



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho y Administración y
Dirección de Empresas

EL CONTRATO DE PRENDA O PIGNUS EN ROMA Y SU RÉGIMEN ACTUAL

Presentado por:

Amalia Tejero Díez

Tutelado por:

Javier Hernanz Pilar

Valladolid, 18 de septiembre de 2020

RESUMEN

El contrato de prenda surge en la Antigua Roma con el objetivo de minimizar los riesgos derivados de los contratos. De tal forma que la prenda o *pignus* se configura como un contrato real, bilateral imperfecto, en virtud del cual una persona – el deudor pignoraticio (pignorante) – entrega a otra – el acreedor pignoraticio – una cosa en garantía de una obligación, quedando obligado el acreedor a devolverla cuando le sea satisfecho su crédito. Por lo tanto, el contrato de prenda da nacimiento a un derecho real de prenda y a un derecho de garantía. Su regulación ha ido modificándose a lo largo de la historia según el momento, hasta terminar en el contrato real de prenda que conocemos en el presente que aparece regulado en el Código Civil que no difiere en gran medida del existente en la época romana.

ABSTRACT

The pledge contract arose in Ancient Rome with the aim of minimising the risks arising from the contracts. Thus, the pledge or *pignus* is configured as a real, bilateral, imperfect contract, by virtue of which one person - the pledge debtor (pledgor) - gives another - the pledge creditor - a thing as security for an obligation, with the creditor being obliged to return it when his credit is satisfied. Therefore, the pledge agreement gives rise to a right in rem of pledge and a right of guarantee. Its regulation has been modified throughout history according to the moment, until ending in the real pledge contract that we know in the present that appears regulated in the Civil Code that does not differ to a great extent from the existing one in Roman times.

PALABRAS CLAVE

Prenda, *pignus*, contratos reales, acreedor pignoraticio, deudor pignorante, *pignus datum*, *pignus conventum*, *pactum de distrahendo pignore*, *pactum commissorium*, *actio pignoraticia*, *crimen stellionatus*, *ius distrahendi*, pacto comisorio, *actio furti*.

KEY WORDS

Pledge, *pignus*, real contracts, pledgee, pledgor, *pignus datum*, *pignus conventum*, *pactum de distrahendo pignore*, *pactum commissorium*, *actio pignoraticia*, *crimen stellionatus*, *ius distrahendi*, forfeiture clause, *actio furti*.

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN	6
2.- IDEAS PRELIMINARES.....	7
2.1.- NOCIÓN DE <i>PIGNUS</i>	7
2.1.2.- Cuestión terminológica	8
2.2.- OBJETO DEL <i>PIGNUS</i>	10
3.- EVOLUCIÓN DEL INSTITUTO EN EL DERECHO ROMANO.....	13
3.1.- ÉPOCA CLÁSICA	13
3.2.- DESDE EL SIGLO III A.C. HASTA EL SIGLO III D.C	14
3.2.1.- <i>Pignus datum</i> (Prenda dada o entregada).....	16
3.2.2.- <i>Pignus conventum</i> o <i>hypotheca</i> (Prenda acordada o hipoteca)	17
3.2.3.- <i>Pignus datum</i> y <i>pignus conventum</i> : la distinción entre <i>pignus</i> e <i>hypotheca</i>	19
3.3.- DESDE EL SIGLO III D.C. HASTA LA MUERTE DE JUSTINIANO.....	21
4.- EL <i>PIGNUS</i> COMO CONTRATO REAL.....	23
4.1.- EL <i>PIGNUS</i> EN EL SISTEMA DE LAS FUENTES DE GAYO	23
4.2.- LA DOBLE NATURALEZA DEL <i>PIGNUS</i>	29
4.3.- CONCEPTO Y CARACTERES DEL CONTRATO	32
4.3.1.- Concepto	32
4.3.2.- Caracteres del contrato	33
4.3.3.- Elementos.....	34
4.3.4.- Sobre la accesoriedad de la prenda	34
5.- RÉGIMEN JURÍDICO DEL <i>PIGNUS</i>	35
5.1.- PACTOS AÑADIDOS	35
5.1.1.- <i>Pactum de distrahendo pignore</i>	35
5.1.2.- <i>Pactum commissorium</i>	38
5.2.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES	38

5.3.- ACCIONES ENTRE LAS PARTES	40
5.3.1.-La <i>actio pignoratitia</i> del deudor	40
5.3.2.- La responsabilidad del acreedor pignoraticio	41
5.3.3.- Acciones del acreedor pignoraticio	43
5.3.4.- El <i>crimen stellionatus</i> y el <i>iudicium contrario</i>	46
5.4.- Efectos frente a terceros	47
5.4.1.- El poder de disposición del deudor pignorante	47
5.4.2.- El conflicto con el adquirente de la cosa pignorada: <i>actio furti</i>	48
5.4.3.- Instituciones protectoras del tercero poseedor	49
6.- EL CONTRATO DE PRENDA EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL	52
6.1.- Fuero Juzgo y fueros municipales	52
6.2.- El Fuero Viejo de Castilla.....	53
6.3.- El Fuero Real.....	54
6.4.- Las Siete Partidas.....	55
6.4.1.-La prenda de muebles e inmuebles.....	55
6.4.2.- Otros principios romanos.....	57
7.- LA PRENDA EN EL CÓDIGO CIVIL	58
7.1.- INTRODUCCIÓN Y REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL	58
7.2.- CONCEPTO Y REQUISITOS	59
7.2.1.- El objeto de la prenda.....	61
7.2.2.- Requisitos.....	62
7.3.- CARACTERÍSTICAS	64
7.4.- PROMESA DE CONSTITUCIÓN DE LA PRENDA.....	67
7.5.- REALIZACIÓN DE VALOR Y PROHIBICIÓN DE PACTO COMISORIO	67
7.6.- PRENDAS ESPECIALES	69
7.7.- EXTINCIÓN	71

8.- COMPARACIÓN ENTRE EL CONTRATO DE PRENDA EN ROMA Y EL CONTRATO DE PRENDA EN LA ACTUALIDAD	71
9.- CONCLUSIONES	76
10.- ABREVIATURAS FRECUENTEMENTE UTILIZADAS.....	82
11.- ÍNDICE DE FUENTES	83
I.- FUENTES LITERARIAS	83
II.-FUENTES JURÍDICAS	83
12.- ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.....	87
13.- BIBLIOGRAFÍA	88
14.- WEBGRAFÍA.....	91

1.- INTRODUCCIÓN

El contrato de prenda o *pignus* surge ya en la Antigua Roma como una forma de gestión del riesgo en el derecho de los contratos – cuestión que sigue manteniéndose en la actualidad -. Tanto la posibilidad de actuar procesalmente contra la contraparte como la misma idea de responsabilidad contractual servían para moderar el riesgo en que incurrían las partes al concluir el acuerdo. De tal forma que la propia configuración del contrato podía orientarse a la mitigación del riesgo contractual siempre que así fuera determinado por las partes intervinientes.

El presente Trabajo Fin de Grado se realiza como parte indispensable para la finalización de los estudios de Grado Universitario en Derecho, tal y como forma parte del Plan de Estudios de la Universidad de Valladolid.

El presente estudio tratará sobre el análisis del contrato de prenda o *pignus* en Roma y su régimen actual. Por tanto, estructuraremos nuestro estudio en dos partes claramente diferenciadas: una primera parte destinada al contrato de prenda o *pignus* en el Derecho Romano; y una segunda parte centrada en la explicación y análisis de la prenda en el Derecho Civil de nuestros días.

El objetivo último de este trabajo será tener una visión amplia del contrato de prenda a lo largo de la historia, desde su tratamiento en el Derecho Romano hasta su estado actual en el Derecho vigente, a fin de observar las diferencias y semejanzas que ha ido presentando esta figura jurídica a lo largo de la historia.

En la primera parte de este estudio partiremos de unas ideas preliminares donde se abordará la noción del *pignus* y su objeto. Acto seguido procederemos a realizar un estudio evolutivo de la prenda en Roma diferenciando claramente tres

etapas históricas, para posteriormente estudiar el tratamiento del contrato del *pignus* como contrato real, cuestión que resulta polémica para algunos autores romanistas - y analizaremos su régimen jurídico de forma exhaustiva. A continuación, dejaremos de lado la época romana para centrarnos en la evolución de este instituto en el derecho histórico español y nos detendremos de forma más pormenorizada en la regulación de la prenda en el Código Civil actual, realizando una breve comparación entre el contrato de prenda en el Derecho romano y el existente en el presente. Además, en cada período procederemos a desglosar los diferentes elementos que forman el contrato para profundizar en su estudio de manera más detallada.

Para la elaboración del presente informe se han utilizado fuentes de diverso origen, tanto literarias como jurídicas de distintos periodos - clásicas, postclásicas, justinianeas – hasta llegar a la regulación actual recogida en gran medida en el Código Civil.

2.- IDEAS PRELIMINARES

2.1.- NOCIÓN DE *PIGNUS*

El contrato de prenda surge de la necesidad de fortalecer las expectativas del cumplimiento de las prestaciones debidas que podían tener cualquiera de las partes en un contrato más allá de las posibilidades que permitía su propia configuración. Dicha figura no era únicamente interesante para el acreedor, que veía como su derecho se veía garantizado, sino también podía ser útil para el deudor, que veía como podía tratarse de una forma eficaz de persuadir al acreedor para celebrar dicho acuerdo en aquellos casos donde se podía intuir un riesgo elevado de incumplimiento.

De tal forma que será en la época clásica cuando se configure dicho fortalecimiento contractual mediante un contrato accesorio vinculado al cumplimiento del contrato principal.

Este planteamiento se configuró en la práctica como la constitución de una garantía real por medios contractuales. Por lo tanto, los intervinientes concluían un contrato accesorio, llamado *pignus* (contrato de prenda) mediante el cual el deudor pignoraticio constituía un derecho real sobre cosa ajena (el derecho real de prenda) a favor del acreedor de la obligación principal y deudor de la obligación accesorio, llamado acreedor pignoraticio, quedando condicionada la persistencia de tal derecho real al cumplimiento de la obligación principal.

Por un lado, podía distinguirse el contrato de prenda que conllevase la constitución de un derecho real de prenda con desplazamiento de posesión (*pignus datum*). En este caso, tal y como es propio de los contratos reales, el contrato se configuraba en el momento de la entrega (*traditio*) de la cosa, en estos casos, la entrega resultaba un elemento indispensable para el nacimiento del contrato. Sin embargo, también podía presentarse una segunda posibilidad dentro del contrato de prenda, esto es, podía constituirse un derecho real sobre la cosa objeto del contrato por mera *conventio* o acuerdo entre las partes, sin producirse una entrega propiamente dicha. Este es el caso de del llamado *pignus conventum* o *hypotheca*, que presentaba precisamente esta peculiaridad frente al resto de contratos reales.

2.1.2.- Cuestión terminológica

Antes de comenzar con un estudio propiamente jurídico de la figura del *pignus*, cabe señalar que los orígenes del contrato de prenda no resultan claros.

Desde el punto de vista terminológico, los romanos clásicos hacían derivar el propio término *pignus* de la palabra *pugnus*, “puño”, y veían en esta posible etimología la referencia a la pignoración desde antiguo, ante todo, de cosas muebles. Esta es la opinión representada por Gayo¹: *pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur, unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis consitui.*

Sin embargo, otros autores² proponen una etimología diferente haciendo derivar el término de *pango*, “fortalecer” o fijar”, idea que mantienen autores tales como KASER³. Por otro lado, MAGNIK afirma que la etimología no es concluyente, pero defiende la hipótesis de que proviene de *pagno* “*befestigen*”, término que tendría un significado de sujetar, asegurar, atar o fortalecer. Por el contrario, WALDE no comparte dicha afirmación y mantiene que la palabra *pignus* proviene de *pig* o *pik*, raíz que significa hundir o meter.

Por otro lado, también resulta significativo la aparición del término *pignus* en la denominación de la *legis actio per pignoris captionem*, pée a la cual parece improbable que el origen del contrato de prenda esté en dicha *legis actio*; dado que se trataba de una *legis actio* ejecutiva ligada al embargo de bienes de cara al cobro de lo debido al ejército de la República, lo cual supondría retrasar la finalidad comisoraria del *pignus* a época arcaica y resulta poco creíble.⁴

Tras este pequeño análisis del origen etimológico del *pignus* y, pese a existir una cierta unanimidad entre los estudiosos con respecto a su origen derivado del

¹ D. 50, 16, 238, 2 (Gai. 6 ad leg. XII tab)

² RASCON, C., *Pignus y custodia en el Derecho Romano Clásico*, Oviedo, 1976, p. 17.

³ KASER, M., *Roman private law*, Durban, 1965, p.389 y ss.

⁴ LÓPEZ PEDREIRA, A., SÁNCHEZ COLLADO, E., CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ S., NÚÑEZ MARTÍ M.A., PÉREZ LÓPEZ, X., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 2018, p.285.

término pango, parece evidente que la vía etimológica no lleva a resultados concluyentes en este campo.

2.2.- OBJETO DEL *PIGNUS*

Las numerosas fuentes jurídicas romanas recogen la posibilidad de que se pueda constituir el *pignus* tanto sobre cosas muebles⁵ como sobre inmuebles⁶. Sin embargo, en cualquiera de los casos la cosa dada en prenda debe de ser enajenable⁷.

Además, también existe la posibilidad de que el *pignus* pueda constituirse sobre el *praedium vectigale* por el titular del *ius in agro vectigial*⁸, en los límites del derecho atribuido al constituyente.

De tal forma que este proceso de ampliación llega a admitir que pueda constituirse el *pignus* sobre usufructos⁹ y servidumbres rústicas¹⁰, en aquellos casos en los que el acreedor tenga un fundo vecino. En este sentido, el acreedor pignoraticio usaba la servidumbre y en caso de no ser pagado por el deudor estaba facultado para enajenarla a un tercero.

De esta forma se recoge en D.10,1,11,3 (*Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam*): *lura praediorum urbanorum pignori dari non possunt: igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.*

⁵ D. 13,7,6, pr; D. 13,7,6,1; D. 13,7, 8, pr.etc.

⁶ D.13,7,1,2; D.13,7,3; D.13,7,27, etc.

⁷ D.20,1, 9, 1. (Gaius IX ad Edictum provinciale) Quod emptionem venditionem recipit, etiam pignorationem recipere potest.

⁸ D.13, 7, 16, 2 (Paulus XXIX ad. Ed.). *Etiam vectigale praedium dare potest; sed et superficialium, quia hodie utiles actiones superficialiis dantur.*

⁹ FREZZA, P. *Le garanzie delle obbligazioni (Corso di Diritto Romano)*, vol.II, Padova, 1963, p.81.

¹⁰ D.20,1,12

Así como D.20,2,12 (Paulus libro LXVIII ad Edictum): “Sed an viae itineris actus aquae ductus pignoris conventio locum habeat videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur (scilicet si vicinum fundum habeat), et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.”

En este sentido, algunos autores como Perozzi¹¹ y Solazzi¹² llegan a la conclusión de que durante el periodo clásico y, en virtud de la regla de inalienabilidad de las servidumbres, éstas no pueden ser constituidas como *pignus*. Regla que se quebrará en época Justiniana en lo que se refiere a las servidumbres rústicas, no siendo así en el caso de las urbanas.¹³

Por otro lado, junto a estas figuras anteriormente mencionadas también aparecen otras que se caracterizan por el objeto que se pignora. En este sentido podemos destacar el *pignus pignori datum*, en los que la cosa dada en prenda no es susceptible de ser poseída.¹⁴

Otro supuesto de prenda cuyo objeto no puede ser poseído es el llamado *pignus nominis*¹⁵, además, el Código Justiniano recoge también otro *pignus* de las *cautiones* de los deudores, que se caracteriza también por no ser susceptible de posesión¹⁶: *Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori*

¹¹ PEROZZI, S. Istituzioni di Diritto Romano, vol. I, 1906, p.765.

¹² SOLAZZI, S. Requisiti e modi de costituzione delle servitù prediali, Napoli, 1947, p-54-64.

¹³ D. 20, 1, 11, 3.

¹⁴ D. 20, 1, 13, 2.

¹⁵ D.13, 7, 18 pr (Paulus libro XXIX ad Edictum).

¹⁶ C. 4, 39, 7 (Impp.Diocletianus et Maximilianus A.A. Manasae).

darentur, ordinarium visum est, ut post nominis venditionem utiles emptori, sic (ut responsum est) vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.

De tal forma que, atendiendo a la clasificación realizada por RASCON¹⁷, se puede constituir el *pignus* sobre:

- Desde el punto de vista de la atribución de los bienes a los individuos:
 - *Pignus* sobre cosa propia, que se constituye como la forma más antigua y habitual.
 - *Pignus* sobre cosa ajena.¹⁸
 - *Pignus* sobre cosa común.¹⁹

- Desde el punto de vista del objeto, podemos distinguir:
 - *Pignus* de cosa corporal presente, tiene por objeto tanto cosas futuras como frutos.²⁰
 - *Pignus* de cosas complejas o compuestas.²¹
 - *Pignus* constituido sobre cosas incorpóreas.

¹⁷ RASCON, C. *ob.cit.*, p. 20.

¹⁸ Con consentimiento de tercero: D. 22, 3, 23; D. 23, 7, 20 pr.; D.20, 1.15, 1.; Bajo la condición de que la cosa ajena entre en el patrimonio del pignorante: D. 20,1,16,1; De cosa ajena debida al deudor: D.23,7,18, PR.: De cosa del pulido o del pródigo por parte del tutor o del curato: D.13,7,16 pr.; C. 8, 15, 3.; Sobre un grupo de cosas o el entero patrimonio del deudor , D.6,1,1,3.

¹⁹ D. 20, 6, 8, 2.; D.20, 4, 3, 2.

