



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

EVOLUCION HISTORICA DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTIA

BENJAMIN IGNACIO ORROÑO ULLRICH
MARTIN IGNACIO GONZALEZ BODOR

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,
para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Bracey Wilson Volochinsky

Santiago, Chile

2017

INDICE

INTRODUCCION. _____	-1
CAPITULO 1. DERECHOS REALES DE GARANTIA EN GENERAL. _____	-6
CAPITULO 2. _____	-12
2.1 LA FIDUCIA	
-CONCEPTO	
-CONTENIDO	
-CONSTITUCION	
-OBJETO	
-EXTINCION	
CAPITULO 3. _____	-18
3.1 PIGNUS DATUM:	
-CONCEPTO Y ORIGEN	
-CONSTITUCION	
-CONTENIDO	
-EXTINCION	
3.2 LA PRENDA (PIGNUS). _____	-32
-CONCEPTO	
-TERMINOLOGIA	
-CONTENIDO	
-ACCESIORIDAD	
-INDIVISIBILIDAD	

-OBJETO

-LEGITIMACION PARA PIGNORAR

-PARALELO ENTRE EL DERECHO REAL ORIGINARIO Y EL ACTUAL
TRATADO EN EL CODIGO CIVIL CHILENO

CAPITULO 4. _____-41

4.1 PIGNUS CONVENTUM O HYPOTECA:

-CONCEPTO Y ORIGEN

-CONSTITUCION, CONTENIDO Y EXTINCION

- OBJETO

-PROTECCION DE LOS DERECHOS PRENDARIOS

-CONCURRENCIA DE PRENDAS E HIPOTECAS.

- PARALELO ENTRE EL ACTUAL DERECHO REAL ORIGINARIO Y EL
ACTUAL TRATADO EN EL CODIGO CIVIL CHILENO

CONCLUSION. _____-61

BIBLIOGRAFIA. _____-65

INTRODUCCION

En la presente memoria nos enfocaremos en los denominados por la doctrina, derechos reales de garantía, cuáles son, la prenda y la hipoteca, haciendo un análisis desde su origen en el derecho romano y como ha sido su evolución histórica hasta la actualidad.

Los derechos reales de garantía juegan un rol fundamental en la vida civil, toda vez que, mediante ellos es posible que exista un incentivo a contratar y que se mantengan en constante movimiento las relaciones entre los particulares, logrando asegurar el cumplimiento de las obligaciones que de los distintos contratos o relaciones se generen.

Comenzaremos señalando, describiendo y analizando la que fuera la primera de las garantías reales existentes en la vida civil, aquella que en una primera etapa

fue necesaria implementar y además muy útil, pero que con el tiempo fue encontrando una serie de inconvenientes, que fueron obligando a las personas a crear nuevas formas de poder garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

La garantía real más antigua fue la fiducia, según la cual el deudor fiduciante, mediante la *mancipatio* o la *in iure cessio*, transfería la propiedad de una cosa al acreedor fiduciario, el cual se obligaba mediante un *pactum fiduciae* a retransferir la propiedad al deudor, cuando éste pagase la deuda garantizada. Como señalaba Antonio Ortega Carrillo de Albornoz:” La fiducia, si bien cumplía perfectamente su cometido de garantizar al acreedor, en muchas ocasiones el deudor quedaba abandonado a la buena fe del acreedor fiduciario que, como propietario de la cosa, podía enajenarla fraudulentamente a terceros, incluso antes del término en que se entiende incumplida la obligación. Pero a pesar de los inconvenientes que planteaba, siguió practicándose durante toda la época clásica para desaparecer en Derecho justiniano.

En virtud de las falencias que presentaba la fiducia, es que posteriormente surge

el denominado pignus o prenda, por la cual el deudor garantizaba al acreedor, entregándole, no ya el dominio como en la fiducia, sino sólo la tenencia de una cosa de su propiedad. Como decía Antonio Ortega Carrillo de Albornoz:¹ Tanto uno como otro respondía a una especial idiosincrasia, propia del tráfico en el antiguo Derecho, en el cual, el acreedor se sentía más sólidamente garantizado si tenía algo del deudor en sus manos.”

