía reclamar la *restitutio in rei* o, de forma subsidiaria, solicitarle el pago de la deuda.

Con la ampliación de la *actio Serviana* a los supuestos en los que el objeto pignorado era un derecho de crédito, dicha acción se ejercitaría como una *actio in personam* (la *actio quasi Serviana*) para exigir el cumplimiento de una obligación a un tercero. Del análisis de distintos pasajes del Digesto relativos a la *conventio pignoris* sobre derechos de crédito, la autora concluye que esta ampliación de la *actio Serviana* como *actio in personam* quedó comprendida, a su vez, bajo el término de *actio hypothecaria*. Así, la *actio quasi Serviana* acabó equiparándose, en época postclásica, a la *actio hypothecaria*, convirtiéndose en

una acción que servía al acreedor pignoraticio o hipotecario para perseguir los bienes gravados con un derecho real de garantía, constituido mediante acuerdo de las partes. Por tanto, según la Profra. Fuenteseca, la acción *quasi Serviana* o *hypothecaria* era la acción genérica de que disponía el acreedor, mientras que, desde el período histórico indicado, la *actio Serviana* sólo sería aplicable a los bienes del colono dados en prenda sin *conventio pignoris*, al entenderse que quedaban vinculados al pago de la deuda en concepto de *pignus*, es decir, que eran perseguibles frente al tercero poseedor o adquirente, sin que fuese preciso un previo acuerdo de pignoración.

En el capítulo noveno ("Casos de *hypotheca* y su distinción del *pignus*", pp. 141 a 160) la autora destaca la importancia que tiene partir del concepto unitario de *conventio pignoris* para poder entender la diferencia entre prenda e hipoteca, dado que con la ampliación de la *actio hypothecaria* se fue expandiendo también el ámbito de aplicación de la *hypotheca* hasta abarcar todos los supuestos en que se constituía el derecho real de garantía por el mero acuerdo de las partes. Para la autora, la aparición de la *hypotheca* supuso, por un lado, que la acción aplicable fuese la misma en cualquier caso de *conventio pignoris*, con o sin *traditio possessionis*, y, por otra, la equiparación entre prenda e hipoteca, es decir, que nos encontraríamos ante dos modalidades de una misma institución -la *conventio pignoris*- que contaba con una misma acción y régimen jurídico, por lo que la extensión de la *actio hypothecaria* restringió la figura del *pignus* a los casos en que había *traditio possessionis* real de una cosa mueble al acreedor.

La Profra. Fuenteseca dedica el capítulo décimo de su obra ("Pactos añadidos y rasgos específicos", pp. 161 a 174) al estudio de los pactos añadidos a la *conventio pignoris*: el *pactum de distrahendo pignore* y el *pactum commissorium*.

El primero de ellos, como es sabido, permitía a las partes acordar la venta de la cosa pignorada por el acreedor en caso de impago del deudor. No obstante lo anterior, la autora advierte que, de no existir este pacto, ello no era óbice para que el acreedor vendiese la cosa pignorada, previo requerimiento de pago al deudor. En todo caso, la venta tenía que realizarse mediante pública subasta, con requerimiento previo al deudor, con respeto a la buena fe y con el anuncio a los testigos, sin que la cosa pignorada pudiese ser adquirida por el propio deudor, aunque sí éste podía redimir la cosa por el mismo precio. Sin embargo, con el paso del tiempo se permitió al acreedor proceder, en caso de impago del deudor, a la *impetratio dominii* ante el emperador.

En virtud del *pactum commissorium*, sólo si el deudor pagaba la cantidad que recibió en préstamo, le sería restituida la cosa pignorada; en caso contrario, el acreedor adquiría la cosa pignorada por la cuantía del préstamo. Se trataba, por tanto, de una caución que debía prestar el deudor. No obstante, según la autora, este pacto no resultaba beneficioso para ninguna de las partes, dado que con él se desnaturalizaba la función que venían a cumplir los derechos reales de garantía, además de que tampoco permitía satisfacer el interés perseguido por el acreedor, que no era otro que el de recuperar el dinero prestado, razón por la cual fue abolido su uso en la prenda en el año 320 -por el emperador Constantino-.

La Profra. Fuenteseca también analiza en el capítulo que nos ocupa, los rasgos específicos que la *hypotheca* fue adquiriendo con la configuración de la *conventio pignoris*

como derecho real de garantía por el mero acuerdo entre las partes. Así, subraya que, mientras que en un primer momento en el *pactum conventum* de la *hypotheca* no era necesaria la observación de formalidad alguna, más adelante, sin embargo, la forma de la *conventio pignoris* fue convirtiéndose en un requisito esencial. En efecto, el emperador León llegó a dar preferencia a las hipotecas constituidas de forma pública, aunque fuesen de fecha posterior, salvo que contuviera la firma de tres o más personas de buena fe e íntegra reputación.