²⁰ C. 8, 24, 1.; D. 13, 7, 18, 2.; D.10, 1, 15.

²¹ D. 20, 1, 34 PR. ; D. 43, 32, 1, pr. D. 20, 1. 15, 1.

3.- EVOLUCIÓN DEL INSTITUTO EN EL DERECHO ROMANO

3.1.- ÉPOCA CLÁSICA

Desde la época clásica se manifiesta la existencia de aquellos contratos en los que se ponía a disposición del acreedor un bien tangible para que, en caso de incumplimiento, pudiera verse satisfecho el contrato. Esta exigencia se respondía traspasando al acreedor un bien del deudor, mediante una *mancipatio* o una *in iure cessio*, con el acuerdo de que en el momento en que éste hubiese cumplido con su deuda la propiedad del bien sería restituida mediante una *mancipatio* o una *in iure cessio* a su favor.²² En este sentido, el primer antecedente del pignus como contrato se encuentra en el *pactum fiduciae*, puesto que dicha transmisión iba acompañada de un acuerdo entre las partes basado sobre la fiducia y el acto en su totalidad era llamado *fiducia cum creditore* (confianza en el acreedor).²³

En este caso, la *fiducia cum creditore* no se consideraba un derecho real de garantía, aunque sí se consideraba una garantía real del crédito. El garantizado obtenía la propiedad del bien y, por ello, un derecho real ilimitado. De tal forma que, en caso de incumplimiento, podía fácilmente satisfacerse con la cosa al ser ya considerado como propietario. Como único inconveniente que se podía plantear es que, si el deudor, que se había quedado con la posesión de la cosa, podría volver a adquirir la propiedad por usucapión, privando al acreedor de cualquier garantía. Este tipo de usucapión, llamada *usureceptio*, acontecía al año, y como se realizaba incluso en ausencia de *iusta causa* y de *bona fides*, se consideraba un residuo de la usucapión originaria. Para evitar que la *usureceptio*

²² CANTARELLA, E.; NÚÑEZ PAZ, M. I.; RUBIERA CANCELAS, C., Instituciones e historia del Derecho Romano Mayores in Legibus, Valencia, 2017, p.571.

²³Revisioe ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniani (FIRA), III, 91, 291 sobre la *mancipatio pompeiana*.

se consolidase, el deudor solía dar el bien en alquiler al acreedor, de modo que su *possessio* no fuese ad *usucapionem*.²⁴

En una línea completamente distinta, otros autores sostienen que, aunque el *pignus* como contrato de prenda está vinculado al surgimiento de *pignus* como derecho real sobre cosa ajena, consideran más discutible la relación del contrato de prenda con la fiducia anteriormente mencionada. Consideran que, a pesar de que dicha figura presenta similitudes funcionales con el contrato de *pignus*, bien podría tratarse de los orígenes del *pignus* como también podría haberse desarrollado en paralelo con éste.

La *fiducia* se basaba en la *mancipatio* y la *in iure cessio*, apareciendo ligada al *dominium ex iure Quiritium* y, por lo tanto, a instituciones de raigambre arcaica en comparación con la simple *traditio* mediante la cual se articulaba el *pignus*. Sobre esta base, se ha solido deducir una prioridad cronológica de la fiducia sobre el *pignus* y, dada la relación funcional entre ambas figuras, la existencia de una relación genética entre ellas. Sin embargo, y dado que la *actio fiduciae* podría haber aparecido ya con el proceso formulario, resulta plausible también un surgimiento en paralelo de las dos instituciones, cuya fuerte diferenciación se justificaría (al menos en un primer momento) por sus respectivos objetos: *res Mancipi* en el caso de la fiducia, *res nec Mancipi* en el caso del *pignus*.²⁵

3.2.- DESDE EL SIGLO III A.C. HASTA EL SIGLO III D.C

A partir aproximadamente del siglo III a.C., la tutela del deudor se confiaba a una acción pretoria llamada *actio fiduciae*. Ésta podía ejercerse contra el acreedor que no respetaba el *pactum fiduciae* y no devolvía el bien al deudor que pagaba

²⁴ I. 2,59-60.

²⁵ LÓPEZ PEDREIRA, A.; SÁNCHEZ COLLADO, E.; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.; NÚÑEZ MARTÍ, M.A ; PÉREZ LOPEZ, X., *ob.cit.*, p.286

su deuda.²⁶ En este sentido, Cicerón señala que dicha acción invitaba al juez a comprobar si el demandado se había comportado *ut inter bonos bene agere oportet* (“como es necesario comportarse entre gente de bien”)²⁷. Como último repunto, cabe señalar que será en la época postclásica dicho instituto desapareció y en el Digesto el término *fiducia* fue sustituido por *pignus*.

Será a partir de finales de la época antigua y, sobre todo, durante el periodo preclásico y clásico cuando el contrato de prenda alcanzó su madurez. Dichas figuras eran: la prenda (*pignus datum*) y la hipoteca (*pignus conventum*). La primera referencia a la prenda se encuentra en el procedimiento de la *pignoris capio*, en la que —en algunos casos específicos previstos por la ley o por los mores— un sujeto tomaba posesión de un bien del acreedor para satisfacer su crédito.²⁸ Sin embargo, el objeto del presente trabajo no es centrarse en dicha prenda, denominada *pignus captum* (prenda tomada), sino la entregada voluntariamente, que se denominaba *pignus datum* (prenda dada).

Dada la evolución conjunta de contrato de prenda y derecho real sobre cosa ajena de prenda, la posibilidad de que la mera *conventio* entre las partes surtiese efectos reales denotaba el completo desarrollo del *pignus* en cuanto que contrato.²⁹

Los primeros testimonios sobre el *pignus* proceden de un tratado de agronomía escrito en torno al año 160 a.c por M. Porcio Catón “el Viejo” o “el Censor”, el *de agri cultura* (“Sobre el cultivo de los campos”). En él, el autor daba consejos de todo tipo para la correcta administración de fincas rústicas destinadas a uso agrario, incluyendo algunos relativos a las contrataciones necesarias. En un cierto momento, Catón se refería a la posibilidad de dar los aperos de labranza (*invecta et illata*) en prenda del cumplimiento de una obligación principal,

²⁶ CANTARELLA, E.; NÚÑEZ PAZ, M. I.; RUBIERA CANCELAS, *ob.cit.*, p.572.

²⁷ Cic. top. 17,66 y de off. 3,17,70.

²⁸ CANTARELLA, E.; NÚÑEZ PAZ, M. I.; RUBIERA CANCELAS, *ob.cit.*, p.573.

²⁹ PÉREZ LÓPEZ, X., CASTÁN, S., *ob.cit.*, p.286.

quedando claro de su discurso que ya entonces se concebía la posibilidad de constitución de la prenda por *conventio sin datio*, es decir, por el simple acuerdo de las partes y sin necesidad de entrega física de la cosa pignorada al acreedor de la obligación principal.³⁰

3.2.1.- *Pignus datum* (Prenda dada o entregada)

En primer lugar, respecto al objeto de la prenda, es preciso señalar que podría tratarse de cualquier cosa mueble, es decir, podía tratarse de una *res Mancipi* o de una *nec Mancipi*. Esta institución aparece hacia el final de la República, momento en el que el pretor, en su edicto, concedió al acreedor la tutela interdictal de la cosa pignorada durante el periodo en que esta se encontraba en sus manos. De forma paralela, también fue configurada una acción destinada a obtener la restitución de la prenda embargada por parte del deudor que había cumplido con su obligación.

Existen distintas hipótesis sobre lo que podría suceder en el caso de que el deudor no cumpliera con su obligación, sin embargo, parece posible que en este caso – y a diferencia de lo anteriormente señalado respecto al *pignus captum*- el acreedor no adquiriría la propiedad del bien. Esto es así puesto que el acreedor no tenía la propiedad del bien, sino tenía una *possessio* que no le consentía realizar la usucapión (posesión no *ad usucapionem*). De tal forma que la prenda en este caso no contaba con una función satisfactoria sino coercitiva, puesto que la principal motivación para cumplir por parte del deudor será el deseo de recuperarla.

Otros ordenamientos antiguos y, en concreto, el ateniense, respaldan también esta hipótesis. En este sentido, y en referencia a la imposibilidad de adquirir la

³⁰ CATÓN, M. P, *De agri cultura*, Madrid, 2009, p.146.

cosa dada en prenda por parte del acreedor, el romanista PAOLI acuñó el término “continuidad de la prenda”³¹.

3.2.2.- *Pignus conventum* o *hypotheca* (Prenda acordada o hipoteca)

Será a partir de la denominada época clásica cuando se comiencen a vincular algunos bienes para garantizar una deuda. En estos casos, tanto la posesión como la propiedad de los bienes se mantenían en el deudor. Podemos encontrar los antecedentes a esta práctica en el mundo griego, quienes solían delimitar con piedras las lindes del fundo donde pretendían establecer un derecho de prenda. En estas piedras, a las que llamaban ‘*horoi*’ se inscribía la hipoteca para hacerla constar, así como el nombre del acreedor. Posteriormente, ya en la época romana, esta práctica se heredó como un acuerdo informal o ‘*conventio*’, el cual se denominó ‘*pignus conventum*’. Este término hacía así referencia a que la prenda, para ser tal, debía de ser convenida o acordada entre las partes. Pero también será durante esta época clásica cuando se comience a emplear el término de ‘*hypotheca*’, en cuya virtud la cosa que se daba pasaba a denominarse ‘*res obligata*’³².

El uso de la ‘*conventio*’ como medio para constituir una prenda se da en los primeros casos con objeto como instrumentos o animales, los cuales eran llevados por el colono al fundo llevado en alquiler (*invecta et illata*), como así reflejan los primeros edictos pretorios. Posteriormente, aparecieron aplicados a las pertenencias de un inquilino en su vivienda alquilada, para posteriormente pasar a ser de aplicación general.

³¹ PAOLI, U. E. *Studi di diritto attico*, Firenze, 1930.

³² CANTARELLA, E., NÚÑEZ PAZ, M., RIBIERA CANCELAS, C., *ob.cit*, p. 573

El primer tipo de protección que se le concede a este novedoso concepto fue la tutela interdictal. Más concretamente, fue a través del *interdictum Salvianum*, el cual regulaba que, si un colono no pagaba el canon, el propietario del fundo podría tomar posesión de los '*invecta et illata*'. Más tarde, apareció la acción Serviana, la cual se extendía a seguir pudiendo tomar posesión de estos *invecta et illata* incluso si estos estaban ya en manos de terceros. Esta misma posteriormente evolucionó hasta poder aplicarse a cualquier supuesto de *pignus conventum*, por lo que la prenda tomó las características de derecho real.

Pasando a centrarnos en el papel que desempeña la prenda, podemos decir que es el de tratar de asegurar el cumplimiento de un acuerdo entre las partes de forma satisfactoria. Para ello, se encuentran dos soluciones: en primer lugar, que el acreedor pignoraticio adquiriera la propiedad de la cosa; y, en segundo lugar, que se adquiriera el derecho a vender la cosa objeto de la prenda, quedándose la parte correspondiente al crédito y devolviendo el excedente.

Si bien inicialmente se empleaba el primero de los sistemas, adquiriendo la propiedad mediante *lex commissoria*³³, más tarde se pasó al segundo método a través del *ius distrahendi* o derecho de vender. Tanto se impuso este segundo, que se estableció como norma general que, de no haberse concretado nada por contrato entre las partes, se procedería por esta segunda vía. Más tarde incluso Constantino llegaría a prohibir esta *lex commissoria*.³⁴

Otro principio que resultaba de aplicación en esta época en caso de que sobre una misma cosa recayesen una pluralidad de derechos de hipoteca era el '*prior tempore potior iure*'. O lo que es lo mismo, el primero en el tiempo tiene mejor

³³ GÓMEZ GARZÁS, J. *Posibles vestigios de la lex commissoria in causam obligationis en el pignus*, Revista General de Derecho Romano, N°17, 2011.

³⁴ Ideas extraídas de CANTARELLA E., NÚÑEZ PAZ M., RIBIERA CANCELAS C., *ob.cit.* p.574.

derecho que los que le sucedan, por lo que los segundos acreedores quedaban subordinados a la hipoteca del primero.

3.2.3.- *Pignus datum y pignus conventum*: la distinción entre *pignus* e *hypotheca*

Es necesario partir de la unidad del término *conventio pignoris* para poder discernir con claridad las diferencias que existen entre *pignus* e *hypotheca*. Se refiere al acuerdo de pignoración, el *pignus contractum* que se encuentra en la definición de Ulpiano³⁵: *pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est*.

Podemos deducir, por consiguiente, que el *pignus contractum* no es solamente cuando se produce la *traditio possessionis*, sino también cuando ha mediado simple acuerdo o *nuda conventio* (aunque no haya habido *traditio possessionis*).

Dentro de la *conventio pignoris* se distinguen dos modalidades de: *hypotheca* y el *pignus*. El término *hypotheca* surgió porque era necesario permitirle al acreedor la interposición de la misma acción Serviana que tenía frente a un tercero, también frente al propio deudor para exigirle la *restitutio rei* o bien el pago de la deuda garantizada. En este caso se utilizaba la misma *actio Serviana* que se rebautizó como *actio hypothecaria*.

La aparición de la *hypotheca*, cuya consolidación se puede fechar hacia el s.II, tuvo dos importantes consecuencias.

³⁵ D.13,7,1,pr.

En primer lugar, la acción aplicable (la *acción quasi serviana* o *hypothecaria*) era la misma en todos los casos de *conventio pignoris*, ya sea constituida mediante *traditio possessionis*, o bien constituida por el mero acuerdo (*nuda conventione*). La acción *quasi Serviana* es aquella por la que persiguen los acreedores las prendas o las hipotecas, porque respecto a la *actio hypothecaria* no hay ninguna diferencia entre la prenda y la hipoteca, ya que si se hubiese convenido entre el acreedor y el deudor que alguna cosa quede obligada por la deuda (*pro debito obligata*), se comprende una y otra en esta denominación.³⁶

Por otro lado, tal y como lo afirma Marciano, la prenda y la hipoteca son la misma cosa.³⁷ De tal forma que la prenda y la hipoteca únicamente difieren en el nombre.³⁸

Por lo tanto, podemos concluir con que se trata de dos modalidades de la misma institución (*conventio pignoris*) con una misma acción y régimen jurídico.

Serán los compiladores justinianeos los que señalaron que bastaba con que las partes pactaran sobre cualquier tipo de bien la constitución de una *hypotheca*, siendo indiferente que hubiese habido o no *traditio possessionis*, para que el acreedor pudiera interponer la *actio hypothecaria* en caso de impago de la deuda contra el tercero poseedor o contra el propio deudor.

Ante la expansión de este término, el concepto *pignus* quedó restringido a los casos en los que se había producido la *traditio possessionis* real y efectiva de una cosa mueble al acreedor. Es por eso por lo que resultan contradictorias las

³⁶ I. 4,6,7

³⁷ D. 20,1,5,1

³⁸ CHURRUCA, J. de, *Pignus, Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 339.

definiciones de los juristas clásicos en torno al concepto *pignus*. Según Ulpiano *pignus* será lo que pasa al acreedor, mientras que hipoteca será cuando la posesión se transmite.³⁹

Será Gayo quien dé una definición, que ya hemos analizado anteriormente, del término *pignus*⁴⁰. Se llama así porque se refiere al puño, ya que las cosas que se pignoran se entregan con la mano. Gayo deduce, por tanto, que el *pignus* se constituye sobre bienes muebles y exactamente la misma distinción aparece en las fuentes de la época justiniana.⁴¹

3.3.- DESDE EL SIGLO III D.C. HASTA LA MUERTE DE JUSTINIANO

Ya durante la etapa postclásica cae en desuso el término *hypotheca* para dar paso a un término único que englobaba los dos conceptos de prenda, siendo esta entendida tanto como *conventum como pignus datum*.

Este concepto se mantendrá englobado hasta bien entrada la etapa Justiniana, llegando incluso a incluirse en la propia Compilación justiniana con la única diferencia de que el *pignus datum* pasará a aplicarse únicamente a los bienes muebles, mientras que el *pignus conventum* será el reservado para denominar a los bienes inmuebles.

También se mantendrá la regla de temporalidad de '*prior tempore potior iure*' que se mencionó anteriormente. Sin embargo, durante este periodo postclásico se llega a adoptar que un acreedor posterior puede llegar a ejercer un '*ius offerendi*' ofreciéndose a satisfacer el crédito de uno o más acreedores anteriores,

³⁹ D. 13,7,9,2

⁴⁰ D. 50,16,238,2

⁴¹ I.4,6,7

tomando el lugar de éstos en la escala de prioridad, incluso contra su voluntad, y la regla permaneció en vigor en el derecho justinianeo⁴². Se establecen también otras excepciones a este principio, ejemplo de ello fue la prevalencia que se concede al *pignus publicum* sobre aquel establecido de forma privada⁴³. También en cuanto a las prendas privadas, fue reconocido un privilegio especial en algunas situaciones consideradas dignas de tutela especial, como la de la mujer para la restitución de la dote.⁴⁴

En cuanto al modo por el cual el acreedor podía satisfacer su contrato, tal y como hemos desarrollado antes, ya en la época de los Severos se imponía el *ius distrahendi* (derecho de vender) para que fuesen las propias partes quienes acordarse el modo de realizar el valor al objeto previsto en su contrato a no ser que se hubiese especificado expresamente algo diferente.

Es por eso por lo que la *lex commissoria* quedará relegada a situaciones muy excepcionales, hasta desaparecer finalmente en el 326 d.C. Fue durante la época de Constantino cuando se acabó prohibiendo este pacto de manera definitiva⁴⁵. Esto fue así debido a que se trataban de evitar las prácticas indebidas de acreedores que pretendían aprovechar esta condición ventajosa para ellos y de especial indefensión para los deudores para así adquirir la propiedad de bienes que tenían un mayor valor de lo que les correspondía con respecto a su crédito.