Más adelante, a partir del pignus, surge un nuevo tipo de garantía real que tiene su origen en el ámbito de los arrendamientos rústicos, donde era frecuente que el arrendador y arrendatario conviniesen los “invecta et illatasirviesen” como garantía del pago de la renta. Los invecta (de inveho=llevar, transportar) e illata (de infero=penetrar, introducir) eran los animales y aperos de labranza que el arrendatario llevaba consigo e introducía en el fundo arrendado para cultivarlo, y que obviamente quedaban en manos del deudor arrendatario. Así el acreedor (arrendador) no tenía ni la propiedad ni la posesión de tales instrumentos de

¹ CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio. Derecho privado romano. 2ª. Ed: Editorial del Genal, 2007. 587 p

labranza, y sólo estaba garantizado por un acuerdo de garantía sobre los mismos (conventio pignoris), sólo si el arrendatario no pagaba el canon, el arrendador, mediante el interdicto Salviano, tomaba posesión de los aperos que garantizaban el cumplimiento de la obligación.

Ahora bien, el interdicto Salviano solo podía ejercitarse frente al arrendatario, de tal modo que si los invecita et illata se encontraban en posesión de un tercero, el arrendador no podía ejercitarlo y quedaba desprotegido, lo cual no era lógico. Por ello, sucesivamente se estableció una acción Serviana que el arrendador podía intentar no sólo contra el arrendatario, sino frente a cualquiera que tuviese la posesión o incluso la propiedad de tales invecita. Finalmente, esta acción, con el nombre de quasi Serviana o hypothecaria, fue concebida a cualquier acreedor que, sin recibir la posesión de la cosa, hubiese realizado un pacto de garantía llamada conventio pignoris, y más tarde hipoteca y su práctica se extendió a todos los otros campos del Derecho.

En virtud de lo expuesto precedentemente, comenzaremos haciendo una descripción y análisis general de los derechos de garantía, profundizando posteriormente en cada uno de ellos, de tal manera de comprender su origen histórico, desde su implementación y su funcionamiento y aplicabilidad actual en la vida del derecho.

CAPITULO 1

DERECHOS REALES DE GARANTIA EN GENERAL

El Código Civil en su artículo 577 define lo que es un derecho real, estableciendo que “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”, además se encarga de señalar cuáles son: “Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca”.²

El derecho real otorga un poder directo e inmediato sobre una cosa que, dentro de los márgenes de la ley, puede ser más amplio o menos amplio. La mayor o menor amplitud depende del contenido del derecho de que se trate. Por ejemplo, el dominio o propiedad es el derecho más amplio, porque contiene el cúmulo máximo

² art. 577. Código Civil Chileno. Editorial Jurídica de Chile. Chile.

de facultades, en contraste, el derecho real de habitación es uno de los más limitados, por cuanto se reduce sólo a la facultad de morar en una casa.

El poder jurídico que se tiene sobre la cosa no implica necesariamente la utilización material de ella, basta que procure al titular del derecho real ventaja de cualquier orden, generalmente económica.

El poder sobre la cosa es directo e inmediato, porque para ejercerlo el titular del derecho no necesita de la mediación de nadie. La persona que tiene el derecho de propiedad sobre una cosa, conforme a su sola voluntad, la dedicará a habitación suya, a arrendarla o la venderá, sin que le sea preciso recurrir a otro sujeto, al contrario de lo que le sucede al arrendatario, que, para habitar la casa, necesariamente debe recurrir a aquel que tiene el dominio para que se la dé en arrendamiento.

En virtud de la enunciación taxativa del artículo 577 del Código Civil, Los derechos reales pueden clasificarse de la siguiente manera:

1.- Derechos reales de goce o disfrute, entre los cuales se encuentra el derecho de dominio, y otros derechos con un poder más limitado de goce o disfrute: los derechos reales de goce limitado, dentro de los cuales se encuentran el usufructo, uso, habitación y servidumbre; y

2.-Derechos reales de garantía: dentro de los derechos reales de garantía o garantías reales encontramos la prenda y la hipoteca cuyo fundamento principal es el poder de provocar la venta forzosa de la cosa para obtener dinero y pagarse el crédito ante un eventual incumplimiento.