Otro rasgo específico derivado de la separación de la *conventio pignoris* de la *traditio possessionis* fue el que hizo posible una *conventio pignoris* constituida a favor de varias personas, que permitió la existencia de varios acreedores hipotecarios sucesivos sobre la misma cosa para garantizar distintos créditos. Como es sabido, los problemas generados en relación a la preferencia del cobro de la deuda se solventaron dando prioridad al primer acreedor hipotecario para el cobro íntegro de su deuda, mientras que el segundo y sucesivos sólo cobrarían si sobraba algo de la venta.

En el capítulo décimo primero ("Efectos entre las partes y la protección del tráfico de créditos", pp. 175 a 190), la autora se refiere a las acciones recíprocas que asistían a las partes para reclamar lo acordado. El deudor contaba con la *actio pignoratitia*, que era una acción edictal *in factum* que le permitía requerir al acreedor el dinero sobrante en caso de venta de la cosa pignorada, pero también la devolución de la cosa si la deuda ya había sido satisfecha en los supuestos de *traditio possessionis* de la cosa pignorada al acreedor. En caso de tener el deudor otras deudas pendientes con el acreedor, éste podía ejercitar frente a la *actio pignoratitia* del deudor la *exceptio doli*.

En el capítulo que nos ocupa, también se examinan por la autora las distintas situaciones en las que el acreedor incurría en responsabilidad, así como las acciones ejercitables por el deudor y el acreedor en dichos supuestos, indicándose que el acreedor respondía por dolo, culpa y custodia en cualquiera de las modalidades de *conventio pignoris* que existían en Roma. Las acciones de que disponía el acreedor pignoraticio eran la *actio furti* y la *actio pignoratitia contraria*, de cuyo ejercicio y características definitorias, en relación a los supuestos objeto de estudio, también se ocupa en su monografía la Profra. Fuenteseca.

El crimen *stellionatus* y las causas que dieron lugar a la aparición del *iudicium contrarium* también son tomados en consideración por la autora. Según ésta, la corta existencia del crimen *stellionatus* se debió a que con el mismo se perseguía la imposición de una pena al deudor que maliciosamente perjudicaba los intereses del acreedor mediante un procedimiento *extra ordinem*, mientras que en el procedimiento ordinario se resolvían las cuestiones referidas a los daños y perjuicios causados por el deudor al acreedor a través de la interposición de la *actio pignoratitia contraria*. Fue en este contexto en el que surgió el *iudicium contrarium*, con el que se trataba de condenar al deudor, que había actuado maliciosamente, a resarcir los perjuicios causados al acreedor. De este modo, según la Profra. Fuenteseca la *actio pignoratitia contraria* se convirtió en una forma de iniciar un *iudicium* que perseguía la sanción de la conducta fraudulenta del deudor en el marco de una relación contractual pignoratitia.

En el capítulo décimo segundo ("Efectos frente a terceros y la protección del tráfico de bienes", pp. 191 a 208) la autora destaca la importancia que en el sistema romano de

derechos reales de garantía tuvo la protección al tercero adquirente. En todos los casos de *conventio pignoris* el acreedor podía reclamar al tercero poseedor la *restitutio rei* o el pago del *quanti ea res erit*. En consecuencia, según la autora, "todo adquirente desconocedor del gravamen estaba expuesto a que en cualquier momento apareciese un acreedor que, con la *actio Serviana* o *hypothecaria* le obligase a la restitución del bien adquirido. A cambio, este adquirente (...) podía ejercitar contra el vendedor la *actio furti* para resarcirse del precio de la venta".

Para resolver este problema se produjo, a su entender, la aparición de la figura de la *praescriptio*, que permitía proteger al poseedor de la cosa pignorada o hipotecada cuando el acreedor no ejercitaba su derecho durante el plazo de diez años *inter praesentes* o veinte *inter absentes*. La *praescriptio* nació, en su opinión, como un mecanismo de protección del tercero poseedor, dado que, una vez transcurridos los plazos señalados para interponer la acción reipersecutoria frente al tercer poseedor, el acreedor todavía podía dirigirse contra el deudor para exigirle la restitución de la cosa o el pago de la deuda garantizada con el derecho real.

En principio, el acreedor podía entablar la *actio Serviana* frente a cualquiera que tuviese la cosa pignorada en su poder, incluso si ya habían transcurrido los plazos necesarios para la usucapión. Sin embargo, una vez convertida la usucapión en un modo de adquirir la propiedad, ésta permitía dejar sin efecto las cargas reales que recaían sobre la cosa poseída. En este sentido, la autora recuerda que se subsumieron los plazos de la *longi temporis praescriptio* en la institución de la usucapión, pero conservando los requisitos de título y posesión continuada con buena fe, convirtiéndose en un modo de adquirir el dominio oponible incluso frente al propio acreedor hipotecario.