⁴² D. 20,4,11,4 (Gaius).

⁴³ Un ejemplo de este caso puede ser el privilegio que se concede al fisco por los créditos de impuestos.

⁴⁴ CANTARELLA, E.; NÚÑEZ PAZ, M. I.; RUBIERA CANCELAS, *ob.cit*, p.574.

⁴⁵ CT. 3,2,1=Cod. 8,34,3

Esta novedosa normativa tuvo un importante calado que le llevó a permanecer en vigor durante un largo periodo de tiempo. Tanto es así que ha legado a muchas legislaciones modernas, como es el caso de la italiana.

4.- EL PIGNUS COMO CONTRATO REAL

Como definición, son contratos reales aquéllos que se perfeccionan por el acuerdo de los intervinientes, *conventio*, y la entrega de la cosa, *datio rei*.⁴⁶

Se considera dentro de ésta categoría, conforme a lo previsto en las Instituciones de Justiniano, 3.14: el préstamo o mutuo, *mutuum*⁴⁷, el depósito, *depositum*⁴⁸, el comodato, *commodatum*⁴⁹, y la prenda, *pignus*⁵⁰.

4.1.- EL PIGNUS EN EL SISTEMA DE LAS FUENTES DE GAYO

El manual gayano en su explicación del derecho de obligaciones, realiza una bipartición según su causa (*causae obligationum*)⁵¹, pudiendo distinguirse entre: las nacidas de un contrato y las nacidas de un delito.

Gai. 3,88: “*Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*”.

⁴⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. Derecho Privado Romano, Madrid, 2015, p.533.

⁴⁷ I. 3, 14, 1.

⁴⁸ I. 3, 14, 2.

⁴⁹ I. 3, 14, 3.

⁵⁰ I. 3, 14, 4.

⁵¹ BIRKS, P, *The Roman Law of Obligations*, Oxford, 2014, p. 17

Por lo tanto, para Gayo toda obligación es contractual (*ex contractu*) o delictual (*ex delicto*). De lo anterior, se desprende una noción muy amplia del término *contractus*, identificado tal y como señala PARICIO con “una categoría donde se engloban todos los actos lícitos reconocidos por el *ius civile*, convencionales o no convencionales, destinados a crear un vínculo obligatorio, al margen del cual, y como contrapuesto a él, queda el ámbito de los delitos”.⁵²

Posteriormente, Gayo realiza una segunda *divisio* de las *obligationes*, ahora de las nacidas *ex contractu*, en los siguientes términos:

Gai. 3,89: “*Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*”.

En este mismo pasaje,⁵³ Gayo recoge todas aquellas relaciones obligatorias que nacen de un contrato (*ex contractu*), pero no a los *contractus* en sí. Por tanto, nuevamente discurre sobre la base de las posibles *causae obligationum*, hechos concretos que engendran obligaciones, no de figuras contractuales.⁵⁴

Estas actividades lícitas que engendran obligaciones *ex contractu* pueden ser agrupadas en cuatro géneros, independientes entre sí⁵⁵, que son los que

⁵² PARICIO, Javier, *Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana*, Madrid, 1994, p. 49 ss.

⁵³ La misma idea también aparece recogida en Gai. 3,88.

⁵⁴ FALCONE, Giuseppe, *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*, Capogrossi-Colognesi, Cursi, Napoli, 2011, p.30.

⁵⁵ WEGMANN STOCKEBRAND, A. *Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo*, Revista de Estudios Históricos-Jurídicos, Valparaíso, Chile, 2018, p.7.

aparecen recogidos en Gai. 3,89: las obligaciones que nacen de la entrega de una cosa transfiriendo el dominio quirritario sobre ella (*re*)⁵⁶, según el sentido de *re contrahere* que analizaremos en detalle a continuación; de una promesa formal verbal (*verbis*)⁵⁷; de la anotación de un traspaso ficticio de dinero en el libro de cuentas del acreedor con el consentimiento del deudor (*litteris*)⁵⁸; o del acuerdo de voluntades entre las partes (*consensu*)⁵⁹.

Por lo tanto, los actos lícitos serán la transferencia de dominio, la promesa formal verbal, la anotación en cuenta y el acuerdo de voluntades que se encuentren reconocidos por el ordenamiento jurídico para engendrar una obligación contractual. De tal forma que Gayo no define cada clase de obligación, sino que las explica a partir de los supuestos de hecho de los cuales emanan sus *causae*.⁶⁰

Tal y como aparece en la clasificación gayana, el primer género de las *obligationes ex contractu*, la *obligatio re contracta*, aparece recogida en los siguientes términos:

Gai. 3,90: “*Re contrahitur obligatio uelut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit*”.

⁵⁶ Gai. 3,90

⁵⁷ Gai. 3,92

⁵⁸ Gai. 3,182

⁵⁹ Gai. 3,135

⁶⁰ WEGMANN STOCKEBRAND, A. *ob.cit*, p.8.

En las Instituciones de Gayo, el fragmento citado es, junto con Gai. 3,89 y Gai. 3,119a, el único en que aparece la expresión *re contrahitur obligatio* (o *re contrahere*). De acuerdo con el significado gayano, esta *re contrahere* se constituirá como obligación siempre y cuando se lleve a cabo una *datio rei*, es decir, por medio de una transferencia de dominio.

En este sentido, existen autores que defienden que del texto gayano se deriva una idea muy restrictiva de *re contrahere* y, por tanto, de *obligatio re contracta*, limitada, como se ha dicho, a la *mutui datio* puesto que Gayo no volverá a emplear dicho sintagma respecto a ninguna otra forma negocial. Por tanto, la *mutui dato* será considerada como el único contrato real.

Otro aspecto problemático acompaña al término *velut*. Dicho término aparece comúnmente traducido como “por ejemplo”, sin embargo dicha partícula también puede ser traducida como “a saber”. Esta cuestión de matiz puede implicar significados diversos en la traducción de Gai. 3,90: *re contrahitur obligatio velut mutui datione*. De tal forma que puede implicar que el mutuo es un mero ejemplo de la causa o bien el único supuesto de *obligatio re contracta*. Autores que defienden este planteamiento encuentran ejemplos de esta traducción en diversos fragmentos como el correspondiente al cuarto libro del comentario de Pomponio a Quinto Mucio Escévola.

Otra cuestión para completar la noción de *obligatio re contracta* gayana corresponde al *nomen arcarium* que aparece recogida en Gai. 3,131: “*Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur. in his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae rei facit obligationem. qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere*”.

WEGMAN sostiene que, aunque no aparece así en términos explícitos y directos, el *nomen arcarium* representa, específicamente, un mutuo de dinero, por lo cual la expresión *numeratio autem pecuniae rei facit obligationem* debe entenderse relativa a la *mutui datio*.

Además, inmediatamente después de explicar que la *obligatio re contracta* se constituye por medio de una *mutui datio*, Gayo agrega que la *solutio indebiti*, el pago de lo no debido es también una causa de obligación real, aunque pone en entredicho su naturaleza *ex contractu*:

Gai. 3,91: “*Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*”.⁶¹

Como último punto sobre la noción *obligatio re contracta*, es necesario analizar un texto que no pertenece a Gayo, sino a un fragmento de la compilación justiniana:

D. 2,14,17pr. (Paul. 3 ad ed.): “*Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit*”.

⁶¹ WEGMANN STOCKEBRAND, A. *ob.cit*, p.15.

Se trata del único texto fuera de la tradición gayano-justiniana en el cual aparece la expresión *obligatio re contracta*. Del contenido del fragmento resulta que el *re contrahere* clásico se identifica con la *mutui datio* según algunos autores a pesar de que esta figura no aparece mencionada en términos específicos.

Tras haber analizado de forma más o menos exhaustiva los textos de Gayo, no parece posible sacar una solución concluyente. Gayo en sus Instituciones reconoce únicamente como contrato real el mutuo y la *solutio in debiti*, mientras que en las *res cottidianae* extiende la categoría al comodato, al depósito y al *pignus* (D.44,7,1,2-6; e I. 3,14,2-4). A mayores, la circunstancia de que en la enumeración de las *res cottidianae* se incluyan figuras de caracteres diferentes, puesto que, mientras el mutuo implica la transmisión de la propiedad del mutuante al mutuario, en el comodato, depósito y *pignus* la propiedad permanece en el constituyente. Todo esto ha hecho que la doctrina se encuentre dividida en la actualidad.

En este sentido, parece acertado el planteamiento de FREZZA en donde distingue dos aspectos fundamentales: en primer lugar, si es posible atribuir a los juristas clásicos una noción de *obligatio re contracta* menos rigurosa y más elástica que la de Gai. 3,90-91; en segundo lugar, si el propio Gayo en las *Res Cottidianae* hubiera podido aceptar y conocer esta más amplia concepción que ignora en sus Instituciones.

Sobre esta cuestión se pronuncia también ARANGIO-RUIZ donde señala que la atribución a al *pignus* de consideración como *obligatio re contracta* parece más propio de un añadido a manos post-clásicas y no dentro de la clasificación gayana, donde el único contrato real sería el mutuo. No obstante, GROSSO considera que Gayo pudo haber hecho un último esfuerzo sistemático.

4.2.- LA DOBLE NATURALEZA DEL PIGNUS

La prenda tiene una doble vertiente: real, conforme a la cual, el acreedor tiene sobre la cosa recibida en garantía un derecho real desde el mismo momento en que se produce la entrega de ésta; y obligacional.⁶²

El origen del *pignus* como contrato real resulta indisociable de la evolución del *pignus* como derecho real sobre cosa ajena. Más discutible es la relación de prenda con la fiducia, como anteriormente se ha mencionado, figura con la que comparte grandes similitudes funcionales.

Pese a la estrecha relación entre el contrato de prenda y el derecho real de garantía de prenda, ambos denominados *pignus* por los jurisprudentes romanos, es el caso de insistir ahora en la diferencia existente entre ambos.

El derecho real de garantía de prenda sobre la cosa pignorada, en cuenta que derecho real sobre cosa ajena, implicaba la atribución a su beneficiario de facultades limitadas sobre la cosa y la consiguiente limitación de las facultades correspondientes al propietario. No obstante, el derecho real de prenda respondía a una mecánica cortada a la medida de su empleo en un contexto de garantía, dada la configuración específica de las limitadas facultades sobre la cosa correspondientes a su beneficiario y al propietario durante la vigencia del derecho de prenda, así como la reabsorción de éstas en el haz de facultades dominicales del propietario al término de la existencia del derecho.

El contrato de prenda, cuyo punto de partida era la *traditio* por causa de constitución del derecho real de prenda con fines de garantía (o, en su caso, la *conventio* a tal efecto), fundaba el derecho del deudor pignoraticio a exigir del acreedor pignoraticio la restitución de la cosa pignorada en tanto que medio de

⁶² MIQUEL, J. *Derecho Privado Romano*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p.309.

garantía del cumplimiento de la obligación principal, así como el derecho del acreedor pignoraticio, en su caso, a repetir del deudor pignoraticio los gastos causados por la conservación de la cosa pignorada. Ambas obligaciones de las partes eran puramente contractuales y externas, por tanto, a la mecánica del derecho real de prenda en sí considerado.⁶³

Igualmente, la accesoriedad del contrato de prenda con respecto al contrato principal objeto de garantía se concretaba en la configuración de las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento de la prestación debida según la obligación principal por el deudor pignoraticio sobre la extensión de los derechos del acreedor de la obligación principal sobre la cosa pignorada (desapareciendo éstos en caso de cumplimiento o, en caso de incumplimiento, extendiéndose éstos, en su caso, bien al reconocimiento de un *ius retentionis* sobre la cosa a su favor, bien en la posibilidad de vender la cosa pignorada, como veremos), de acuerdo con el contenido del contrato de prenda (y, por tanto, según la voluntad de las partes) o mediante la adición al mismo de pacta.⁶⁴

También es necesario señalar que el *pignus* como figura jurídica, participa de una doble naturaleza:

- Como derecho real de garantía implica un *ius possidendi* inmediato (en el caso de *datio pignoris*). Pero en este sentido, tal vez sea la característica más destacada su disponibilidad por parte del acreedor en orden a la satisfacción

⁶³ Ideas extraídas de MARINO, S. Sull'accessorietà del pegno per la giurisprudenza romana, Nápoles, Jovene, 2018 y RATTI, U. Sull'accessorietà del pegno e sul "ius vendendi" del creditore pignoratizio, Nápoles, Jovene, 1985.

⁶⁴ LÓPEZ PEDREIRA, A.; SÁNCHEZ COLLADO, E.; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.; NÚÑEZ MARTÍ, M.A ; PÉREZ LOPEZ, X., Derecho Privado Romano, Reus, Madrid, 2018, p. 284.

del crédito en garantía del cual se constituye, en caso de incumplimiento por parte del deudor.⁶⁵

- Por otra parte como derecho real, tiene prioridad en concurrencia con otro derecho real de garantía análogo constituido posteriormente sobre el mismo objeto, principio que se expresara con la máxima *prior in tempore potior in iure*.

Será Ulpiano quien en D. 39, 2, 15, 25, revele la similitud de las situaciones del acreedor pignoraticio y el usufructuario al decir: “*Item quaeritur in pignoraticio creditore, an pignoris persecutio denegetur adversus eum, qui iussus sit possidere. Et magis est, ut, si neque debitor repromisit, neque creditor satisdedit, pignoris persecutio denegetur; quod et in fructuario recte Celsus scribit.*”

Sin embargo, existen autores que niegan al *pignus* su condición de contrato real por no encajar en el concepto de *creditum*. Tal y como defiende MASCHI⁶⁶, la obligación de la restitución es la nota esencial en este tipo de negocios y no se tiene necesariamente en el *pignus*, ya que, el acreedor pignoraticio en caso de incumplimiento pudo enajenar o tener per se la cosa pignorada. En contra de este planteamiento se pronuncia RASCON⁶⁷ que defiende que el *pignus*, como relación jurídica accesoria, puede extinguirse o bien por la extinción de la obligación principal a la que acompaña o de forma extraordinaria, en el supuesto de incumplimiento del deudor respecto de la obligación principal, mediante el sistema comisorio o *ius vendendi*. En estos últimos supuestos, es cierto que la

⁶⁵ FREZZA, *ob.cit.*, p. 96 y ss.

⁶⁶ MASCHI, C. A. *La categoria dei contratti reali: Corso di diritto romano*, Milán, 1973, p. 334 ss.

⁶⁷ RASCON, C., *ob.cit.*, p. 73.

relación crediticia desaparece, pero fruto de un acontecimiento excepcional – el impago - que ha provocado una anomalía al tipo estructural.

Otro argumento aportado por MASCHI⁶⁸ para negar la condición del *pignus* como contrato real reside en el plano de la tipicidad, en el hecho de que el *pignus* no genera una acción en el *ius civile*. En este sentido para el autor el concepto de tipicidad implica la identificación de los elementos estructurales que son propios de determinados negocios y no de otros. Por lo tanto, los negocios típicos deben de estar protegidos mediante la fórmula de *oportere*, de tal forma que darán lugar a una *obligatio* protegida por la fórmula in *ius*⁶⁹. Sin embargo, partiendo de estos presupuestos y que la idea del *pignus* no está dotada de *actio in ius*, entiende que no responde al tipo de contrato real.

4.3.- CONCEPTO Y CARACTERES DEL CONTRATO

4.3.1.- Concepto

Se configura la prenda como un contrato real en virtud del cual, el deudor, o un tercero en consideración a éste, en garantía del cumplimiento de una obligación, entrega la posesión de una cosa mueble al acreedor, *datio pignoris*, con la obligación por parte de éste, de devolver la cosa recibida, una vez que la deuda haya sido satisfecha.⁷⁰ De esta forma se recoge en D. 13, 7, 9, 2 (Ulpianus 28 ad ed.): *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem.*

⁶⁸ MASCHI, C. A. *ob. cit*, p. 336.

⁶⁹ MASCHI, C. A. *ob. cit*, p. 46.

⁷⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *ob. cit*, p.641.

La entrega de la cosa, necesaria para la perfección del contrato, se hace aquí a los efectos de que quede constituido sobre ella un derecho real. A parte las facultades que éste implica, entre el acreedor pignoraticio – que en el contrato de prenda resulta ser deudor – y el constituyente de *pignus* – acreedor en el contrato de prenda – median relaciones de tipo obligatorio.⁷¹

4.3.2.- Caracteres del contrato

- Real: Se trata de un contrato real, ya que se perfecciona con la entrega de la cosa (de tal forma que quedaría así excluida de esta consideración la hipoteca, ya que, como sabemos, en ella el deudor sigue en posesión de la cosa). Se perfecciona hasta que el deudor pignorante hace entrega de la cosa pignorada al acreedor pignoraticio.

- Bilateral imperfecto: Se dan siempre obligaciones a cargo de una de las partes (el acreedor pignoraticio, que tiene la obligación de restituir la cosa una vez le ha sido satisfecho su crédito) y, sólo eventualmente, a cargo del pignorante (en el caso en que la cosa recibida en prenda requiere gastos de conservación y ocasiona daños a su poseedor, el acreedor pignoraticio- poseedor de la cosa puede exigir su resarcimiento al deudo).

- De buena fe: Se discute si el contrato de prenda es o no un contrato de buena fe. La opinión dominante se inclina por una respuesta negativa, ya que, al parecer, la *actio pignoratitia* no contenía la cláusula *ex fide bona*.⁷²

⁷¹ ARIAS RAMOS, J; ARIAS BONET, J.A., *Derecho Romano II*, Madrid, 1977.

⁷² MIQUEL, J. Derecho privado romano, Madrid, 1992, p. 309.