Nosotros nos enfocaremos precisamente en estos últimos, los derechos reales de garantía, los cuales han experimentado una serie de cambios y transformaciones a lo largo del tiempo, haciendo su aplicación cada vez más satisfactoria para los inconvenientes que se puedan generar entre los particulares.

En las garantías reales, se afecta un bien determinado al cumplimiento de la

obligación, desapareciendo así todo peligro de incumplimiento. En efecto, mediante el derecho de persecución que la hipoteca otorga 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 dejarlo en situación de insolvencia.

Las cauciones reales, como las conocemos (prenda e hipoteca) han experimentado una larga evolución antes de llegar a su estado actual.

En los primeros tiempos solo 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 reales, se utilizaba el dominio para garantizar las obligaciones. El

mecanismo más simple consistía en la “enajenación con pacto de fiducia” o enajenación fiduciaria”; mediante ella el deudor transfería a su acreedor el dominio de una cosa y este 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.

Por dichos inconvenientes, 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 fue el pignus, que significó un adelanto indiscutible, porque el deudor que constituía la garantía conservaba el dominio de la cosa y solo transfería al acreedor la tenencia, de ahí que este 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 este no cumpliera la obligación que con el pignus se garantizaba. Como puede verse el pignus significó un avance respecto

de la enajenación fiduciaria, pero siempre subsistían inconvenientes, es por eso que después viene lo que se llamó hipoteca en el derecho romano.

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.

CAPITULO 2

LA FIDUCIA

La Fiducia fue la primera garantía real existente en el derecho civil. Los romanos crearon esta institución para efectos de poder asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas entre las partes.

Consistía en términos generales en la transferencia de dominio por parte del deudor al acreedor de una cosa de su propiedad, para de esta manera asegurar el pago de la deuda, quién a su vez se compromete a devolver la cosa recibida una vez que la deuda se encuentre pagada. Su primordial finalidad fue la de garantizar el cumplimiento de una obligación, y tenía lugar del modo siguiente: el deudor, o un tercero en consideración a él, transmitía por mancipatio el dominio de una cosa al acreedor.

Como señaló José Arias Ramos: “Resultaba con ello el acreedor muy favorecido, ya que, como garantía del pago de la deuda, se hacía propietario de la cosa con todas las facultades que el dominio implica. En cambio, desde el punto de vista del deudor la institución resultaba desproporcionada y con serios inconvenientes. Aunque la cosa valiese mucho más que la deuda, no la podía utilizar ya para garantizar otras obligaciones; si la cosa era fructífera, se veía privado de sus productos, que hubieran podido ayudarle muchas veces a saldar su obligación. Este último inconveniente se obviaba con frecuencia dejando el acreedor propietario en arrendamiento o en precario la cosa al deudor. Pero aun había otra desventaja: el deudor disponía, una vez pagada la deuda, de la actio fiduciae para reclamar al acreedor el cumplimiento del pacto de devolución pero tal acto no era real, sino meramente personal ejercitable únicamente contra el acreedor de tal manera que si éste, como dueño que era de la cosa, la hubiese enajenado, el deudor lograría una indemnización por incumplimiento del pacto, pero no tenía acción para reclamar la

cosa del tercero que la tuviese en su poder”³.

En principio, el patrimonio de un deudor servía de garantía a todos sus acreedores. Si se hacía insolvente, cada uno corría peligro de perder todo o parte de lo que se les debía. Pero un acreedor puede encontrar, contra este peligro, una protección más o menos eficaz obteniendo garantías especiales.

Hubo dos clases de garantía:

- a) La garantía personal, es decir, el compromiso de una o varias personas se obligan junto al deudor principal, con el acreedor. Este podría dirigirse contra el más solvente para hacerse pagar; y
- c) La garantía real, que consiste en la afectación de una cosa al pago de una deuda. A este último orden de garantía está unida la hipoteca.

Durante mucho tiempo, los romanos emplearon sólo la llamada enajenación con fiducia para dar a los acreedores una seguridad real, Después recurrieron al

³ Arias Ramos José. Derecho Romano: Editorial de Derecho. 1995. pag 286-287

pignus o prenda.

Posteriormente se introdujo la hipoteca y se desarrolló bajo la influencia del derecho pretorio.

