

## INTRODUCCION

1. El derecho de prenda general.—La obligación es un vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada se obliga para con otra también determinada a dar, hacer o no hacer algo. Por tratarse de un vínculo jurídico, no puede quedar al arbitrio del deudor darle o no cumplimiento, en lo que se diferencia la obligación de los simples deberes morales. Por eso el legislador da al acreedor diversos derechos tendientes a obtener el cumplimiento de la obligación de parte del deudor rebelde.

No ha existido a través del tiempo uniformidad sobre la naturaleza de estos derechos. En Roma, el deudor, al contraer una obligación, comprometía su persona, naciendo así la "manus injectio", que daba al acreedor un derecho de dominio sobre el deudor en caso que éste no cumpliera lo pactado. Pero hoy en día este criterio se encuentra abandonado. La nueva noción de obligación es de carácter económico. Es lógico entonces que responda de su cumplimiento, no la persona del deudor, sino su patrimonio, y este es el principio en que se basa el derecho de prenda general, consagrado en nuestro Código Civil en el artículo 2,465, al manifestar: "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1,618".

Este derecho de prenda general se fundamenta en la idea del patrimonio universalidad, es decir, en el hecho de ser algo distinto de los bienes que lo componen. Por eso al deudor le es perfectamente posible enajenar sus bienes o hacer nuevas adquisiciones, sin afectar en lo

más mínimo el derecho de prenda general: porque lo que responde del cumplimiento de las obligaciones de una persona es su patrimonio, pero no los bienes determinados que lo componen al momento de nacer el vínculo jurídico.

2. Insuficiencia del derecho de prenda general como garantía para el acreedor.—En el patrimonio del deudor ejercita el acreedor los derechos que le concede la ley. En él va a solicitar la ejecución forzada de la obligación o la indemnización de perjuicios.

Pero salta a la vista que, como garantía para el acreedor, este derecho es insuficiente, porque él no evita las disminuciones del patrimonio del deudor, provocadas ya por negligencia de éste en ejercitar ciertos derechos o por las enajenaciones fraudulentas que pueda hacer. Ciertamente que para estos eventos el acreedor podrá entablar la acción oblicua y la acción pauliana; pero su ejercicio demanda tiempo y dinero y en ciertos casos será un remedio tardío. A esto agreguemos que mediante estas acciones no se impide la insolvencia del deudor producida, no ya por acciones u omisiones maliciosas de su parte, sino lisa y llanamente por negocios desafortunados.

3. Las garantías o cauciones suplen esta insuficiencia.—Habiendo las consideraciones anteriores, era imprescindible en el campo del derecho idear instituciones que suplieran las insuficiencias del derecho de prenda general. Ello se ha conseguido mediante las garantías o cauciones.

En términos amplios, las garantías constituyen los diversos medios de que puede hacer uso el acreedor para ponerse a cubierto de la insolvencia del deudor. Por su parte, la caución se halla definida en el artículo 46 del Código Civil (1) como "cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena". Y agrega: "Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda".

Jurídicamente hablando, no son términos sinónimos garantía y caución, porque si bien toda caución tiene el carácter de garantía, pueden existir garantías —y de innegable eficacia— que no sean cauciones, como acontece con el derecho legal de retención. En suma, garantía es el género y caución es la especie.

(1) Cada vez que mencionemos un artículo sin indicar a cual cuerpo de leyes pertenece, debe entenderse que lo es el Código Civil chileno.

4. Clasificación de las cauciones.—Para determinar la forma como las cauciones aseguran los derechos del acreedor, es necesario distinguir entre cauciones personales y cauciones reales. Se agrupan entre las primeras la cláusula penal, la solidaridad pasiva y la fianza; y, entre las segundas, la prenda, la hipoteca y la anticresis.

5. Cauciones personales.—En las cauciones personales la mayor seguridad del acreedor consiste en que éste va a tener el derecho de prenda general, no únicamente sobre el patrimonio del deudor, sino también sobre el patrimonio de los codeudores solidarios o de los fiadores, los que en cuanto a su número pueden ser ilimitados. De esta manera las posibilidades de insolvencia disminuyen notablemente, y serán más remotas cuanto mayor sea el número de codeudores solidarios o de fiadores, pues bastará con que uno de los que concurren a la obligación conserve floreciente su patrimonio para que el acreedor pueda hacer efectiva en él la obligación.

En las cauciones personales no se toman en cuenta bienes determinados que posea el que garantiza la obligación, sino que su solvencia, y, en cierto aspecto, muy importante, un factor subjetivo: la confianza que merezca al acreedor la persona del fiador o codeudor. Bien puede que éstos, al contraer la obligación, carezcan de bienes; pero, llegado el momento de responder por el deudor, para hacer fe a su palabra sabrán arbitrar los medios necesarios.

De estas dos cauciones ofrece mayores ventajas la solidaridad pasiva, porque el codeudor solidario no goza de los beneficios de excusión y división de que se halla premunido el fiador y que debilitan la posición del acreedor. Sin embargo, como veremos más adelante, las cauciones señaladas no son antagónicas, sino que pueden combinarse, dando nacimiento así a la fianza solidaria.

La cláusula penal difiere en cierto modo de la fianza y de la solidaridad pasiva. Si la obligación penal la contrae un tercero, presenta mucha semejanza con ellas, porque el acreedor también dispondrá de dos patrimonios: el del deudor para hacer efectiva la obligación principal, y el del tercero para reclamar el pago de la pena. Pero si a ésta se sujeta el propio deudor, entonces la garantía debemos buscarla en algo distinto: en el hecho que aquél, para no incurrir en la pena, lo que en ciertos casos puede significarle un doble pago, pondrá mayor cuidado y esmero en el cumplimiento de la obligación.