4.3.3.- Elementos

- Elementos personales: Lo son el pignorante o deudor pignoraticio y el acreedor pignoraticio, que es el que recibe la cosa en garantía de cumplimiento de la obligación.

- Pueden darse en prenda todo tipo de cosas, incluso las inmuebles, ya que en Derecho romano (a diferencia del germánico) lo que distingue la prenda de la hipoteca no es el que recaiga sobre una cosa mueble o inmueble respectivamente, sino el hecho de que haya o no traspaso de la posesión.⁷³

- Por último, la prenda no tiene elementos formales.

4.3.4.- Sobre la accesoriedad de la prenda

Una característica peculiar del régimen jurídico del contrato de prenda es su accesoriedad, consecuencia de la causa del contrato, esto es, la garantía de la obligación principal. Este carácter accesorio del contrato principal con llevaba, por ejemplo, que la novación de la obligación principal supusiera la extinción de la prenda. Además, existía otra consecuencia indirecta de la accesoriedad y es que la obligación principal garantizada era considerada como deuda particularmente onerosa, a efectos de privilegiarla en el orden de prelación entre deuda de cara a la imputación de pagos, puesto que su impago por el deudor pignoraticio podía determinar la pérdida de la cosa pignorada.

⁷³ MIQUEL, J. *ob.cit*, p. 310.

En esta misma línea , podemos encontrar este fragmento en los comentarios al Edicto de Paula: “*Mediante novación hecha legítimamente se extinguen hipotecas y prendas; no corren los intereses*”.⁷⁴ Fue Papiniano quien incluía las obligaciones garantizadas mediante prenda en el orden de prelación de pagos aplicable en caso de falta de imputación expresa de un pago a la *solutio* de una obligación determinada, poniéndolas en tercer lugar, detrás de las obligaciones cuyo incumplimiento conllevara la infamia o una *poena*⁷⁵, si bien Ulpiano proponía un orden de prelación de pagos diferente.⁷⁶

5.- RÉGIMEN JURÍDICO DEL PIGNUS

5.1.- PACTOS AÑADIDOS

5.1.1.- *Pactum de distrahendo pignore*

En el caso de que el deudor no cumpliera su obligación principal, las partes podían pactar que el acreedor pudiera vender la cosa pignorada. Tal y como afirma CHURRUCA⁷⁷, la alusión más antigua a este procedimiento aparece en Ulpiano⁷⁸, apareciendo de forma expresa en un rescripto del emperador Alejandro en el año 229⁷⁹.

Tal y como afirma Ulpiano en (D. 13,7,4 libro XLI ad Sabinum): “*Si convenit de distrahendo pignore sive abinitio, sive postea, nontantum venditio valet, verum*

⁷⁴ D. 46,2,18

⁷⁵ D. 46, 3,97

⁷⁶ D. 46,3,7

⁷⁷ CHURRUCA, J. de, *Pignus, Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 330

⁷⁸ D. 13,7,24.

⁷⁹ C. 8,33,1.

incipit emtor dominium rei habere. Sed et si non convenerit de distrahendo pignore, hoc ta,em oire utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat ; ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat, et cessaverit », existen tres posibilidades en torno a la venta de la cosa pignorada en caso de impago:

- En primer lugar, en el caso de que se acordara la venta de la cosa pignorada (*pactum de distrahendo pignore*), la venta realizada por el acreedor y el comprador comienza a poseer la cosa.⁸⁰
- En segundo lugar, en el caso de que no se hubiera acordado nada, la venta por parte del acreedor también será considerada lícita.
- En tercer lugar, en el supuesto de que existiera un acuerdo precisamente para no vender la cosa pignorada (*pactum de no distrahendo pignore*), frente al acreedor se podrá interponer la *actio furti* siempre y cuando antes de la venta no se hubiera requerido al deudor tres veces para que pague y este hubiere dejado de hacerlo.⁸¹

Por lo tanto, en realidad, el pacto aludido por Ulpiano por el cual las partes prohibían la venta no impedía su realización por el acreedor si éste hacía el correspondiente requerimiento al deudor para que pague.⁸²

En relación con este último requerimiento al deudor por tres veces (*denuntiatio*), aparece también mencionado en PS 2,5,1: "*Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante debitori suo denuntiare debet ut pignus luat*

⁸⁰ D. 13,7, 6.

⁸¹ AZARA, A.y EULA, E. NNDI, Vol. XII, Unione Tipografico Editrice Torinese, Turín 1957, p.763.

⁸² FUENTESECA, M. Pignus e hypotheca en su evolución histórica, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2013, p. 162.

ne a se distrahatur” y en C.8,14,10 “debitores praesente prius denuntiationibus conveniendi sunt. Igitur si conventi debito satis non fecerint, persequenti tibi pignora seu hypothecas, quas instrumento specilitr comprehensas esse dicis, competentibusactionibus, rector provincia auctoritatis suae auxilium impertire non dubitabit”.

Tal y como sostiene JÖRS-KUNKEL⁸³, el remanente sobrante de la venta, deducido del importe del crédito (*superfluum*, o *hyperocha*)⁸⁴, volvía al deudor.

Este tipo de pacto terminó imponiéndose en la época imperial puesto que ofrecía protección tanto al deudor, como por la garantía que ofrecía en interés del acreedor. Este es el motivo por el que Gayo⁸⁵ afirmaba que el acreedor podía enajenar la prenda en virtud del mismo pacto, aunque la cosa no fuese suya.

Posteriormente, ya en la época clásica se entendía implícitamente incluido el *pactum de distrahendo pignore* en la *conventio pignoris*, confirmándose en el rescripto de Gordiano del año 238.⁸⁶

La venta se realizaba mediante pública subasta, cuyos requisitos principales eran el requerimiento al deudor, el respeto a la buena fe y el anuncio a los testigos.⁸⁷ En esta venta la cosa pignorada no podía ser adquirida por el propio deudor, aunque sí que podía adquirir la cosa por el mismo precio.⁸⁸ Con la evolución en el tiempo, se admitió que el acreedor, ante el impago del deudor, procediese a la *impetratio dominii* ante el emperador, que consistía en una

⁸³JÖRS, P; KUNKEL W. *Derecho privado romano*, Labor, 1937, p. 221.

⁸⁴ D. 20,4,20

⁸⁵ G. 2, 64

⁸⁶ C. 8,27,7.

⁸⁷ C. 8,28,4 y C. 8,27,9.

⁸⁸ D,13,7,13 pr y D.20,5,7,pr.

petición al emperador de que le fuese adjudicada la cosa pignorada por su justo precio.⁸⁹

5.1.2.- *Pactum commissorium*

La introducción del *pactum commissorium* significaba que solamente si el deudor pagaba la cantidad que recibió en préstamo, le sería restituida la cosa pignorada, mientras que, en cambio, si no pagaba, el acreedor era considerado adquirente de la misma por la cuantía del préstamo. Esta *lex commissoria*, tal y como afirma CHURRUCA⁹⁰ sería la cláusula de un acuerdo en la que se prevén determinados efectos específicos para el caso de que no se cumpla a su debido tiempo una obligación.

Este *pactum commissorium* se insertaba en el contrato de *pignus* por la necesidad del deudor que no contaba con tener los recursos suficientes para devolver el préstamo en el momento en que fuese exigible. Este tipo de pactos no beneficiaba ni al acreedor, puesto que como prestamista lo que realmente buscaba era la cuantía dineraria y no la cosa –tendría que conseguir venderla para cobrarla -, ni al acreedor. Por lo tanto, dicho pacto se abolió en el año 320 por Constantino.⁹¹

5.2.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

La obligación fundamental del acreedor es la de restituir la cosa al pignorante una vez que éste le haya satisfecho su crédito.⁹² Además, el deudor pignorante

⁸⁹ FUENTESECA, M. *ob cit.*, p. 165.

⁹⁰ CHURRUCA, J. de, *ob.cit*, p. 336

⁹¹ C. 8,35(34), 3

⁹² MIQUEL, J. *ob.cit*, p. 310

también está obligado a resarcir los gastos o indemnizar los daños que se hayan podido producir.

El acreedor pignoraticio está obligado a conservar la cosa y restituirla en las circunstancias acordadas o legalmente previstas.⁹³ No puede usar la cosa recibida en garantía, y si lo hace incurre en un hurto de uso, *furtum usus*. En el cumplimiento de sus obligaciones responde por custodia, es sentido técnico, y por culpa, así aparece recogido en D.13,7,13,1 (Ulpianus 38 ad ed.): *Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit*. Posteriormente, en el Derecho Justiniano la responsabilidad se restringirá a la culpa.

Por otro lado, también aparece regulado la situación de los frutos producidos por la cosa dada en prenda. El Código Justiniano⁹⁴ recoge que los frutos que se perciban por la cosa dada en prenda pasarán a computar como parte de la deuda que podrá servir para amortizarla en su integridad, de tal forma que se produce la extinción de la acción y la obligación de devolver la prenda. Los frutos percibidos deberán de ser atribuidos primero a los intereses y después al capital, a menos que el contrato esté acompañado de un pacto anticrético (*antichresis*), en virtud del cual los frutos valen como intereses crediticios.⁹⁵ En el caso de que los frutos sobrepasaran la deuda contraída, los sobrantes deberán ser devueltos.

⁹³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *ob. cit.*, p.642.

⁹⁴ C.4,24,1.

⁹⁵ D'AMELIO, M. y AZARA, A.: *ND, Vol.XVII*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1939, p.613

5.3.- ACCIONES ENTRE LAS PARTES

Al configurarse la prenda como un contrato entre las partes (*pignus contractum*), las partes intervinientes disponían de una serie de acciones para poder exigirse mutuamente lo pactado en caso de incumplimiento.

5.3.1.-La *actio pignoraticia* del deudor

Desde finales de la época republicana, el pretor concedía al deudor una acción edictal *in fandum* para poder exigir al acreedor la devolución de la cosa pignorada cuando la deuda ya había sido satisfecha.⁹⁶ De tal forma que, como señalaba Ulpiano⁹⁷, para que esta acción pignoraticia pudiera ejercitarse era indispensable que se hubiera pagado o satisfecho la deuda. En este sentido, es importante precisar que se entiende por satisfecho cualquier modo de aceptación por parte del acreedor, aunque el pago no se haya realizado. Esto implica, tal y como afirma Paulo⁹⁸, que se ejercita con mayor razón si el acreedor consistió que no se le pagara.

A partir de un rescripto del emperador Gordiano III⁹⁹, se crea la figura del llamado *pignus Gordianum*, que autoriza al acreedor a retener la prenda oponiendo la *exceptio doli* frente a la *actio pignoratica* del deudor cuando tuviera frente a él otras deudas impagadas – aunque no estuvieran garantizadas - y la obligación principal se hubiera extinto.¹⁰⁰

⁹⁶ D. 13,7,9,3

⁹⁷ D. 13,7,9,3

⁹⁸ D. 13,7,20,2

⁹⁹ C. 8,26,1,2

¹⁰⁰ Ideas sacadas de BUENO DELGADO, J.A., *Pignus Gordianum*, Dykinson, Madrid, 2004.

Otros supuestos donde se podrá ejercer la *actio pignoratitia* podrán ser para reclamar el *superfluum* después de que el acreedor hubiera vendido la cosa dada en prenda¹⁰¹ o si la cosa hubiese sido sustraída y el acreedor interpone la *actio furti*, el deudor podrá exigirle el remanente que se haya obtenido.¹⁰²

5.3.2.- La responsabilidad del acreedor pignoraticio

Aunque con anterioridad se han mencionado de manera sucinta parte de las responsabilidades en las que puede incurrir el acreedor pignoraticio, en este apartado se estudiarán de manera detallada cuáles son este tipo de responsabilidades que pueden afectar al acreedor.

- Responsabilidad por dolo, culpa y custodia

El deudor podía interponer la *actio pignoratitia* contra el deudor para exigirle responsabilidad por dolo o culpa y custodia de la cosa, salvo fuerza mayor.¹⁰³ De tal forma que se impone al acreedor toda aquella responsabilidad que entrañara cualquiera actuación dolosa o culposa, junto a esto también incurría en responsabilidad por custodia que solo estaría exento en el supuesto de fuerza mayor. En el caso de que el incumplimiento contractual fuese por dolo o culpa el acreedor responderá por ello. No obstante, la responsabilidad por custodia solo podrá ser exigida en el supuesto de que hubiera habido *traditio possessionis* al acreedor.

La *traditio possessionis* de la cosa es clave a la hora de poder aplicar la responsabilidad por custodia ya que, en este caso, será el acreedor quien tenga que demostrar que se empleó la diligencia debida. En el caso de que se tratara

¹⁰¹ D. 13,7,42 y C.8,27,20.

¹⁰² D.47,2,15,pr.

¹⁰³ D. 13, 7,13,1 y C. 8,14,19

de un incumplimiento de forma dolosa o culpable, era el deudor quien debía probarlo. Por último, también existía la opción en donde las partes se vinculaban a la cosa en caso de impago de la deuda, pero sin producirse la *traditio possessionis (respro debito obligata)*, en cuyo caso no cabría responsabilidad por custodia.

- Responsabilidad por daños

Los daños que se produzcan sobre bienes pignorados por el acreedor serán deducidos del montante debido por el deudor, así lo recoge el emperador Gordiano en una constitución en el año 241.¹⁰⁴ El término utilizado por Gordiano es el de *res supposita*, que tiene un significado más amplio que el de cosa entregada (*data*), de tal forma que, el acreedor tendrá que responder de todos los daños con independencia de que se haya producido la *traditio possessionis*.

- Responsabilidad por uso indebido

El uso de la cosa pignorada por parte del acreedor pignoraticio provoca el llamado *furtum usus*¹⁰⁵, únicamente se contempla la posibilidad poder arrendársela al propio deudor.

La finalidad del *pignus* es constituir un contrato accesorio de garantía, no un negocio jurídico que permitiera enriquecerse al acreedor. Por tanto, si el acreedor obtenía alguna ganancia derivada de la utilización de la cosa, el deudor estaría facultado a exigirle una indemnización pecuniaria por medio de la *actio furti*.

¹⁰⁴ C. 4,24,7

¹⁰⁵ D. 47,2,54 pr.

5.3.3.- Acciones del acreedor pignoraticio

- La *actio furti* del acreedor pignoraticio

Frente a extraños

El acreedor pignoraticio disponía de la acción de *furtum* cuando la cosa había sido sustraída. Gayo afirma¹⁰⁶ que esta acción podrá ser interpuesta por aquel que tenga interés en la conservación de la cosa, aunque no sea el dueño. En esta misma línea Ulpiano en D. 47,2,10, libro XXIX *ad Sabinum: Cuius interfuit non surripi is actionem furti habet*) afirma que tendrá esta acción aquél a quien le importe que no se hurte.¹⁰⁷ Sin embargo, esta afirmación es necesario completarla con lo que recoge Gayo¹⁰⁸, según el cual no siempre tiene la *actio furti* el interesado en salvaguardar la cosa, pero sí lo tendrá el acreedor pignoraticio cuando se haya obligado por prenda.

Además, el acreedor podrá ejercitar esta *actio furti* por la totalidad de la cosa sustraída, pero en el caso que supere la deuda contraída con el deudor deberá entregarle aquello que lo sobrepase, teniendo éste a su vez la acción pignoraticia.¹⁰⁹

Por otro lado, el acreedor de una cosa dada en prenda tiene también la *actio furti* no sólo contra el extraño, pero también contra el propio dueño¹¹⁰. No obstante,

¹⁰⁶ I. 3,302

¹⁰⁷ FUENTESECA, M. *ob.cit*, p.180.

¹⁰⁸ D. 47,2,49

¹⁰⁹ D. 47,2,15

¹¹⁰ D. 47,2,12,2

el deudor, es decir, el dueño, también puede ejercer la acción y en caso de concurrencia, será el acreedor quien tenga preferencia a la hora de realizarla.

Frente al deudor

Tanto Ulpiano¹¹¹ como Gayo¹¹² afirman que se puede interponer la *actio furti* por parte del acreedor pignoraticio incluso contra el propio deudor si se produce un intento de sustracción. De tal forma que en el caso de que este sustrajere la cosa dada en prenda cometería el llamado *furtum suae rei, furtum* en cosa propia.¹¹³

Existen distintas modalidades del *furtum* que puede cometer el deudor. En primer lugar, parece muy claro en el caso de que se produzca sobre una cosa pignoraticia con *traditio possessionis* al acreedor. Sin embargo, también puede darse en el caso de que no haya traslado posesorio de la cosa, es decir, el deudor que tenga la *conventio pignoris* y la hiciera desaparecer o la sustrajera de cualquier manera estaría sometido a la *actio furti*.

Por otro lado, también puede interponerse la *actio furti* en el supuesto de que el deudor cambiara la cosa pignorada por otra distinta. En este caso sólo existirá la *actio furti* si ha habido entrega de la cosa.¹¹⁴

¹¹¹ D. 47,2,12,2

¹¹² I. 3,204

¹¹³ I. 3, 200

¹¹⁴ D. 13,7,36 pr

- La *actio pignoratitia* contraria

Por gastos

El acreedor pignoraticio puede interponer la *actio pignoratitia* contraria para reclamar los gastos y los daños o perjuicios que le hubiere ocasionado el mantenimiento de la cosa pignorada.¹¹⁵

Hacen alusión a este derecho tanto Pomponio¹¹⁶ - mediante el ejemplo del esclavo o fundos pignorados que, en caso de fallecer pierde la retención, pero no la acción pignoratitia contraria – y en C. 4, 27, 4,1.

Por lo tanto, para reparar los gastos causados el acreedor contará tanto con el *ius retentionis* – si ha habido entrega de la cosa – o bien la *actio pignoratitia contraria* para reclamar cualquier perjuicio.