El procedimiento más antiguo corresponde a la denominada enajenación con fiducia:

Como estableció Maximiano Errázuriz Eguiguren: “El deudor, de quien el acreedor exige una garantía real, le transfiere por mancipatio o in iure cessio la propiedad de una cosa que formaba parte de su patrimonio. Acreedor y deudor agregan a esta enajenación un pacto de fiducia mediante el cual el acreedor se compromete a transferir, nuevamente, la propiedad de la cosa al deudor una vez recibido el pago. Mientras tanto, con frecuencia el acreedor autorizó al deudor para seguir detentando la cosa y usarla, a título de arrendamiento o precario.”⁴

⁴ ERRAZURIZ EGUIGUREN, Maximiano. Manual de Derecho Romano. 3ª.ed:Editorial Jurídica de Chile, 1999. 534 p

De la enajenación con fiducia resultaban las siguientes consecuencias:

- a) Si el deudor paga, el acreedor debe transferirle nuevamente la propiedad
- b) de la cosa por la usureptio, poseyéndola el deudor durante un año;
- c) Si el deudor no paga, la usureptio no es posible para él. El acreedor propietario de la cosa puede venderla, pero si obtiene un precio superior al monto del crédito, debe entregar la diferencia al deudor.

Este sistema daba al acreedor una doble ventaja: el dominio de la cosa y la acción reivindicatoria.

Pero la enajenación con fiducia tenía para el deudor graves inconvenientes:

1ª Cuando el acreedor, abusando de su derecho, enajenaba anticipadamente la cosa, el deudor que pagaba no tenía cómo recuperarla: no tenía una acción real contra los terceros adquirentes, sino sólo una acción personal, *fiduciae*, contra el acreedor, y el recurso de la usureptio;

2ª No tenía seguridad de conservar la detención y el uso de la cosa, porque el acreedor podía negarse a dejársela a título de arrendamiento o de precario;

3ª Por último, el deudor, por no ser propietario de la cosa, no podía servirse de ella para dar garantías a otro acreedor ni aun en el caso de que su valor fuese muy superior a la principal deuda: su crédito estaba de este modo comprometido.

CAPITULO 3

PRENDA

PIGNUM DATUM

A raíz de la serie de inconvenientes que fue presentado la institución de la Fiducia, el derecho civil admitió un procedimiento más sencillo y más favorable al deudor.

Dicho procedimiento fue el contrato de prenda que consistía principalmente en que el deudor entregaba al acreedor, a título de prenda, la tenencia de una cosa, y el acreedor se obligaba a devolverla después del pago. En consecuencia, no se requería que el deudor sea propietario, pues no transfería la propiedad.

El pignus datum constituye el tipo original de prenda propiamente tal, es decir, sin transferencia del dominio ni de la posesión civil, pero con desplazamiento de la tenencia de la cosa pignorada. Supone, pues, la entrega de ésta.

El acreedor pignoraticio tiene más que la simple detención de la prenda, es poseedor, en consecuencia, las ventajas de la posesión están repartidas entre él y el deudor. El acreedor es tratado como si poseyese por sí mismo, por cuanto se encuentra protegido por los interdictos posesorios. Cualquiera sea la persona que entre en posesión de la cosa, aun el mismo deudor puede dirigirse al pretor para recuperar la posesión de ella. Como se indica en el texto de derecho romano de don

Maximiano Errazuriz Eguiguren: “Gracias a esta protección, el acreedor puede retener la prenda hasta el pago, lo que constituye su garantía. Pero si el deudor estaba en vías de adquirir la cosa por usucapión, el tiempo continúa corriendo a su favor, como si tuviera la posesión de la cosa, hasta hacerse propietario de ella.

Con respecto a esto, se entiende que el acreedor posee a nombre y por cuenta del deudor. Además, él no se beneficia con los frutos de la cosa: debe imputarlos a intereses de la deuda y, abonados los intereses, el resto de los frutos se imputa

a capital. Debe rendir cuenta hasta de los frutos que haya sido negligente en percibir”.⁵

Para evitar esto, anticipadamente, las partes establecían a veces una convención en virtud de la cual el acreedor tenía derecho a recoger los frutos de la cosa, y este disfrute hacía las veces de los intereses del crédito. De ahí el nombre de anticresis dado a este pacto.