Según la Profra. Fuenteseca, hay que rechazar la opinión mayoritaria de los civilistas españoles defensores de la idea de que el sistema romano de derechos reales de garantía se caracterizaba por su clandestinidad. En relación a los bienes inmuebles, al convertirse el acreedor pignoraticio en poseedor de los frutos, no podía éste, en caso de pérdida de la *possessio*, dirigirse contra el tercero poseedor, sino sólo contra el deudor, para exigirle la restitución de la cosa o el pago de la deuda, mientras que en los demás casos, aunque el acreedor contaba con la *actio Serviana* -que le permitía recuperar la cosa frente al tercero adquirente-, dicho tercero adquirente, según la autora, contaba con la *actio furti* frente al vendedor de la cosa hipotecada. Si el acreedor pignoraticio no ejercitaba su derecho durante largo tiempo, ese tercero adquirente tenía a su disposición la *praescriptio*, primero, y la *usucapio*, después.

A juicio de la Profra. Fuenteseca, el único problema que presentaba el sistema romano se encontraría en que mediante el ejercicio de la *actio furti*, el tercero adquirente sólo obtenía una indemnización por el precio pagado.

En el capítulo décimo tercero ("La *conventio pignoris* en el Derecho histórico español", pp. 209 a 218) la autora desarrolla la evolución que la *conventio pignoris* tuvo en el Derecho histórico español. En su opinión, las Leyes del Toro permitieron recuperar la figura de la hipoteca con el mismo sentido que le habían atribuido los juristas romanos, lo

que se mantuvo hasta el siglo XVI, momento en el cual los derechos reales de garantía se distinguieron atendiendo a su imposición sobre bienes muebles o inmuebles. Los derechos reales de garantía se organizaron desde entonces en torno a una rígida bipartición que distinguía, por un lado, la prenda, que recaía sobre bienes muebles y, por otro, la hipoteca, que lo hacía sobre bienes inmuebles y sin desplazamiento de la posesión.

En el penúltimo de los capítulos de su monografía ("La hipoteca inmobiliaria en la legislación histórica", pp. 219 a 234) la Profra. Fuenteseca destaca la importancia que ha tenido en España la conjunción entre la hipoteca inmobiliaria y la publicidad registral, imprescindible en aras a la protección del tercero adquirente y para la seguridad del tráfico de bienes. No obstante, según la autora, no se consiguió dar una respuesta satisfactoria a esta situación hasta la creación del Registro de la Propiedad en el año 1861, que permitió reunir los principios de especialidad y publicidad registral para las inscripciones de los gravámenes inmobiliarios, garantizando, de este modo, el equilibrio necesario entre la oponibilidad *erga omnes* de la hipoteca inmobiliaria y la protección del tráfico de bienes. Además, a su entender, con la Ley de 1954, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, se recuperó en España el concepto amplio de hipoteca que existía en Roma, es decir, considerado como derecho real de garantía constituido por el mero acuerdo.

En el último capítulo ("La prenda o hipoteca mobiliaria", pp. 235 a 260) la Profra. Fuenteseca concluye que, a pesar de la promulgación de la Ley de 1954, de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, no se ha logrado en España la creación de un sistema ordenado de derechos reales de garantía, lo que, en su opinión, se debe a la persistencia en la legislación civil española de la separación entre bienes muebles e inmuebles que logró imponerse en el siglo XIX. La finalidad perseguida con la constitución de un derecho real de garantía es poder hacer efectivo siempre el cobro de la deuda por el acreedor sobre una cosa que queda vinculada al pago por acuerdo de las partes, y ello con independencia del bien sobre el que se constituye. En opinión de la autora, la plena protección del acreedor exige que su derecho sea oponible *erga omnes*, pero la protección de bienes requiere también que esa oponibilidad no perjudique a terceros que no sepan de la existencia del gravamen, lo que, a su entender, se logra sólo con su inscripción en un Registro que garantice una publicidad oponible *erga omnes* del derecho real de garantía, y que sólo concurre en el caso de cumplirse el principio de especialidad.

Con independencia de las conclusiones a que se pueda llegar en una materia tan discutible y compleja como la que se trata en la presente monografía, cabe, ya para finalizar, felicitar a su autora por procurar acercar al lector de una forma clara, sencilla y lo más completa posible a las diversas cuestiones que instituciones como *pignus* e *hypotheca* presentan a lo largo de su dilatada historia.