Por la sustracción de la cosa pignorada

Ulpiano¹¹⁷ considera que no hay *furtum* por parte del deudor si la cosa pignorada se sustituye no estando en poder del acreedor. En este caso, la acción que tiene el acreedor es la *actio pignoratitia contraria*, según afirma el mismo Ulpiano¹¹⁸. En cambio, si, por ejemplo, se hubiera mostrado oro para darlo en prenda, pero realmente se entrega bronce, el deudor quedará obligado por el oro de tal forma que el acreedor pignoraticio contará con la *actio pignoratitia contraria*.

¹¹⁵ FUENTESECA, M. *ob.cit*, p. 184

¹¹⁶ D.13,7,8 pr.

¹¹⁷ D.13,7,36 pr.

¹¹⁸ D. 13,7,1,2.

Por dar en prenda una cosa ajena o cualquier actuación dolosa del deudor

Tal y como menciona Ulpiano¹¹⁹, en el supuesto de que el deudor haya dado en prenda una cosa que no es de su propiedad o haya actuado de forma maliciosa, podrá el acreedor aplicar la acción pignoratícia contraria.

Se entiende como actuación maliciosa aquellos casos en los que el deudor dio como prenda una cosa ajena o bien si ésta estuviera obligada por el fisco.¹²⁰ En estos casos Paulo considera que se está cometiendo el *crimen stellionatus* – que se analizará en próximo epígrafe – que únicamente podrá quedar exento si se demuestra que ignoraba cuál era la situación de la cosa pignorada. No obstante, no quedará exento de responder mediante *actio pignoratícia* contraria.

5.3.4.- El crimen stellionatus y el iudicium contrario

El *crimen stellionatus* sirvió para sancionar las maquinaciones fraudulentas del deudor, dirigidas a menoscabar a sabiendas los intereses del acreedor, mediante la imposición de una pena, en los casos ya mencionados antes: pignoración de cosa ajena, o ya pignorada, u obligada al fisco.¹²¹

Tal y como señalaba Ulpiano¹²² este crimen se desarrolló en el ámbito de la *cognitio extra ordinem* y la pena variaba en función de la clase social.¹²³ Si era un plebeyo la pena podía consistir en una condena a las minas, mientras que si la clase social era mayor podía consistir en la relegación temporal o la remoción.

¹¹⁹ D. 13,7,9 pr.

¹²⁰ D. 13,7,16,1.

¹²¹ FUENTESECA, M. *ob.cit*, p. 186-187.

¹²² D. 47,20,3,2.

¹²³ D. 47,20,3,2

5.4.- Efectos frente a terceros

5.4.1.- El poder de disposición del deudor pignorante

Tal y como señala Paulo¹²⁴, en el caso de que se produzca la venta de una cosa pignorada no se elimina el gravamen que existe sobre ella. Esto es así puesto que se transmite el fundo con su propia condición: *cum sua causa*.¹²⁵ De esta forma, y en virtud de la *actio Serviana* que cuenta con oponibilidad *erga omnes*, el acreedor puede perseguir la cosa gravada ante cualquier tercero. Por lo tanto, el deudor pignorante podrá vender la cosa pignorada siendo adquirida por el comprador con este gravamen.

En este sentido, es importante destacar el papel del consentimiento ante este tipo de operaciones. Marciano¹²⁶ señala que, si las partes han estipulado que no sea lícita la venta de la cosa pignorada, su realización será considerada como nula. Sin embargo, autores como CHURRUCA¹²⁷ sostienen que desde el momento en que se reconoce al *pignus* efectos frente a terceros, este pacto de no enajenar dejará de ser necesario. De tal forma que, incluso aunque no exista consentimiento, en virtud de la *actio Serviana* anteriormente mencionada y posteriormente confirmada en un rescripto de Diocleciano¹²⁸, la cosa pignorada se transmitirá con un gravamen.

Por otro lado, si se cuenta con el consentimiento expreso para transmitir la cosa por parte del acreedor pignoraticio, dicho asentimiento tendrá efectos de forma

¹²⁴ D.13,7,18,2

¹²⁵ D'ORS, X. *La manumisión del esclavo hipotecado en derecho romano*, AHDE, 46, 1976, p.373-374.

¹²⁶ D. 20,5,7,2

¹²⁷ CHURRUCA, J. de., *Pignus*, *op.cit.* p. 354

¹²⁸ C. 8,27,12

que el deudor pueda pagarle con mayor facilidad. Un pasaje de Marciano¹²⁹ aclara que, recabado el consentimiento del acreedor, el deudor tendrá que pedir caución al comprador, antes de la venta, con el fin de garantizar que con el precio de la transmisión se pueda cubrir el importe de la deuda.

5.4.2.- El conflicto con el adquirente de la cosa pignorada: *actio furti*

El acreedor pignoraticio frente al adquirente de la cosa pignorada tenía la *actio Serviana* para exigir la *restitutio rei*. El problema podía surgir entre el vendedor y el comprador de la cosa pignorada en el caso de que el vendedor vendiera la cosa pignorada como libre de cargas, en este caso, según Paulo, se cometía *furtum*.¹³⁰ En este caso se ejercitaba la *actio furti* contra el vendedor cuando el adquirente se hubiera visto obligado a restituirla al acreedor.

Existe un caso especial donde no existe ningún tipo de conflicto con el tercer adquirente, este es el caso de la pignoración de fundos, que se trata de un caso de pignoración de los frutos del fundo análogo a la pignoración del derecho de usufructo. En estos casos la venta de la cosa pignorada por el deudor extinguía el derecho real de garantía. El deudor era entonces el que debía, o bien restituir la cosa pignorada o bien pagar la deuda. No rugía conflicto alguno entre el tercer adquirente y el acreedor pignoraticio del fundo.¹³¹

Es importante destacar que el tercero adquirente estaba protegido en el sistema romano de derechos reales de garantía. De tal forma que como comprador de una cosa gravada podía interponer la *actio furti* contra el vendedor para resarcirse de los perjuicios ocasionados.

¹²⁹ D. 20,6,8,10

¹³⁰ D. 47,2,66,pr.

¹³¹ FUENTESECA, M., *ob.cit*, p.194

5.4.3.- Instituciones protectoras del tercero poseedor

Todo tercero adquirente de una cosa pignorada estaba expuesto a que se ejercitara la *actio Serviana* por parte del acreedor en cualquier momento, lo que le obligaría a restituir el bien adquirido. Sin embargo, mientras no fuese así el tercero adquirente se mantenía ajeno a expensas de que el acreedor se decidiese a ejercitarlo contra él. Este hecho entorpecía de sobremanera la seguridad del tráfico de bienes.

Ante esta situación, desde el ámbito procesal se crea una institución denominada *praescriptio*, que buscaba hacer decaer el derecho del acreedor si no se ejercitaba durante un determinado periodo de tiempo. Con el tiempo esta institución se fundió con la *usucapio*, convirtiéndose en un modo derivativo de adquirir la propiedad.

- La *praescriptio* de la acción del acreedor

Frente al poseedor de la cosa pignorada

Se hizo necesario proteger al poseedor de la cosa pignorada o hipotecada cuando el acreedor, durante un largo periodo de tiempo, no ejercitaba su derecho. Esto se logró estableciendo un plazo de prescripción (*longi temporis praescriptio*) para el ejercicio de la acción hipotecaria por parte del acreedor.

La *praescriptio longi temporis* surge como instrumento para paralizar la acción del acreedor – demandante – mediante la oposición de una *exceptio* siempre y cuando el demandante no hubiera ejercitado una acción en un plazo de diez años *inter praesentes* o veinte *inter absentes*.

En un primer momento, la *longi temporis praescriptio* nació vinculada a los bienes inmuebles, sin embargo en el bajo imperio dejan de limitarse a estos bienes y se mencionan bajo el término *res obligata*¹³² o *rem aliquam*¹³³.

Frente al deudor

La *actio Serviana* prescribía cuando se interponía frente a cualquier tercer adquirente si transcurría el periodo de tiempo estipulado. Sin embargo, no existía esta prescripción cuando se interponía frente al deudor pignorante.

En esta línea, el emperador Gordiano¹³⁴ recoge que la *praescriptio longi temporis* hará que devengan ineficaces las acciones de los acreedores que persiguen la prenda, pero con una precisión fundamental, siempre y cuando no estuvieran en poder del deudor o sus sucesores, en ese caso la prescripción no computará.

Por lo tanto, podemos concluir con que el acreedor contaba con un plazo de diez años *interpraesentes* o veinte *inter absentes* para interponer una acción reipersecutoria frente al tercero poseedor.¹³⁵ Sin embargo, incluso aunque hubiera transcurrido ese plazo, el acreedor podrá exigir el pago de la deuda principal o la restitución de la cosa frente al deudor.

¹³² C. 7,36,1

¹³³ C. 7,39,8 pr.

¹³⁴ C. 7,36,1

¹³⁵ PS 5,2,3.

- La transformación de la *usucapio*

La *usucapio* no extintiva del derecho real de garantía

Tal y como se ha desarrollado en los epígrafes anteriores, en caso de impago de la deuda principal el acreedor pignoraticio podría ejercitar la *actio Serviana* o *hypothecaria* frente a cualquiera que tuviera el poder sobre la cosa pignorada.

En tiempos del jurista Papiniano se concede esta acción al acreedor incluso si ya habían transcurrido los plazos necesarios para la usucapión, es decir, no se deja a salvo la persecución de la prenda.¹³⁶ No solo eso, incluso en D.20,1,1,2 se recoge que la *actio serviana* se puede interponer incluso cuando el poseedor haya usucapido. Por lo tanto, la usucapión era extintiva del derecho real de garantía.

La *usucapio* extintiva del derecho real de garantía

La institución *longi temporis praescriptio* permitía que el tercero adquirente pudiera convertirse en dueño de la cosa una vez transcurridos los plazos. Esta institución presentaba un gran paralelismo con la *usucapio* que, sin embargo, presentaba unos plazos muchos más breves tal y como aparecían recogidos en la Ley de las XII tablas. De tal forma que los juristas romanos decidieron trasladar los plazos de la *longi temporis praescriptio* (diez años inter praesentes o veinte inter absentes)¹³⁷, pero manteniendo los requisitos de la *usucapio*: *titulus*,

¹³⁶ D.41,3,44,5

¹³⁷ II. 42

possessio continuada y *bona fides*. La fusión de ambas instituciones se confirmará en la constitución de Justiniano del año 531.¹³⁸

Por lo tanto, será en esta época justiniana cuando la *usucapio* se convierte en una forma de adquirir la propiedad desprendiéndose también de los gravámenes anteriores.

6.- EL CONTRATO DE PRENDA EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

Según la legislación española, el contrato de prenda tal y como hoy lo entendemos descende de la *conventio pignoris* romana, solo que se regulaba con mucha menos extensión de lo que se hacía ésta en el Derecho romano. Esta tendencia cambiará con Las Partidas, las cuales trataron de dotar a la prenda de una importante regulación bajo el nombre de '*peño*'. Sin embargo, la llegada del siglo XVI trajo consigo la desunión de los derechos de garantía, pasando ahora a tenerse en cuenta según recaigan en bienes muebles o inmuebles.

6.1.- Fuero Juzgo y fueros municipales

Con la llegada de la monarquía visigoda, se abolieron las leyes romanas para pasar al establecimiento de una cierta unidad legislativa, la cual estableció un concepto único de 'prenda'.¹³⁹ Además, durante esta época también se establecerá la prohibición de tomar prenda por la fuerza y se pasa a considerar ladrón a todo aquel que hiciera objeto de prenda una cosa robada. Se implanta, por otro lado, que, tras acordar una prenda de forma escrita sobre una deuda a plazos, se deben de otorgar diez días para realizar el pago, sobre los cuales

¹³⁸ C. 7.31

¹³⁹ Fuero Juzgo, Libro V, tit. 6º, bajo el título "*De los penos é de las debdas*".

computarán intereses. Una vez transcurridos estos, podrá el acreedor vender la prenda no sin antes mostrársela al deudor. El precio será el que estimen el acreedor y otros tres hombres buenos. El sobrante de la venta deberá ser restituido al deudor¹⁴⁰.

Además, durante la monarquía visigoda también se recogió que, sobre la prenda de inmuebles, quien la constituya debería aceptar que el acreedor se apoderase de los frutos que se generasen. Esto significaría una unión entre el Fuero Juzgo con los principios de derecho romano, aunque ahora se regulen de una forma mucho más sistemática y breve.

Con la Invasión Musulmana de la Península Ibérica desaparece la unidad legislativa, la cual pasa a segmentarse en pequeños códigos: Los fueros municipales, en los cuales prácticamente no se menciona el concepto de 'prenda'.

6.2.- El Fuero Viejo de Castilla

A mediados del S. XIII se incorporan al ordenamiento jurídico en el Fuero Viejo de Castilla algunas previsiones relativas a la prenda¹⁴¹, pasando a recogerse de forma muy escueta los principios romanos informadores de lo que fue la '*conventio pignoris*', pero se sigue considerando un derecho real único tanto para bienes muebles como inmuebles.

En este sentido, nos podemos encontrar con distintos ejemplos. En el caso de que se tratara de "*echar a peños vestiduras, armas bestias*", tanto la constitución

¹⁴⁰ FUENTESECA. Margarita. Pignus e Hypotheca en su evolución histórica, Editorial Andavira S.L, Santiago de Compostela 2013, 1ª Edición, p.209

¹⁴¹ Fuero Viejo de Castilla, tit.5º del libro III: "*de los peños*".

como la devolución de las cosas pignoradas deberán de realizarse en presencia de testigos.¹⁴² Otro ejemplo de prenda será aquel que donde se “*empeñen a otro guertas, o casas o viñas*”, que establecerá unos plazos donde no se podrá exigir la restitución de la prenda hasta que no se haya recogido lo labrado.¹⁴³

Sin embargo, el Fuero Viejo de Castilla trata también de dar una solución a la compleja cuestión de la publicidad. Se introduce la presencia de testigos en el momento de constitución como de devolución de la prenda tratando de suplir los anteriores conceptos de ‘*traditio possessionis*’ y ‘*status loci*’. Por lo tanto, como vemos, en esta etapa no se ahonda mucho más en estas cuestiones, por ser de menor nivel que el que había existido bajo el derecho romano. Prueba de ello fue que se evitara el concepto de ‘*possessio*’, que fue alcanzado por el alto nivel jurídico que se alcanzó en la etapa romana, pero que se evitó en el Fuero de Castilla. Estas carencias provocaron que el derecho castellano no llegara a extenderse a otros territorios ni se usara durante un largo periodo de tiempo, ya que en el S.XIV se dio por extinto¹⁴⁴.

6.3.- El Fuero Real

Esta es una obra sistemática del Rey Sabio en el año 1255. En ella, se asumen gran parte de los principios romanos y se agrupa en diez leyes.¹⁴⁵ Dentro de ellas, se recoge la prohibición de tomar las cosas en prenda salvo cuando exista un acuerdo entre las partes¹⁴⁶ y se instaura la obligación de devolución de la

¹⁴² Fuero Viejo de Castilla, Leyes I, II y III.

¹⁴³ Fuero Viejo de Castilla, Ley IV.

¹⁴⁴ TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho Español*, Editorial Tecnos, 4ª Edición, Madrid 1997 p.161

¹⁴⁵ Fuero Real, tit.19 del libro III, bajo el título “De los empeños y las prendas”.

¹⁴⁶ Fuero Real, Ley II.

prenda una vez pagada la deuda bajo pena del pago del doble al que fuera dueño y del valor simple al Rey.¹⁴⁷

Además, en esta época se considera que existe prenda haya o no traslado posesorio y tampoco se realiza distinción entre si su objeto contiene bienes muebles o inmuebles.¹⁴⁸

También el Fuero Real trata de enfocarse en la publicidad que afecta a la prenda, tratando de reproducir la idea romana de '*actio furti*' imponiendo la sanción que la ley romana reservaba para los hurtos a todo aquel que no asegurase la publicidad de la prenda¹⁴⁹, ya que esta debía ser manifiesta y nunca escondida. Pese a estos esfuerzos, el problema no quedó solventado del todo y posteriormente otras leyes trataron de corregir este precepto legal¹⁵⁰.

6.4.- Las Siete Partidas

6.4.1.-La prenda de muebles e inmuebles

En estos documentos redactados durante el reinado de Alfonso X se parte del concepto romano de '*conventio pignoris*' y se desarrollan todos sus principios de forma bastante extensa. Será, por tanto, característico el alto nivel jurídico al que

¹⁴⁷ Fuero Real, Ley III.

¹⁴⁸ Fuero Real, Ley IX, tit. 20, lib.III).

¹⁴⁹ Fuero Real, Ley IV, tit.20. lib.III.

¹⁵⁰ Tal es el ejemplo de la Ley 243 de Estilo, que contiene interpretaciones regias del Fuero Real y que establece la prohibición de enajenar los bienes afectos al pago de la deuda.

se llega con el Código de las Siete Partidas, que superarán ampliamente el nivel jurídico establecido en épocas anteriores.

Se dispone en la Ley I del tit. 13, part. V: *“Peño es propiamente aquella cosa que un ome enpeña a otro, apoderándole della e mayormente quando es mueble. Más segúd el largo entendimiento se entiende en la ley- Toda cosa quier sea mueble, o raíz, que sea empeñada a otri, puede ser dicha peño: maguer non fuess entregado della. Aquel a quien la empeñasen.”*

En este documento legal, el concepto de ‘peño’ anterior incluye todas las cosas muebles o inmuebles, aunque no se hiciese entrega de ella a quien fuera empeñada¹⁵¹. Además, también incluyen como novedad que la prenda de inmuebles se referirá sólo a los frutos de estos¹⁵². Por lo tanto, el acreedor pignoraticio no tendrá *possesio* sobre un fundo sobre el que tuviera peño, si no, que actuará como si fuese poseedor y tendrá derecho a los frutos del fundo.