El pignus datum constituye el tipo original de prenda propiamente tal, es decir, sin transferencia del dominio ni de la posesión civil, pero con desplazamiento de la tenencia de la cosa pignorada, lo que supone, por consiguiente, la entrega de ésta.

La prenda con desplazamiento es conocida ya en el s. III a.c.

como también señala Maximiano Errazuriz Eguiguren:

⁵ ERRAZURIZ EGUIGUREN, Maximiano. Manual de Derecho Romano. 3ª.ed:Editorial Juridica de Chile, 1999. 534 p

“Debió de surgir limitada a las res nec mancipi en oposición a la fiducia que se aplicaba a la res mancipi. Mientras ella exigía la transferencia de la cosa por mancipatio al acreedor, para el pignus resultaba suficiente la entrega, pero no en dominio. Este negocio, con todo, debió de haber sido considerado durante algún tiempo como un mero hecho sin reconocimiento jurídico directo, más que el de considerar hurto al uso de la cosa por el pignoratario y a su no devolución en caso de haberse extinguido la deuda, en tanto al pignorante no se le acordaba sino la rei vindicatio para recuperarla o la actio furti. La construcción de un negocio autónomo y del derecho de prenda fue obra del pretor, quien, como veremos, dio acciones ya típicas tanto al pignorante como al pignoratario.”⁶

El derecho de prenda con desplazamiento presenta las siguientes características:

Constitución

El derecho de prenda con desplazamiento se constituye mediante la entrega de la

⁶ ERRAZURIZ EGUIGUREN, Maximiano. Manual de Derecho Romano. 3ª.ed:Editorial Juridica de Chile, 1999. 534 p

cosa por el pignorante al pignoratario; aquella supone un previo acuerdo voluntariamente convenido entre las partes, de dar y recibir en prenda, que por sí mismo, empero, no crea obligaciones de ninguna especie ni conforma el derecho real, hasta que sea aplicado mediante la entrega. Se trata, en consecuencia, de un acto real, al que los juristas designan con el nombre inespecífico de pignus. La entrega suele ser llamada traditio. En ningún caso requiere de formalidades previas ni posteriores.

Contenido

1. En virtud de la datio pignoris el pignoratario adquiere la tenencia de la cosa y la posesión pretoria, no el dominio civil o bonitario y tampoco la posesión civil. Por lo tanto, en principio tan solo puede tener la cosa consigo. De ejecutar actos de aprovechamiento sobre ella comete furtum.

1. La posición del pignoratario puede ser mejorada, sin embargo, mediante ciertos pactos expresamente celebrados entre partes.

a) En primer lugar, el pacto de vender o de distraer (pactum vendendo o de distrahendo). En virtud de él, el pignoratario que da autorizado para vender la cosa (privadamente o en pública subasta) desde que deja de pagar el deudor principal.

El pignoratario debe notificar su decisión de vender al pignoratario (denuntiari); con el precio conseguido se paga su obligación, pero debe restituir el sobrante al pignorante . Puesto que el pignoratario no es el dueño de la cosa, la venta cumplida por él resulta a non domino, pero el pignorante no puede reivindicarla del comprador u otros terceros, por haber intervenido su consentimiento de dueño.

Los juristas dicen que el pignoratario vende “por derecho de prenda” (iure pignoris), es decir, por su dueño. El pignorante responde o no de la evicción al comprador según las reglas generales.

En caso de no poder pagarse el acreedor la totalidad de su crédito con el precio obtenido, conserva sus acciones contra el deudor para exigirle el faltante.

Este pacto debe ser convenido expresamente. Los juristas de la última época clásica tienden a admitir, sin embargo, que la facultad de vender el pignoratario va incluida en toda prenda, aunque no le hubiese sido conferido expresamente, pero que puede ser excluida cuando se pactó no vender. Los emperadores sancionaron definitivamente el nuevo régimen.

b) *lex commissoria*:

En virtud de este pacto, acuerdan las partes que, una vez incurrido en mora de pagar el deudor, el pignoratario se hará dueño de la cosa pignorada; en consecuencia, si éste decide vender con posterioridad, nada tiene que

restituir al pignorante, pero la obligación garantizada queda extinguida.

