

SEGUNDA PARTE

CAUCIONES REALES

SEGUNDA PARTE

CAUCIONES REALES

INTRODUCCION

207. **Concepto.**—Las cauciones personales que acabamos de estudiar, si bien constituyen una garantía, pueden no ser del todo eficaces, ya que siempre subsiste el peligro de que caiga en insolvencia la persona que está garantizando el cumplimiento de la obligación. En las cauciones reales se afecta un bien determinado al cumplimiento de la obligación, desapareciendo así todo peligro. En efecto, mediante el derecho de persecución que ellas otorgan a su titular, nada importa que el deudor enajene el bien dado en garantía: y mediante el privilegio que llevan consigo, no perjudican al acreedor las nuevas deudas que contraiga el deudor, aun cuando lleguen a colocarlo en insolvencia.

208. **Evolución histórica de las cauciones reales.**—Es interesante anotar que las cauciones reales, en sus formas principales de hoy —prenda e hipoteca— han experimentado una larga evolución antes de llegar a su estado actual.

En los primeros tiempos sólo se conoció el derecho real de dominio. Los otros derechos reales aparecen con posterioridad; ellos significan relaciones más complejas, que la incipiente cultura jurídica de los pueblos primitivos no alcanzaban a comprender. Por eso es que en un principio, a falta de otros derechos, se utilizaba el dominio para garantizar las obligaciones. El mecanismo más simple consistía en la “enajenación con pacto de fiducia” o “enajenación fiduciaria”; median-

te ella el deudor transfería a su acreedor el dominio de una cosa y éste se obligaba a restituirla una vez extinguida la obligación principal garantizada. Esta primera forma de garantía real, muy imperfecta por cierto, encerraba evidentes peligros para el deudor, tanto porque se veía desprovisto no sólo del dominio sino también de la posesión de la cosa, cuanto porque sólo disponía de una acción personal para obtener la restitución de ella, de modo que si el acreedor enajenaba el bien dado en garantía, el deudor no podía accionar contra terceros. Y si a ésto agregamos que al pasar la tenencia de la cosa al acreedor el deudor no podía utilizarla en sus labores y que de una sola vez agotaba esa fuente de crédito, aparece más de manifiesto lo rudimentario de semejante garantía.

Por los inconvenientes anotados, no es extraño que se recurriera a otra institución, que sin ofrecer los peligros de la enajenación fiduciaria, fuera al mismo tiempo una garantía eficaz para el acreedor. Tal institución fué el "pignus", que significó un adelanto indiscutible, porque el deudor que constituía la garantía conservaba el dominio de la cosa y sólo transfería al acreedor la posesión; de ahí que éste no podía enajenarla, derecho que conservaba el deudor. Pero si bien el acreedor no tenía esta facultad, gozaba de un derecho de retención que lo autorizaba para no restituir la cosa al deudor mientras éste no cumpliera la obligación que con el pignus se garantizaba. En un principio la retención era toda la garantía que representaba el pignus, porque al acreedor, como dijimos, no le era permitido vender el bien. Después se permitió pactar en el contrato que tendría esta facultad, para lo cual el deudor le otorgaba un mandato. Más adelante esta cláusula se subentendió, y así el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación tuvo el derecho de hacer vender la cosa dada en garantía.

Como puede verse, el pignus significó un avance respecto de la enajenación fiduciaria, pero siempre subsistían inconvenientes: el deudor era desposeído de la cosa, y ésta sólo podía darse una vez en garantía.

Viene después lo que se llamó la "hipoteca" en el Derecho Romano. Nació con ocasión del contrato de arrendamiento: el arrendador, en garantía del pago de las rentas, tenía derecho sobre los útiles de labranza de que se valía el arrendatario, quien en consecuencia, no obstante la garantía, continuaba gozando de ellos para el desarrollo de su trabajo. Esta caución era tácita y legal, es decir, existía de pleno derecho. Fué amparada por la acción serviana y después por la acción cuasi ser-

viana o hipotecaria, que podía intentarse contra los terceros a quienes el arrendatario hubiere enajenado los bienes gravados. Más adelante, la hipoteca que naciera en el arrendamiento, se generalizó a los demás contratos, aun cuando al decir de los autores es difícil precisar la época en que ésto aconteció.