Tampoco en las Partidas se distinguirá entre la prenda sobre bienes muebles o inmuebles. Tiene especial relevancia la disposición de la ley 14^a, la cual establece que, si el deudor la diese, vendiese, empeñase o enajenase a otro la cosa empeñada, con entrega de la posesión, puede el primer acreedor demandarle. Exigiéndole el pago de la deuda, y en el caso de no poder cobrar, deber exigir la cosa empeñada al tenedor de ella.

Los problemas podían ocurrir cuando la cosa pignorada se encontraba en poder de un tercero. Entonces hay preferencia para la acción personal, mediante la que

¹⁵¹ Se establecerán tres modalidades de prenda: La primera será la acordada entre los particulares, la segunda será la que se imponga en cumplimiento de los deberes judiciales, y la tercera se referirá a la prenda tácita o legal.

¹⁵² Las Siete Partidas, Ley XIV, tit.13, part. V.

se exige al deudor el pago de la deuda, frente a la acción real, con la cual se puede perseguir la cosa pignorada frente a un tercero y obtener su restitución. Este proceso será lo que antiguamente en la época romana se conocía como '*actio hypotecaria*', solo que ahora no conservará ese nombre, pero conservará sus características de acción mixta, real y personal.

6.4.2.- Otros principios romanos

Las disposiciones recogidas en Las Partidas, debido a su alto nivel jurídico se mantuvieron vigentes durante un largo periodo de tiempo. Tanto es así que se incorporaron en el orden de prelación de fuentes¹⁵³ el cual fue incorporado por Alfonso XI con objetivo de dotar de cierta uniformidad jurídica al reino.

La prenda en cuanto al objeto se sigue rigiendo por el derecho romano y se establece como novedad que se pueden dar en prenda incluso las cosas futuras, las cosas incorpóreas y los derechos de crédito, siempre y cuando sean estas determinables y así se haga constar.¹⁵⁴

En cuanto a la regulación procesal, las normas también serán prácticamente iguales a las romanas.¹⁵⁵ Se impondrá al acreedor la obligación de probar en juicio que efectivamente existe el acuerdo de prenda y así como de probar que era el dueño de la cosa o que tenía poder para empeñarla. Además, se introduce que para que el deudor recupere la cosa pignorada deberá de pagar todos los gastos hechos en la cosa.¹⁵⁶

¹⁵³ Establecido por la Ley 1ª del Tit.28 del Ordenamiento del Alcalá de 1348.

¹⁵⁴ Las Siete Partidas, Ley II, tit.13, part. V.

¹⁵⁵ Las Siete Partidas, Ley XVIII.

¹⁵⁶ Las Siete Partidas, Ley XXVII.

En cuanto a la prescripción, las Partidas prevén que la acción real de la acción real de prenda frente al adquirente de buena fe prescribe una vez pasados diez años entre presentes o veinte años entre ausentes. En cuanto a los preceptos formales, incluyen una norma que reserva mejor derecho en juicio a quien muestre una carta proveniente de escribano público en el que conste la constitución de la prenda frente al que no lo hiciera de esta forma¹⁵⁷.

7.- LA PRENDA EN EL CÓDIGO CIVIL

7.1.- INTRODUCCIÓN Y REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

El concepto de 'prenda' aparece por primera vez en nuestro actual Código Civil en el Libro Cuarto "*De las obligaciones y contratos*" en su Título XV denominado '*de los contratos de prenda, hipoteca y anticresis*'. Siendo así, encontramos que este contrato se encuentra inicialmente englobado dentro de lo que hoy consideramos como un derecho de garantía, aunque ya desde su primera rúbrica es considerado como un contrato. Tal y como recoge DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, '*por garantía se entiende toda medida de refuerzo que se añade a un crédito para asegurar su satisfacción, atribuyendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o unas nuevas facultades, como la retención de la cosa*¹⁵⁸'.

Debemos tener en cuenta que estas garantías nacen como aseguradoras del cumplimiento de la obligación por parte del deudor para la satisfacción de los intereses del acreedor o acreedores involucrados en el contrato. Es por ello por lo que las podíamos considerar como una herramienta judicial que trata de reforzar la posición diligente del acreedor para asegurar sus créditos.

¹⁵⁷ FUENTESECA. M. *ob cit.* p.217

¹⁵⁸ DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Instituciones de Derecho Civil, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1998, Vol.II/1, p. 342.

En este mismo sentido lo recoge OJEDA RODRÍGUEZ, quien entiende que son estos derechos de garantías los que refuerzan la postura jurídica del acreedor frente al deudor, constituyendo así un aumento del poder jurídico que a su vez provoca el nacimiento de un nuevo contrato, cuya vida circulará en paralelo al derecho de crédito cuya satisfacción se pretenda garantizar¹⁵⁹.

Es, por tanto, por lo que hoy podríamos concluir que estas garantías no son otra cosa que unos derechos específicos que recaen sobre cosas, tanto muebles como inmuebles, con objeto de asegurarlos en su cumplimiento. Se dará así al acreedor la facultad de enajenar la cosa y obtener de ella un valor que le satisfaga en rédito dinerario. Además, esta facultad tendrá carácter preferencial respecto al resto de los acreedores que pueda tener el deudor¹⁶⁰. Dentro de los derechos de garantía, el ordenamiento jurídico español regula los siguientes tipos: la hipoteca, la hipoteca inmobiliaria, la prenda sin desplazamiento de la posesión, la anticresis y, finalmente, la prenda. Sobre esta última será sobre la cual girará este apartado.

Así, este Título XV se referirá en dos de sus capítulos al contrato de prenda: en primer lugar, se encargará de diferenciarlo del contrato de hipoteca en su Capítulo I, para después referirse al contrato de prenda 'per se' en el Capítulo II.

7.2.- CONCEPTO Y REQUISITOS

Se designará como contrato de prenda aquel en cuya virtud se cree un tipo especial de garantía real mobiliaria. Este se caracterizará por requerir el desplazamiento posesorio de común acuerdo del bien mueble objeto del contrato

¹⁵⁹ OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano, p. 152.

¹⁶⁰ SERRANO FERNÁNDEZ.M, SÁNCHEZ LERÍA.R, AGUILAR RUIZ.R. Derecho civil patrimonial. II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. 2ª Edición P:204

hacia el acreedor o un tercero, sustrayéndolo así del deudor que sin embargo seguirá conservando su propiedad¹⁶¹.

La definición que podemos extraer del Código Civil actual es la heredada del concepto de '*pignus*' en el derecho romano. En el cual ya se establecía la prenda como garantía, el derecho del acreedor derivado de dicho contrato y el propio objeto dado en garantía¹⁶². Actualmente, la definición de prenda se centra en su noción de 'derecho', pero sin dejar a un lado su origen contractual.

El derecho de prenda será, por tanto, un derecho real sobre cosa ajena, mobiliario de realización del valor, en función de la garantía que exige el desplazamiento de la posesión.

Es importante matizar esta característica por la cual el deudor mantendrá su condición como propietario hasta el momento en el que se le otorgue a alguien como efecto de la ejecución del valor de la cosa. Además, la cosa sobre la cual puede recaer el derecho real de prenda puede ser de cualquier naturaleza, siempre y cuando estén dentro del comercio de los hombres y esta sea susceptible de posesión¹⁶³. Actualmente prácticamente podríamos decir que todo bien, derecho o activo que contenga un valor patrimonial, podría ser objeto de garantía prendaria. Pero, además, la evolución del derecho contractual ha permitido que los arquetipos en los pactos negociales hayan fomentado los derechos de garantía. Siendo así que, hoy en día podemos afirmar que prácticamente todos los bienes o activos, derechos o créditos- incluidos los futuros- pueden ser objeto de pignoración. Tanto es así que la prenda podría servir hoy para garantizar cualquier obligación, ya sea esta pura o condicional,

¹⁶¹ SERRANO FERNÁNDEZ.M, SÁNCHEZ LERÍA.R, AGUILAR RUIZ.R Ob.cit. P.205

¹⁶² GARCÍA GOYENA Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, Tit. III, Vol. IV, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, p. 237.

¹⁶³ Art.1864 CC.

sometida a término, presente o futura¹⁶⁴. Además, incluso se podrán garantizar obligaciones futuras con un contrato de prenda cuyo objeto también únicamente sea determinable en el futuro, en cuyo caso si la obligación principal desapareciese, decaerá también la prenda por razón de su accesoriadad.¹⁶⁵

Por otro lado, podemos decir que el contrato de prenda es un contrato de naturaleza real, debido a que será imprescindible para su perfeccionamiento que se entregue la cosa objeto del contrato de prenda, quedando excluido así el mero acuerdo de voluntades entre las partes¹⁶⁶. En cuanto a su forma, podemos afirmar que el contrato de prenda no debe de contener ninguna forma especial, sin embargo, para que este goce de plena fuerza frente a terceros, encontramos que el contrato debe contener una certeza en la fecha a través de un documento público¹⁶⁷.

7.2.1.- El objeto de la prenda

El Código Civil español tipifica la prenda clásica en sus Arts. 1863 y siguientes. En ellos, tal y como hemos mencionado en el párrafo anterior, la prenda nace de una relación contractual en la cual tendrá un papel fundamental la entrega, la transmisión posesoria. Sin embargo, como veremos más adelante existen modalidades de prenda más complejas que el Código Civil deja sin tipificación.

El objeto del derecho de prenda podrán ser tanto las cosas muebles como los derechos, pudiendo ser estos relativos o absolutos. Algunos autores mantienen que la prenda posesoria sólo será aplicable a aquellos bienes corporales por ser estos los únicos capaces de ser poseíbles. Lo que significaría que la prenda de

¹⁶⁴ VEIGA COPO, ABEL B. Tratado de la Prenda: La noción de prenda. Editorial Civitas. Madrid. 2017. Segunda Edición p.316.

¹⁶⁵ GARCÍA VICENTE. La prenda de Créditos. Editorial Civitas. Madrid. 2006. Primera edición. p.80.

¹⁶⁶ SERRANO FERNÁNDEZ.M, SÁNCHEZ LERÍA.R, AGUILAR RUIZ.R Ob.cit. P.207

¹⁶⁷ Art.1865. CC

derechos, entendida como aquella no incorporada a un título valor, sería atípica aunque válida¹⁶⁸. Un ejemplo de este tipo de pignoración que además es futura, puede ser una prenda sobre un derecho a una indemnización. Pero además objeto de la prenda también podrían ser las cosas consumibles, incorporales o fungibles.

Pero como decimos, el Art.1864 del Código únicamente incluye aquellas muebles, que estén en el comercio y sean susceptibles de sucesión, siendo de esencia que estas puedan resultar enajenadas¹⁶⁹.

7.2.2.- Requisitos

Como característica principal del derecho de prenda encontramos que el acreedor pignoraticio tendrá la facultad de conservar la cosa bajo su poder o bajo el de un tercero al cual se le haya entregado la cosa. La simple desposesión supone la exclusión de disponibilidad sobre el objeto sobre el que recae la prenda por parte del deudor. Es decir, eximirá al deudor de la posibilidad de gozar del bien¹⁷⁰. Por otro lado, el derecho a retener la cosa finalizará en el momento en el que se le retribuya por completo la obligación principal por la que se constituyó el contrato, incluyendo los intereses que se hayan devengado de esta¹⁷¹. El propósito de esta facultad que se otorga al acreedor no es otro que evitar que la obligación no se cumpla mientras que el deudor pueda seguir disponiendo y disfrutando de la cosa mueble que ha funcionado como garantía. Con esta misma finalidad es con la que se fijan unas limitaciones al derecho posesorio que ostenta el acreedor.

¹⁶⁸ CARRASCO PERRERA.A, CORDERO LOBATO.E, MARÍN LÓPEZ M. Tratado, II, Editorial Aranzadi 3ª Edición p.172

¹⁶⁹ Art.1858 CC

¹⁷⁰ PELLISÉ PRATS. B. Nueva Enciclopedia Jurídica. Editorial Francisco Seix, S.L. Tomo XX. 1ª Edición. 1993. Madrid. P.223

¹⁷¹ Art. 1866 I y 1871 CC

En primer lugar, el acreedor deberá de conservar y cuidar la cosa con la diligencia que se corresponde a un buen padre de familia.¹⁷² En caso de perderse o deteriorarse, el acreedor responderá conforme a lo establecido en los Arts. 1867, 1182 y 1183 del Código¹⁷³. Sin embargo, los gastos que correspondan a la mera conservación de la cosa seguirán corriendo a cargo del deudor.

El acreedor que ostente la cosa no podrá hacer suyos los frutos que esta genere. Únicamente cuando la cosa generase intereses, se podría realizar con los frutos una compensación que en cuanto superase la cantidad legítimamente debida, se imputará al capital¹⁷⁴.

Además, no podrá hacer uso del objeto sin previa autorización del deudor, quien conservará su naturaleza de dueño hasta el momento en el que se le pueda expropiar de la cosa dada en prenda¹⁷⁵. De abusar el acreedor de este derecho de uso, el deudor podría exigir que la cosa se constituya en depósito.¹⁷⁶ Es por esta última razón por la que se suele acudir a un tercero para disponer de la cosa objeto de la prenda. Este tercero será un detentador en nombre del acreedor pignoraticio, ha de ser elegido de común acuerdo y únicamente ostentará los derechos el contenido de hecho de la posesión que ostentaría el acreedor en su caso. Este tercero, por lo tanto, realizará las funciones que corresponderían a un depositario¹⁷⁷.

Por otro lado, mientras prevalezcan deudas anteriores entre las partes, aunque estas no estuvieran garantizadas por un contrato de prenda, se podrá prorrogar

¹⁷² Art.1867 CC

¹⁷³ SERRANO FERNÁNDEZ.M, SÁNCHEZ LERÍA.R, AGUILAR RUIZ.R Ob.cit P:205

¹⁷⁴ Art. 1868 CC

¹⁷⁵ Art.1869 CC

¹⁷⁶ Art.1870 CC

¹⁷⁷ PELLISÉ PRATS.B. *Ob cit.* P.224

la retención de la cosa por parte del acreedor hasta que se le satisfagan todos los créditos¹⁷⁸. En caso de que se incumplan las obligaciones garantizadas, el acreedor podrá acceder a un procedimiento de carácter extrajudicial y especial mediante el cual se tratará de obtener el valor de la cosa¹⁷⁹.

Finalmente, cabe mencionar que el acreedor sí tendrá capacidad para ejercitar algunas acciones reales que de forma ordinaria competirían al dueño. Este será el caso de las acciones reivindicatorias o sumarias de tutela posesoria que se puedan ejercitar frente a terceros con motivo de defender su situación posesoria¹⁸⁰.

7.3.- CARACTERÍSTICAS

En primer lugar, es importante que recordemos que este trabajo versa sobre el contrato de prenda, por lo que su característica principal será que dicha garantía se establece en base a un contrato. Como hemos mencionado anteriormente, los derechos reales conferirán a su titular una serie de facultades para garantizar su crédito. Es por ello por lo que el legislador ha dotado al contrato de prenda de unas características sumarias que ha de reunir, siendo estas unos requisitos y particularidades específicos.

Debemos entender la prenda como una garantía, es decir, debemos observar que la obligación que se pretende garantizar es la base y origen de este derecho, ya que esta se constituye con el principal objetivo de que la obligación quede satisfecha.

¹⁷⁸ Art.1866 II CC

¹⁷⁹ Art.1871 I CC.

¹⁸⁰ SERRANO FERNÁNDEZ.M, SÁNCHEZ LERÍA.R, AGUILAR RUIZ.R Ob.cit P.206

Además, se caracteriza por su nota de accesoriedad, la cual tiene como finalidad última la de asegurar la obligación principal a la que acompaña¹⁸¹. Es decir, la obligación garantizada es la obligación principal y el contrato de prenda será accesorio a ella. De esta característica se destaca que conlleva¹⁸² por una parte, que el efecto que producirá la garantía no podrá ir desligado al fundamento de otra obligación válida. En segundo lugar, que el objeto que corresponda al contrato de prenda no podrá exceder del contenido de la obligación principal. En tercer lugar, que dicha garantía no podrá transformarse en una condición más gravosa que la que suponga la principal. Y, finalmente, podemos decir que la garantía se extinguirá y se transmitirá de forma paralela junto con la obligación principal.

Otra característica muy importante del contrato de prenda es su carácter real o '*iura in re*'. Esto es, que sea su propietario¹⁸³ quien constituya el contrato de prenda sobre el bien, teniendo así libre disposición de la cosa¹⁸⁴. Dentro de esta nota, es importante señalar caracteres como el de inmediatez, por el cual debe existir un efecto de entrega de la cosa objeto del contrato de prenda al acreedor o tercero.

Es otra característica de este contrato la especialidad, en tanto se constituye sobre bienes específicos y determinados que son propiedad del deudor. Singularizándose así este bien y no estando generalizado dentro del total de su patrimonio.

Otra nota podría ser la inherencia y oponibilidad *erga omnes* del contrato de prenda, también llamada reipersecutoriedad. Esto es, que el bien va ligado a su

¹⁸¹ Art.1851. I CC.

¹⁸² FUGARDO ESTIVILL Opus cit. Pág. 295.

¹⁸³ 1852. II CC

¹⁸⁴ 1852. III CC

garantía, pudiendo así el acreedor ejecutarla incluso para emprender acciones posesorias si la cosa se pierde contra su voluntad con los poderes que le corresponderían al deudor como dueño.

Por otro lado, cabe mencionar la realización del valor del objeto gravado o *ius distrahendi*¹⁸⁵. Por el cual en caso de que la obligación principal caiga en impago, el acreedor podrá retener la cosa objeto de prenda y obtener por ella su valor mediante los procedimientos legalmente establecidos.