- d) Pueden pactar las partes que el pignoratario se aproveche de los frutos naturales o civiles de la cosa, para imputarlos en primer lugar a los intereses de la obligación y enseguida a su capital, debiendo restituir el exceso al pignorante.

Una modalidad especial de este pacto, que Marciano denominó antichresis, consiste en abstenerse el pignoratario acreedor de cobrar intereses al deudor, a cambio de poder percibir los frutos civiles o naturales de la cosa; en tal caso no se considera haber frutos excesivos y ninguno se debe restituir al pignorante.

2. El pignoratario puede dar en prenda la cosa a él pignorada. Esto implica la entrega del que es entonces un “subpignoratario”, para garantizarle alguna

obligación, propia o ajena. Pero la eficacia de este “subpignus” depende de

que no se extinga el derecho de prenda que tenía el subpignorante.

En efecto, si la obligación primeramente garantizada es pagada, como entonces cesa la garantía a favor del subpignorante, su pignorante puede recuperar la cosa de manos del subpignorante, su pignorante puede recuperar la cosa de manos del subpignoratario; cuando, en cambio, el subpignorante queda en condiciones de hacer efectiva su garantía por no haber sido pagado su crédito, he ahí que el subpignoratario podrá ejercer los derechos subprendarios, pero siempre dentro de los límites de los que tiene el subpignorante y, además dentro de aquellos que este había convenido con el propio subpignoratario. De este modo, por ejemplo, si la prenda estaba acompañada de pacto de venta y también la subprenda, el subpignoratario podrá vender la cosa; pero, aunque la subprenda tenga adjunto dicho pacto, si no lo tenía la prenda, el subpignoratario no podrá vender.

En todo caso, la posición de este último es protegida mediante acciones útiles y con los interdictos posesorios.

3. El pignorante, en su calidad de dueño y poseedor civil de la cosa puede:

usucapirla si no era su dueño civil; venderla a terceros, salvo pacto en contrario, si bien, por encontrarse la cosa en manos del pignoratario, no podrá el pignorante entregarla al comprador; también puede vender la prenda al propio pignoratario; aprovecharse de los frutos, sin perjuicio de las facultades que pueden ser concedidas al pignoratario para imputarlos a la deuda, o del acuerdo de que también ellos quedan pignorados.

Extinción

El derecho de prenda se extingue por el advenimiento de alguna de las siguientes causas:

1. Por el cumplimiento íntegro de la obligación garantizada, o su extinción por cualquier modo civil o pretorio, y por haber incurrido el acreedor en mora de recibir el pago; todo ello como consecuencia del carácter accesorio del derecho.
2. Aunque no se pague o extinga la obligación garantizada, el derecho de prenda, sin embargo, se extingue si el deudor cauciona de otro modo dicha obligación, como con fianzas o con la pignoración de otra cosa.
3. También con independencia de subsistir la deuda garantizada, por derecho pretorio se extingue el derecho, mediante pacto de que la cosa no esté en prenda, lo que equivale a una renuncia; el pignorante

dispone entonces de una exceptio pacto para operativa la renuncia.

4. Un grupo de figuras en que puede verse una suerte de remisión tácita

de la prenda, sin perjuicio de subsistir la deuda principal, consiste en:

autorizar el pignoratario al pignorante la enajenación por venta,

permuta, donación o dote de la cosa pignorada por su dueño, sin

haberse reservado el derecho; restituir el pignoratario la cosa al

pignorante; legársela.

5. También la confusión de las calidades de dueño de la prenda y de

pignoratario en una misma persona deja insubsistente la prenda, como

consecuencia de que no pueda haber prenda de cosa propia.

6. La destrucción de la cosa pignorada y el cambio de su especie

extinguen el derecho de prenda, salvo que se acuerde lo contrario; las

mutaciones sufridas por la superficie de un inmueble, en cambio, no lo

afectan.

7. La venta de la cosa cumplida por el pignoratario merced al pactum de vendendo extingue la prenda; en otras palabras, el comprador la adquiere saneada.

8. En provincias se aplicó la longi temporis praescriptio con efecto extintivo de las prendas. Ella supone que un tercero posea la cosa pignorada con iustum initium durante 10 o 20 años; al cabo de ellos puede oponerse exitosamente a la persecución que de aquella intente el pignoratario.