Sin embargo, las cauciones personales no constituyen el desideratum de seguridad para el acreedor. Ciertamente que es más difícil que varias personas caigan en insolvencia; pero ello bien puede acontecer, y entonces el derecho de prenda general que puede ejercitar el acreedor en los distintos patrimonios pasa a ser ilusorio e ineficaz la garantía. Este peligro que encierran las garantías personales queda completamente descartado con las garantías reales.

**6. Cautiones reales.**—Las cauciones reales consisten en afectar al cumplimiento de la obligación un bien determinado, sea mueble o inmueble. Ellas otorgan al acreedor el derecho de perseguir en manos de los terceros el bien dado en garantía y el de pagarse preferentemente con el producto del remate, valor de la expropiación o monto del seguro. Mediante estos atributos el acreedor queda a cubierto de la enajenación que del bien pueda hacer el deudor, ya que puede perseguir a aquél en manos de terceros, o de las numerosas deudas que contraiga y puedan colocarlo en insolvencia, pues goza de preferencia para el pago de su crédito. En otros términos, esta clase de garantía elimina la insuficiencia del derecho de prenda general, insuficiencia que, aunque en menor escala, como lo dijimos, también se presenta en las cauciones personales. Da, pues, una tranquilidad absoluta al acreedor.

Las cauciones reales más características son la prenda y la hipoteca. Hermanadas en su origen, diferenciadas después, en la actualidad presentan líneas de demarcación cada vez más sutiles. En efecto, teniendo ambas su origen en la enajenación con pacto de fiducia y en el pignus, después se separan, caracterizándose: la hipoteca por referirse a los inmuebles, que quedan en poder del deudor, y la prenda por aplicarse a los muebles, que deben entregarse al acreedor. Hoy en día, estas características no son exclusivas, ya que hay hipotecas sobre muebles, como la que recae en las naves, y prendas en que los bienes quedan en poder del deudor, como acontece en las prendas sin desplazamiento, *verbi-gracia* la agraria, la industrial, etc.

También milita entre las cauciones reales la anticresis. Pero es evidente que, comparada con la prenda y la hipoteca, su importancia y aplicación son insignificantes.

**7. Los privilegios no constituyen por regla general, en nuestra legislación, una caución real.**—En el Código francés se contem-

pla una serie de privilegios que el acreedor puede hacer valer aun cuando los bienes del deudor hayan salido de su patrimonio, como por ejemplo aquéllos que recaen sobre inmuebles, enumerados en el artículo 2,103 de ese Código. Con este antecedente, no es raro que los autores y tratadistas franceses estimen uniformemente que los privilegios son una garantía real y se ocupen de ellos al referirse a la prenda y a la hipoteca.

En nuestro Derecho la situación es diversa, porque, salvo contadísimas excepciones, los privilegios sólo pueden invocarse mientras los bienes estén en el patrimonio del deudor, pero no una vez que han salido de él.

Las excepciones referidas están contempladas: en el artículo 835 del Código de Comercio en relación con el 825 del mismo Código, según los cuales los créditos privilegiados sobre la nave que se enumeran en el primero de dichos artículos pueden perseguirse en ella aun cuando pertenezca a terceros; y en el artículo 5.º de la ley N.º 6,071, de 16 de agosto de 1937, en cuya virtud el crédito que se tenga contra el dueño de un piso o departamento por expensas comunes goza de un privilegio de cuarta clase que se puede hacer efectivo en el piso o departamento en manos de quien se encuentre.

Estas excepciones vienen a confirmar la regla de que en nuestra legislación los privilegios no constituyen cauciones reales. Ciertamente que en la prenda y en la hipoteca el acreedor puede alegar su privilegio o preferencia aun cuando los bienes hayan salido de manos del deudor; pero ello se explica porque ambas tienen el carácter de derechos reales, y, como tales, se ejercitan sobre una cosa sin respecto a determinada persona y llevan consigo el derecho de persecución (2).

**8. Importancia de las cauciones.**—La importancia y aplicación de las cauciones en la vida jurídica práctica no escapan al criterio del lector. Los acreedores siempre buscan las mayores seguridades posibles para conceder créditos. De aquí entonces que el estudio de las cauciones sea uno de los más interesantes que puede hacerse dentro del Derecho Civil, sobre todo en cuanto se relaciona con la hipoteca,

---

(2) Los privilegios, en nuestro Derecho, no son una caución, pero sí son una garantía en el sentido amplio de esta expresión, ya que el acreedor que goza de ellos tendrá una mayor posibilidad de ver satisfecho su crédito.

ya que, como tendremos ocasión de ver, son cuantiosísimos los capitales que se encuentran colocados con garantía hipotecaria.

9. **División de la materia.**—El presente libro lo dividiremos en dos partes. En la primera nos ocuparemos de las cauciones personales y estudiaremos en capítulos sucesivos la cláusula penal, la solidaridad pasiva y la fianza. La segunda parte la reservaremos a las cauciones reales, dividiéndola a su vez en dos capítulos, en el primero de los cuales trataremos la prenda y en el segundo la hipoteca (3).      índice

---

(3) Hay otras cauciones en el campo del Derecho además de las que serán objeto especial de nuestro estudio. Por ejemplo, la anticresis, las arras, la promesa de hecho ajeno, la indivisibilidad de pago, el pacto de retroventa, el caso del art. 2,152. Por no ofrecer tanto interés o por no constituir algunas una institución, no las estudiaremos particularmente. No obstante, más de alguna vez nos referiremos a ellas en el desarrollo de la materia.