Además, la prenda contará con una preferencia para el cobro o *ius praelationes*. Esto es, el titular de un derecho real de prenda tendrá esta condición especialmente favorable.¹⁸⁶ Si se da el caso de caer en un concurso de acreedores, será el acreedor pignoraticio quien tenga una preferencia especial para el cobro de su crédito con respecto al resto de acreedores.

También cuenta con la característica de indivisibilidad¹⁸⁷ manteniéndose la garantía indivisible desde el perfeccionamiento del contrato hasta que se llegue a su extinción.

Otra de sus propiedades es la exclusividad, la cual denota que el derecho se ejerce exclusivamente por su titular. Es decir, no necesita que terceros participen en la relación contractual si no está expresamente así incluido en el contrato de prenda. Esta característica comienza a partir del momento en el que se constituye y perfecciona el contrato. Pero, además, la exclusividad trae consigo la imposibilidad de que aparezca esta carga o similar sobre un mismo bien, salvo que este contrato se realice de forma ordenada y ambos sean compatibles entre

¹⁸⁵ Art.1858 CC

¹⁸⁶ Art.1922 y 1923 CC

¹⁸⁷ Arts. 1860 y 1886 CC

sí. Esta situación será imposible si el acreedor resulta perjudicado de la carga en el bien.

7.4.- PROMESA DE CONSTITUCIÓN DE LA PRENDA

Si bien es cierto que para la correcta constitución del contrato de prenda se exige la realización de una serie de requerimientos formales, como puede ser la necesidad de un contrato y el desplazamiento posesorio, nada impide la existencia de la promesa de constituir prenda.

Esta, únicamente producirá una acción interpersonal entre las partes sobre la cual puede recaer responsabilidad criminal si una de ellas incurriese en fraude al mismo efecto que tendrá el contrato de prenda ordinario que se recoge en el Art.1862.

Por lo tanto, podemos decir que la promesa de constitución de la prenda únicamente otorga al destinatario la facultad de exigir su cumplimiento¹⁸⁸.

7.5.- REALIZACIÓN DE VALOR Y PROHIBICIÓN DE PACTO COMISORIO

Tal y como sostiene BÜLOW, el fin último del derecho de prenda no es otro que, llegado el momento, se ponga a disposición el objeto pignorado para la satisfacción de la deuda con el producto o beneficio que pueda obtenerse de su utilización.

¹⁸⁸ SERRANO FERNÁNDEZ.M, SÁNCHEZ LERÍA.R, AGUILAR RUIZ.R Ob.cit p.202

Tal y como hemos mencionado anteriormente, el acreedor en el contrato de prenda será quien goce del *ius distrahendi*, que le permitirá tomar las acciones necesarias para ejecutar cosa en el caso de que el deudor incumpla su obligación protegida. Ahora bien, este derecho no podrá hacerse de forma autónoma por el acreedor, sino que será de necesario cumplimiento que este promueva la enajenación del bien a través de las vías legales correspondientes.

Así, el Art.1859 CC dispone: «*el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas*». Por lo que se prohíbe expresamente la existencia de un pacto comisorio en estas condiciones. Siendo así, el acreedor tendrá prohibida la adquisición automática de la propiedad objeto del contrato de prenda, así como su ejecución discrecional y privada. Esta disposición tiene como objetivo el respeto a la '*par conditio creditorum*', y a su vez que no resulte desigual el valor del bien gravado con respecto de la deuda que tenga como consecuencia un empobrecimiento injusto de una de las dos partes. Sin embargo, teniendo estos aspectos en cuenta, se entenderán como válidos por no incurrir en la prohibición de pacto comisorio:

- En primer lugar, a los pactos en los que se contemple que el acreedor, una vez deducido el importe del crédito no satisfecho, pueda adquirir el bien otorgado en garantía siempre y cuando su valor se haya fijado en base a criterios claros y objetivos.

- En segundo lugar, pese a la contradictoria doctrina jurídica, podría ser considerado legal el 'Pacto Marciano', mediante el cual acreedor y deudor acuerdan que éste, en caso de incumplimiento de la obligación principal, transmitirá un bien de su propiedad una vez realizada su valoración de forma objetiva, debiendo devolver el primero el posible exceso que suponga

respecto a la deuda¹⁸⁹. Es característica esencial este elemento de objetividad, ya que al tener el bien otorgado en garantía un valor dinerario estable, no existirá tal riesgo de lesión para las partes.

- Para concluir, podemos mencionar que tras encontrarse vencida la obligación, nada impedirá que acreedor y deudor acuerden la dación en pago o que concluyan, entre otros, un acuerdo transaccional. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que, en virtud del principio *utile per inutile non vitiatur*, la garantía no queda afectada por la posible nulidad del pacto comisorio¹⁹⁰.

7.6.- PRENDAS ESPECIALES

Junto al modelo ordinario de prenda anteriormente expuesto, podemos observar otras modalidades de carácter especial: La prenda irregular, la prenda de créditos y la prenda constituida en garantía de préstamos concedidos por los Montes de piedad y demás establecimientos públicos. En cuanto a la primera, la prenda irregular, cabe decir que esta recae sobre dinero u otra cosa fungible, tiene como particularidad que, en caso de incumplimiento, no será necesario recurrir a los procedimientos legales de realización de valor para el bien pignorado, sino que será el acreedor quien imputará directamente a la deuda el importe de dinero que se recibió como prenda.

En cuanto a la prenda de créditos, podemos decir que pese a no ser estos susceptibles de posesión en sentido literal, son susceptibles de ser constituidos como objeto de un contrato de prenda, tal y como ha admitido jurisprudencia reiterada¹⁹¹. En esta tipología especial de prenda el deudor cede al acreedor un

¹⁸⁹ STS 27 marzo 1926, 1 marzo 1930 y el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación.

¹⁹⁰ SERRANO FERNÁNDEZ.M, SÁNCHEZ LERÍA.R, AGUILAR RUIZ.R Ob.cit p:204

¹⁹¹ STS 10 marzo 2004. Número de Recurso: 5596/1999

crédito en garantía de una determinada obligación, notificándolo al deudor cedido a efectos de convertir al crédito en indisponible para el pignorante (se trata de un mecanismo sustitutivo del desplazamiento posesorio). En caso de incumplimiento, el acreedor pignoraticio puede cobrar el crédito dado en prenda si éste vence antes que la obligación garantizada, operando como una suerte de prenda irregular. Si, por el contrario, el crédito garantizado vence antes que el dado en garantía, lo más lógico sería esperar a que venciera éste. para exigir al deudor cedido su pago, imputándolo entonces a lo que se le adeude por el mecanismo de la prenda irregular¹⁹².

Uno de los supuestos más típicos y usuales es la pignoración de títulos valores, como las acciones o participaciones que incorporan un derecho de crédito fácilmente transmisible e identificable. Este tipo de prendas se contempla expresamente en el artículo 132 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, el cual establece que, salvo disposición contraria de los estatutos, en caso de prenda de participaciones o acciones corresponderá al propietario el ejercicio de los derechos de socio, quedando el acreedor pignoraticio obligado a facilitar dicho ejercicio.

Finalmente, las prendas constituidas en garantía de préstamos concedidos por los Montes de Piedad y demás establecimientos públicos, que por instituto o profesión prestan sobre prendas, se regularán por las leyes y reglamentos especiales que les conciernan y subsidiariamente por las disposiciones del Código Civil.

¹⁹² DÍEZ-PICAZO y GULLÓN Ob cit. P.346

7.7.- EXTINCIÓN

La accesoriidad del derecho real de prenda implica que ésta se extinguirá cuando lo haga la propia obligación garantizada, ya sea porque se ha cumplido o por el resto de causas de extinción previstas en el Código civil¹⁹³. Por esta razón, el artículo 1871 CC establece claramente que no puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses, con las expensas en su caso.

Otra modalidad de extinción del contrato de prenda puede ser la pérdida de la cosa pignorada, salvo que este contrato se encuentre asegurado, en cuyo caso pasará la garantía a recaer sobre el derecho de crédito para el cobro de la indemnización. Hay que tener en cuenta, además, que el Código Civil contempla en su artículo 1191 una presunción de extinción de la obligación accesoria de prenda cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor. Se trata de una simple presunción *iuris tantum*, por lo que es perfectamente posible que el acreedor pruebe que entregó el objeto con una finalidad diferente a la extintiva (por ejemplo, para repararlo).

8.- COMPARACIÓN ENTRE EL CONTRATO DE PRENDA EN ROMA Y EL CONTRATO DE PRENDA EN LA ACTUALIDAD

En este último apartado nos proponemos realizar un breve estudio comparativo entre el contrato de prenda en el derecho romano y el regulado en la actualidad, pudiendo apreciar que no han existido notables diferencias entre ambos periodos más allá de su aplicación a nuevos ámbitos y la generalización, sobre todo, de la hipoteca, que aparecerá en un primer momento en época romana ligada al *pignus*.

¹⁹³ Art. 1156 CC

Es necesario señalar que la definición de prenda recogida en el presente Código Civil es la heredada del concepto de *pignus* en el derecho romano. En el cual ya se establecía la prenda como garantía, el derecho del acreedor derivado de dicho contrato y el propio objeto dado en garantía. Actualmente, la definición de prenda se centra en su noción de 'derecho', pero sin dejar a un lado su origen contractual.

Los elementos que se mantienen desde el Derecho romano lo son el pignorante o deudor pignoraticio y el acreedor pignoraticio, que es el que recibe la cosa en garantía de cumplimiento de la obligación.

En un primer momento, las numerosas fuentes jurídicas romanas recogen la posibilidad de que se pueda constituir el *pignus* tanto sobre cosas muebles como sobre inmuebles, pero siendo siempre la cosa dada en prenda enajenable. Posteriormente, a partir de finales de la época antigua y, sobre todo, durante el periodo preclásico y clásico, empezarán ya a diferenciarse las figuras de la prenda (*pignus datum*) y la hipoteca (*pignus conventum*). Pueden darse en prenda todo tipo de cosas, incluso las inmuebles, ya que en Derecho romano (a diferencia del germánico) lo que distingue la prenda de la hipoteca no es el que recaiga sobre una cosa mueble o inmueble respectivamente, sino el hecho de que haya o no traspaso de la posesión. En la actualidad, lo que caracteriza al contrato de prenda es que recae sobre cosas muebles que estén en el comercio y sean susceptibles de posesión (art. 1864 CC), mientras que la hipoteca se reservará para bienes inmuebles (art. 1874 CC).

Por lo tanto, en el Código Civil actual se designará como contrato de prenda aquel en cuya virtud se cree un tipo especial de garantía real mobiliaria. Este se caracterizará por requerir el desplazamiento posesorio de común acuerdo del bien mueble objeto del contrato hacia el acreedor o un tercero, sustrayéndolo así del deudor que sin embargo seguirá conservando su propiedad.

Hoy en día podemos afirmar que prácticamente todos los bienes o activos, derechos o créditos- incluidos los futuros- pueden ser objeto de pignoración. Tanto es así que la prenda podría servir hoy para garantizar cualquier obligación, ya sea esta pura o condicional, sometida a término, presente o futura. Además, incluso se podrán garantizar obligaciones futuras con un contrato de prenda cuyo objeto también únicamente sea determinable en el futuro, en cuyo caso si la obligación principal desapareciese, decaerá también la prenda por razón de su accesoriedad.

Al igual que en el Derecho Romano, el contrato de prenda es un contrato de naturaleza real, debido a que será imprescindible para su perfeccionamiento que se entregue la cosa objeto del contrato de prenda, quedando excluido así el mero acuerdo de voluntades entre las partes.

Desde el punto de vista de la forma, en el Derecho romano no presentaba ninguna forma especial, sin embargo, en la actualidad, para que el contrato de prenda pueda ejercerse frente a terceros, debe contener una certeza en la fecha a través de un documento público (art. 1865 CC).

Sobre los derechos y las obligaciones de las partes, no existen diferencias entre el régimen aplicable en el Derecho romano y el existente en el Código Civil. Tanto en el Derecho romano como en la actualidad, la obligación fundamental del acreedor es la de restituir la cosa al pignorante una vez que éste le haya satisfecho su crédito. Además, el deudor pignorante también está obligado a resarcir los gastos o indemnizar los daños que se hayan podido producir. De esta manera se recoge en el Código Civil que el acreedor deberá de conservar y cuidar la cosa con la diligencia propia de un padre de familia y, en el caso de deterioro o pérdida, deberá de responder ante ello. No siendo así en el caso de los gastos de conservación que correrán a costa del deudor.

En el derecho romano se recoge que el acreedor no puede usar la cosa recibida en garantía, y si lo hace incurre en un hurto de uso, *furtum usus*. En el cumplimiento de sus obligaciones responde por custodia, es sentido técnico, y por culpa. En la actualidad, esta característica se mantiene intacta, añadiéndose la particularidad de que en el caso de que el acreedor abuse de ese derecho de uso, el acreedor podrá exigir que la cosa se constituya en depósito. Es decir, será un tercero depositario quien dispondrá de la cosa objeto de la prenda.

Por otro lado, también aparece regulada en el Código Justiniano la situación de los frutos producidos por la cosa dada en prenda, cuestión que se mantiene inamovible hoy en día. El acreedor no puede hacer suyos los frutos que la cosa dada en prenda genere, sin embargo, siempre y cuando la cosa genere intereses podrán estos frutos ser atribuidos a ellos como compensación y una vez satisfechos podrán después pasar a la restitución del capital.

Respecto de las acciones entre las partes intervinientes, disponían de una serie de acciones para poder exigirse mutuamente lo pactado en caso de incumplimiento. Dichas acciones que se han desarrollado con profundidad anteriormente son compartidas en el derecho civil actual con escasas modificaciones. Ejemplo de estas acciones en la actualidad serán aquellas acciones reivindicatorias o sumarias de tutela posesoria que se puedan ejercitar frente a terceros con motivo de defender su situación posesoria.

Ya desde sus orígenes en el derecho romano se plantea la accesoriedad que acompaña al contrato de prenda. Esto implica que la obligación garantizada es la obligación principal y el contrato de prenda será accesorio a él, debiendo entender la prenda como una garantía. Esto supone que este contrato accesorio dependerá directamente de la obligación principal, extinguiéndose y modificándose junto a ella. Además, no podrá exceder el contenido de la obligación principal.

Cuestión interesante y que ha sufrido modificaciones a lo largo del transcurso del derecho romano tendrá que ver el papel que desempeña la prenda, podemos decir que es el de tratar de asegurar el cumplimiento de un acuerdo entre las partes de forma satisfactoria. Para ello, se encuentran dos soluciones. En primer lugar, que el acreedor pignoraticio adquiriera la propiedad de la cosa. Y, en segundo lugar, que se adquiere el derecho a vender la cosa objeto de la prenda, quedándose la parte correspondiente al crédito y devolviendo el excedente.

Si bien inicialmente se empleaba el primero de los sistemas, adquiriendo la propiedad mediante *lex commissoria*, más tarde se pasó al segundo método a través del *ius distrahendi* o derecho de vender. Tanto se impuso este segundo, que se estableció como norma general que, de no haberse concretado nada por contrato entre las partes, se procedería por esta segunda vía. Más tarde incluso Constantino llegaría a prohibir esta *lex commissoria*. *En la actualidad, el art. 1859 CC dispone: «el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas»*. Por lo que se prohíbe expresamente la existencia de un pacto comisorio en estas condiciones. Siendo así, el acreedor tendrá prohibida la adquisición automática de la propiedad objeto del contrato de prenda, así como su ejecución discrecional y privada. Sin embargo, se podrán entender como válidos sin incurrir en la prohibición de pacto comisorio aquellos pactos en los que se contemple que el acreedor pueda adquirir el bien dado en prenda y su valor haya sido claramente fijado; los llamados “Pactos Marcianos” mediante los que se acuerdan que en caso de incumplimiento de la obligación principal, se transmitirá un bien de su propiedad una vez realizada su valoración de forma objetiva, debiendo devolver el primero el posible exceso que suponga respecto a la deuda; en aquellos casos donde se acuerde la dación en pago o un acuerdo transaccional.

Por último, a lo largo del tiempo han ido configurándose prendas especiales en el Código Civil: la prenda irregular, la prenda de créditos y la prenda constituida en garantía de préstamos concedidos por los Montes de piedad y demás establecimientos públicos.

9.- CONCLUSIONES

1. Tal y como hemos reseñado, los orígenes del contrato de prenda no resultan claros. La palabra *pignus* parece haber sido utilizada en época relativamente antigua, de tal forma que es difícil extraer consecuencias concluyentes de este uso terminológico pese a existir una cierta unanimidad entre los estudiosos con respecto a su origen derivado del término pango, que implica una idea de “fortalecer” o “fijar”, acepción que se correspondería con la idea que pretendían dar al instituto. Respecto al objeto del *pignus*, parece claro que, tal y como recogen diversas y numerosas fuentes jurídicas, pueda recaer tanto sobre cosas muebles como sobre cosas inmuebles, debiendo ser en ambos supuestos enajenables.
2. Los primeros testimonios sobre el *pignus* proceden de un tratado de agronomía escrito en torno al año 160 a.c por M. Porcio Catón “el Viejo” o “el Censor”, el de *agri cultura* (“Sobre el cultivo de los campos”). En él autor daba consejos de todo tipo para la correcta administración de fincas rústicas destinadas a uso agrario.
3. Desde el punto de vista de la evolución histórica del contrato de prenda en Roma, podemos concluir que parece que el antecedente en Roma de la figura del *pignus* en la época clásica podría encontrarse en la fiducia. Esta figura se utilizaba tanto para articular una liberalidad temporal a favor de un tercero, como para proporcionar una garantía real a un acreedor – cuestión que indicaría la vinculación con el *pignus* -. Sin embargo, existen voces discordantes que afirman que, aunque parece clara la relación funcional de la fiducia con el contrato de prenda y el derecho real, más difícil es vincular esta hipótesis a la reconstrucción del *pignus*. Es decir, podría darse el supuesto que la fiducia fuese el antecedente del *pignus*, o bien éste podría haberse desarrollado paralelamente. En este sentido, me inclino a decantarme por la primera hipótesis, pues a pesar de que no es fácil

dilucidar su origen con claridad, las semejanzas que presenta con la fiducia en sus inicios resultan evidentes.