209. **Prenda e hipoteca.**—Las dos garantías reales por excelencia, la prenda y la hipoteca, tienen como hemos visto, un origen común, no siendo en los primeros tiempos dos instituciones diversas sino una sola. Después se van diferenciando: primeramente en que la hipoteca dejaba los bienes dados en garantía en poder del deudor y la prenda los hacía pasar a manos del acreedor; y con posterioridad, en cuanto a los bienes a que ellas se referían: la hipoteca a los inmuebles y la prenda a los muebles. Estas características de ambas instituciones las consagran las legislaciones tanto del siglo pasado como del presente.

Pero las distinciones que acabamos de anotar, ¿son de la esencia? En cuanto a que la hipoteca se aplique a los bienes raíces y la prenda a los muebles, no puede sostenerse que así sea; prueba de ello es que las naves, consideradas por el legislador como bienes muebles, son sin embargo susceptibles de hipotecarse. En cuanto a que en la prenda sea forzoso el desplazamiento, podemos afirmar otro tanto. Hoy en día las prendas sin desplazamiento gozan del favor del legislador, que gustoso las ha aceptado por las necesidades de los particulares de obtener créditos sin verse privados de sus medios de trabajo.

Para algunos autores como Planiol, la entrega de la cosa al acreedor en la prenda es de la esencia, y por eso a las prendas sin desplazamiento las llama hipotecas mobiliarias. Refiriéndose a ellas manifiesta: "Tales innovaciones pueden ser buenas o útiles; solamente que el legislador se equivoca: eso no es prenda bajo ningún aspecto: son hipotecas mobiliarias que no confieren más que el derecho de preferencia. Es atribución del legislador cambiar las condiciones de validez de un acto, pero no puede desconocer las definiciones científicas que dependen de la sola razón". (1). Pero la mayoría de los autores discuerdan de este modo de pensar. Así Colin y Capitant, refiriéndose a las ideas de Planiol, dicen: "Nosotros no compartimos semejante parecer. En resumidas cuentas, nada se opone a la creación

(1) "Traite élémentaire de Droit Civil", tomo II, N.º 2405, pág. 745.

“ de una prenda sin desplazamiento, y aun diremos más: la constitución de un derecho real sobre un objeto, sin tradición, está conforme con los principios del Derecho”. Después agregan: “En absoluto se puede decir que sea contrario a la esencia misma del contrato que nos ocupa el hacer desaparecer de él la condición de la posesión” (2).

Entre nosotros, el Profesor don Antonio Zuloaga, tampoco considera de la esencia en la prenda la entrega de la cosa al expresarse en los siguientes términos: “Decimos formal y no substancial, porque estimamos según lo dijimos, que el requisito de la entrega real contemplado en el Código Civil y en el de Comercio para la validez del contrato, no es una condición indispensable desde el punto de vista científico o doctrinario, sino una formalidad especial para precaucionar eficazmente los derechos del prestamista” (3).

Como puede verse por la exposición que antecede, en materia de prenda e hipoteca, actualmente con la aparición de las prendas sin desplazamiento, tienden a borrarse las líneas de demarcación que entre ellas existen, acercándose a lo que fueron en un principio: una sola y única institución.

210. Plan.—Esta parte de nuestro estudio la dividiremos en dos capítulos: el primero lo dedicaremos a la prenda y el segundo a la hipoteca. No trataremos la anticresis, la otra caución real. Ello no es tan sensible, dado la escasa importancia y aplicación práctica que presenta, sobre todo si la comparamos con aquellas otras garantías a cuyo estudio entramos de lleno.

índice

(2) O. c., tomo X, pág. 79.

(3) “Apuntes de Derecho Industrial y Agrícola”, pág. 148 y nota 55.