En época posclásica (habiendo caído en desuso el término *hypotheca*) *pignus e hypotheca* forman parte de la categoría unitaria de la prenda, comprensiva del *pignus datum* y del *conventum*. El instituto sigue siendo unitario incluso en la Compilación justiniana, con la única diferencia de que el *pignus datum* se aplica en principio a los bienes muebles, mientras que el *pignus conventum* (que vuelve a ser llamado *hypotheca*) a los inmuebles.

Posteriormente, se configura la prenda como un contrato real en virtud del cual, el deudor, o un tercero en consideración a éste, en garantía del cumplimiento de una obligación, entrega la posesión de una cosa mueble al acreedor, *datio pignoris*, con la obligación por parte de éste, de devolver la cosa recibida, una vez que la deuda haya sido satisfecha.

4. Existen autores que no reconocen al *pignus* como contrato real. La polémica se deriva de la contraposición de varios textos contradictorios atribuibles a Gayo, quien en sus instituciones reconoce únicamente como contrato real el *mutuo* y la *solutio in debiti* mientras que en las *res cottidianae* extiende la categoría al comodato, al depósito y al *pignus*. En este sentido, coincido con el planteamiento de ARANGIO-RUIZ, quien señala que la consideración del *pignus* como contrato real parece más atribuible a autores post-clásicos, que al propio Gayo, quien solo consideraba como contrato real al *mutuo*.

5. Por otro lado, es necesario señalar que el contrato de *pignus* cuenta con una doble naturaleza ya que se trata tanto de un derecho real de garantía-*ius possidendi inmediato*-, que implica la disponibilidad por parte del acreedor de la cosa dada en prenda para satisfacer el crédito al que

sustituye en caso de incumplimiento del deudor; como de un derecho real, lo que supone que tiene prioridad en concurrencia con otro derecho real de garantía análogo constituido posteriormente sobre el mismo objeto, principio que se expresara con la máxima *prior in tempore potior in iure*.

6. Desde el punto de vista del concepto y caracteres, podemos decir que la prenda es un contrato real, ya que se perfecciona con la entrega de la cosa; bilateral imperfecto, ya que ella se dan siempre obligaciones a cargo de una de las partes y, solo eventualmente, a cargo del pignorante. Se discute si el contrato de prenda es o no un contrato de buena fe. Una característica particular del régimen jurídico del contrato de prenda es su accesoriedad, consecuencia de la causa del contrato, esto es, que se configura como un contrato accesorio que función como garantía de la obligación principal.

7. La parte central y más importante del trabajo estudia el régimen jurídico del *pignus* en Roma. En este gran apartado, del que iré extrayendo conclusiones más pormenorizadamente en los siguientes puntos, se estudian tanto los pactos añadidos que pueden añadirse al contrato de prenda; los derechos y obligaciones de las partes; las distintas acciones que pueden interponerse; y, por último, los efectos frente a terceros.

8. En primer lugar, es necesario destacar que las partes intervinientes podían añadir al contrato cláusulas adicionales, esto es, los llamados pactos añadidos. En el caso de que el deudor no cumpliera su obligación principal, las partes podían pactar que el acreedor pudiera vender la cosa pignorada (*pactum de distrahendo pignore*). El *pactum commissorium* - aquel en el que el acreedor ante el incumplimiento podría apropiarse de la cosa pignorada – estuvo vigente hasta la época de Constantino, pasando luego a prohibirse con algunas excepciones.

9. Respecto a los derechos entre las partes, parece claro que la obligación fundamental del acreedor es la de restituir la cosa al pignorante una vez este haya cumplido la obligación principal. Por otro lado, el deudor pignorante está obligado a resarcir los gastos o indemnizar los daños que se hayan podido producir. Respecto de los frutos que se produzcan por la cosa dada en prenda, deberán ser atribuidos, en primer lugar, a los intereses en el caso de que los haya y posteriormente pasarán a computar como parte de la deuda principal, que podrá servir para amortizarla en su integridad si así fuera el caso.
10. En cuanto a las acciones que pueden ejercer las partes, en primer lugar, es necesario señalar que al configurarse la prenda como un contrato entre partes (*pignus contractum*), los intervinientes cuentan con una serie de mecanismos para poder exigirse mutuamente lo pactado en caso de incumplimiento. Un ejemplo de esto es la *actio pignoratitia* del deudor, que permite poder exigir al acreedor la devolución de la cosa pignorada cuando la deuda ya ha sido satisfecha. En época del emperador Gordiano III se crea la figura del llamado *pignus Gordianum*, que autoriza al acreedor a retener la prenda del deudor cuando tuviera frente a él otras deudas impagadas – aunque no estuvieran garantizadas - y la obligación principal se hubiera extinto.

Por otro lado, el deudor podía interponer la *actio pignoratitia* contra el deudor para exigirle responsabilidad por dolo o culpa y custodia de la cosa, salvo fuerza mayor. Los daños que se produzcan sobre bienes pignorados por el acreedor serán deducidos del montante debido por el deudor. El uso de la cosa pignorada por parte del acreedor pignoraticio provoca el llamado *furtum usus*, únicamente se contempla la posibilidad poder arrendársela al propio deudor. El acreedor pignoraticio disponía de la acción de *furtum* cuando la cosa había sido sustraída.

El acreedor pignoraticio puede interponer la *actio pignoraticia contraria* para reclamar los gastos y los daños o perjuicios que le hubiere ocasionado el mantenimiento de la cosa pignorada. Además, en el supuesto de que el deudor haya dado en prenda una cosa que no es de su propiedad o haya actuado de forma maliciosa, también podrá el acreedor aplicar la acción pignoraticia contraria.

11. Otra figura interesante que sirvió para sancionar las acciones gravosas del deudor para menoscabar los intereses del acreedor es el denominado *crimen stellionatus*. Este instituto se utilizó para imponer una pena en los casos de: pignoración de cosa ajena, o ya pignorada, u obligada al fisco.

12. Respecto de los terceros adquirentes, no hay nada que impida que el deudor pignorante pueda vender la cosa pignorada. En este caso, el comprador la adquiriría con este gravamen. En este caso, todo tercero adquirente de una cosa pignorada estaba expuesto a que se ejercitara la *actio Serviana* por parte del acreedor en cualquier momento, lo que le obligaría a restituir el bien adquirido. Ante esta situación, desde el ámbito procesal se crea una institución denominada *praescriptio*. que buscaba hacer decaer el derecho del acreedor si no se ejercitaba durante un determinado periodo de tiempo (plazo de diez años *inter praesentes* o veinte *inter absentes*). Como conclusión, es interesante destacar que la institución *longi temporis praescriptio* y la *usucapio* terminan dissociándose, de tal forma que se y se trasladan los plazos de la *longi temporis praescriptio* (diez años *inter praesentes* o veinte *inter absentes*), pero manteniendo los requisitos de la *usucapio*: *titulus, possessio continuada* y *bona fides*.

13. En la legislación histórica española la *conventio pignoris* romana reaparece con el nombre genérico de prenda (pennos o peño), y se regula inicialmente con mucha menor extensión que en el Derecho romano. Las Partidas, sin

embargo, invirtieron esta tendencia al incluir una extensa regulación de la prenda que reproducía, bajo el nombre de “peño” el régimen jurídico de la *conventio pignoris* romana. A partir del siglo XVI la evolución histórica de los derechos reales de garantía se bifurcó por caminos distintos, teniendo en cuenta si se constituían sobre bienes muebles o inmuebles.

14. En la actualidad concepto de ‘prenda’ aparece por primera vez en nuestro actual Código Civil en su Libro Cuarto, Título XV denominado ‘de los contratos de prenda, hipoteca y anticresis’. El derecho de prenda será, por tanto, un derecho real sobre cosa ajena, mobiliario de realización del valor, en función de la garantía que exige el desplazamiento de la posesión. El objeto del derecho de prenda podrán ser tanto las cosas muebles como los derechos, pudiendo ser estos relativos o absolutos.

15. Por último, tal y como hemos podido demostrar a lo largo de la comparación entre la figura de la prenda en Roma y en la actualidad, ambos institutos apenas presentan diferencias entre ellos, habiendo llegado esta figura romana a la actualidad sin sufrir apenas modificaciones.

10.- ABREVIATURAS FRECUENTEMENTE UTILIZADAS

C. o CJ	Codex de Justiniano
CT.	Codex de Theodosianus
CC.	Código Civil
D.	Digesto
Gai. o G.	Institutiones Gai
I.	Institutiones de Justiniano
PS	Sentencias de Paulo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

11.- ÍNDICE DE FUENTES

I.- FUENTES LITERARIAS

- CICERÓN

Top. 17,66

De off. 3,17,70

- CATÓN

De agri cultura

146,5

149,7

150,6

150,7

II.-FUENTES JURÍDICAS

1. CLÁSICAS

- INSTITUCIONES DE GAYO

Gai.2, 59-60

Gai.2, 64

Gai.3, 88

Gai.3, 89

Gai.3, 90

Gai.3, 91

Gai.3, 92

Gai.3, 131

Gai.3, 135

Gai.3, 182

Gai.3, 200

Gai.3, 204

G.3, 302

G.4, 6, 7

2. POSCLÁSICAS

- SENTENCIAS DE PAULO

PS 2, 5, 1

PS 5, 2, 3

- CODEX THEOSIANUS

CT 8, 34, 3

3. JUSTINIANEAS

- INSTITUCIONES

I, 2, 59-60

I. 3, 14, 1

I. 3, 14, 2

I. 3, 14, 3

I. 3, 14, 4

I. 4, 6, 7

I. 42

- DIGESTO

D.2, 14, 1

D.6, 1, 1,

D.10, 1, 11, 3

D.10, 1, 1

D.13, 7, 1

D.13, 7, 1, 2

D.13, 7, 3

D.13, 7, 4

D.13, 7, 6

D.13, 7, 6, 1

D.13, 7, 8

D.13, 7, 9

D.13, 7, 9, 2

D.13, 7, 9, 3

D.13, 7, 13

D.13, 7, 13, 1

D.13, 7, 16

D.13, 7, 16, 1

D.13, 7, 16, 2

D.13, 7, 18

D.13, 7, 18, 2

D.13, 7, 20, 2

D.13, 7, 24

D.13, 7, 27

D.13, 7, 36

D.13, 7, 42

D.20, 1, 5, 1

D.20, 1, 9, 1

D.20, 1, 11, 2

D.20, 1, 12

D.20, 1, 13, 2

D.20, 1, 15, 1

- **DIGESTO**

D.20, 1, 16, 1
D.20, 1, 34
D.20, 2, 12
D.20, 4, 3, 2
D.20, 4, 11, 4
D.20, 4, 20
D.20, 5, 7
D.20, 5, 7, 2
D.20, 6, 8, 2
D.20, 6, 8, 10
D.22, 3, 23
D.23, 7, 18
D.23, 7, 20
D.39, 2, 15, 25
D.41, 3, 44, 5
D.43, 32, 1
D.44, 7, 1, 2-6
D.46, 2, 18
D.46, 3, 7
D.46, 3, 97
D.47, 2, 10
D.47, 2, 12, 2
D.47, 2, 15
D.47, 2, 49
D.47, 2, 54
D.47, 20, 3, 2
D.50, 16, 238, 2

- **CÓDIGO**

C.4, 24, 1
C.4, 24, 7
C.4, 27, 4, 1
C.4, 39, 7
C.7, 31
C.7, 36, 1
C.7, 39, 8
C.8, 14, 10
C.8, 14, 19
C.8, 15, 3
C.8, 24, 1
C.8, 26, 1, 2
C.8, 27, 7
C.8, 27, 9
C.8, 27, 12
C.8, 27, 20
C.8, 28, 4
C.8, 33, 1
C.8, 35, 3

4. FUENTES MEDIEVALES

- **Fuero juzgo y fueros municipales**

Libro V, tit. 6º, bajo el título “*De los pennos é de las debdas*”.

- **Fuero viejo de Castilla**

Tit.5º del libro III: “*de los peños*”.

Ley I

Ley II

Ley III

Ley IV

- **Fuero Real**

Fuero Real, tit.19 del libro III, bajo el título “*De los empeños y las prendas*”.

Ley II

Ley III

Ley IV, tit.20. lib.III

Ley IX, tit. 20, lib.III).

- **Las Siete Partidas**

Ley I del tit. 13, part. V

Ley II, tit.13, part. V.

Ley XIV, tit. 13, part. V

Ley XVIII.

Ley XXVII.

5.- FUENTES MODERNAS

- **CÓDIGO CIVIL**

Art. 1156 CC

Art. 1182 CC

Art. 1183 CC

Art. 1191 CC

Art. 1851 CC

Art. 1852 CC

Art. 1858 CC

Art. 1859 CC

Art. 1860 CC

Art. 1862 CC

Art. 1863 CC

Art.1864 CC

Art. 1866 CC

Art. 1867 CC

Art. 1868 CC

Art.1869 CC

Art.1870 CC

Art. 1871 CC

Art. 1886 CC

Art. 1922 CC

Art. 1923 CC

- Real decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

12.- ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- **Tribunal Supremo**

STS 27 marzo 1926, Jurisdicción Civil

STS 1 marzo 1930, Jurisdicción Civil

STS 10 marzo 2004, Jurisdicción Civil

13.- BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS RAMOS, J; ARIAS BONET, J.A., *Derecho Romano II*, Madrid, 1977.
- AZARA, A.y EULA, E. *NNDI, Vol. XII*, Unione Tipografico Editrice Torinese, Turín, 1957.
- BIRKS, P., *The Roman Law of Obligations*, Eric Descheemaeker, Oxford, 2014.
- BUENO DELGADO, J.A, *Pignus Gordianum*, Dykinson, Madrid, 2004.
- CANTARELLA, E.; NÚÑEZ PAZ, M. I.; RUBIERA CANCELAS, C., *Instituciones e historia del Derecho Romano Mayores in Legibus*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- CARRASCO PERRERA.A, CORDERO LOBATO.E, MARÍN LÓPEZ M. *Tratado de los Derechos de Garantía*, II, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015.
- D'AMELIO, M. y AZARA. A.: *ND, Vol.XVII*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1939.
- D'ORS, X. *La manumisión del esclavo hipotecado en derecho romano*, AHDE, 46, 1976.

- DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Instituciones de Derecho Civil, Vol.II/1 Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1998.

- FALCONE, Giuseppe, *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*, Capogrossi-Colognesi, Cursi, Napoli, 2011.

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. Derecho Privado Romano, Décima Edición, Madrid, 2015.

- FREZZA, P. *Le garanzie delle obbligazioni (Corso di Diritto Romano)*, vol.II, CEDAM, Padova, 1963.

- FUENTESECA, M. Pignus e hypotheca en su evolución histórica, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2013.

- GARCÍA GOYENA Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, t. III, v. IV, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.

- GARCÍA VICENTE. La prenda de Créditos. Editorial Civitas. Madrid. 2006.

- JÖRS, P; KUNKEL W. *Derecho privado romano*, Labor, 1937.

- KASER, M., *Roman private law*, Butterwoths, Durban, 1965.

- LÓPEZ PEDREIRA, A.; SÁNCHEZ COLLADO, E.; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.; NÚÑEZ MARTÍ, M.A ; PÉREZ LOPEZ, X., *Derecho Privado Romano*, Reus, Madrid, 2018.

- MASCHI, C. A. *La categoria dei contratti reali: Corso di diritto romano*, Milano : Giuffrè, 1973.

- MIQUEL, J. *Derecho Privado Romano*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

- PAOLI, U. E., *Studi di diritto attico*, Cisalpino-Goliardica, Firenze, 1974.

- PELLISÉ PRATS. B. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Editorial Francisco Seix, S.L. Tomo XX. 1ª Edición., Madrid, 1993.

- PEROZZI, S. *Istituzioni di Diritto Romano*, vol. I, 1906

- RASCON, C., *Pignus y custodia en el Derecho Romano Clásico*, Universidad de Oviedo – Servicio de Publicaciones Serie Derecho 4, Oviedo, 1976.

- RATTI, U. *Sull’accessorietà del pegno e sul “ius vendendi” del creditore pignoratizio*, Nápoles, Jovene, 1985.

- SERRANO FERNÁNDEZ.M, SÁNCHEZ LERÍA.R, AGUILAR RUIZ.R. *Derecho civil patrimonial. II*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- SOLAZZI, S. *Requisiti e modi de costituzione delle servitú prediali*, Napoli, 1947.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho Español*, Editorial Tecnos, 4ª Edición, Madrid.
- VEIGA COPO, ABEL B. *Tratado de la Prenda: La noción de prenda*. Editorial Civitas. Madrid. 2017.

14.- WEBGRAFÍA

- CHURRUCA, J. de, *Pignus, Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994.
- GÓMEZ GARZÁS, J. *Posibles vestigios de la lex commissoria in causam obligationis en el pignus*, Revista General de Derecho Romano, Nº17, 2011.
- MARINO, S. *Sull'accessorietà del pegno per la giurisprudenza romana*, Nápoles, Jovene, 2018.

- PARICIO, Javier, *Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana*, Madrid, 1994.

- WEGMANN STOCKEBRAND, A. *Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo*, Revista de Estudios Históricos-Jurídicos, Valparaíso, Chile, 2018.