En resumen, la garantía que el acreedor encuentra en la prenda consiste en el derecho de retener la posesión de la prenda hasta que se le haya pagado.

Como también se indica en el Manual de Derecho Romano de don Maximiano

Errazuriz Eguiguren:

“Si bien la prenda daba al acreedor suficiente seguridad, tenía muchos

inconvenientes para el deudor, quien, al mismo tiempo que conservaba la

propiedad de la cosa, perdía su posesión y uso. Es cierto que el acreedor consentía a menudo en restituírsela a título de arrendamiento o de precario, pero también podía negarse a este arreglo. Por otra parte, cualquiera que fuese el valor de la cosa dada en prenda, no podía servir más que para la garantía de un solo acreedor. Se sentía la necesidad de un progreso más completo. Se necesitaba un procedimiento que, al mismo tiempo que procurase al acreedor una garantía igual, dejara la cosa al deudor, al menos hasta el vencimiento del plazo para pagar. Este procedimiento fue la hipoteca.”⁷

⁷ ERRAZURIZ EGUIGUREN, Maximiano. Manual de Derecho Romano. 3ª.ed:Editorial Juridica de Chile, 1999. 534 p

LA PRENDA

Concepto

En la concepción romana la prenda(pignus) es una figura única que sin embargo admite dos modalidades: con desplazamiento de la tenencia de la cosa al pignoratario (pignus datum) y sin dicho desplazamiento, de modo que la tenencia sea conservada por el pignorante (pignus conventum, conventio pignoris, llamada después hypotheca).

En nuestro derecho civil el concepto de prenda admite varias acepciones, dentro de las cuales encontramos en primer lugar, la más general:

1. Derecho de prenda general de los acreedores:

Este concepto se encuentra comprendido en el artículo 2465 del Código

Civil: “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 1618”.⁸

En términos amplios, dicho concepto no dice relación con el contrato de prenda, sino que tiene que ver con la facultad que tienen los acreedores de poder perseguir su crédito sobre todos los bienes del deudor.

2. Contrato de prenda:

El contrato de prenda se encuentra definido en el artículo 2348 del Código Civil de la siguiente forma: “Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito”. La entrega de la cosa perfecciona el contrato, por eso se conoce como “prenda con desplazamiento”.⁹

⁸art. 2465 Código Civil Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Chile.

⁹ Art 2348 Código Civil Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Chile.

Sin embargo, dicho concepto no comprende fielmente lo que se entiende por contrato de prenda, por lo que podríamos definirlo de la siguiente manera:

“Contrato por el cual se entrega una cosa mueble a un acreedor para efectos de asegurar su crédito, otorgándoles los derechos de persecución, retención y de pago preferente del producto de la cosa en caso de incumplimiento por parte del deudor”.

3. Objeto del contrato de prenda:

Haciendo referencia a la cosa que se da en prenda.

4. Derecho real de prenda:

Contemplado en el artículo 577 del Código Civil, en cuanto es un derecho real de garantía que otorga al titular el derecho de retención, persecución, venta y preferencia.

La prenda constituye una manera de garantizar obligaciones, pero de carácter real, por cuanto mediante aquella es una determinada cosa la que resulta afectada al cumplimiento de la obligación. Se opone, pues, a la garantía personal, consistente originalmente en afectar la persona misma del garante a dicho cumplimiento, y más tarde su entero patrimonio, pero en la medida en que lo tenga. Por lo demás, mediante la prenda se pueden garantizar obligaciones propias o ajenas, mientras que con las personales tan solo las ajenas.

Contenido

La prenda es un derecho real que, en principio, sin embargo, permite un muy limitado aprovechamiento de la cosa.

4. En cuanto derecho real, el pignoratario puede tener actualmente la cosa(en el caso de pignus datum) o llegar a tenerla(cuando se trata de hipoteca),

con preeminencia, es decir, con oponibilidad al dueño de la cosa sobre que recae, y con mayor razón a terceros que gozan de otros derechos reales sobre la misma, como el usufructuario; lo cual implica la posibilidad de perseguir autónomamente la cosa frente a todos ellos, lo mismo que ante cualquier tercero poseedor o tenedor, ello es una consecuencia del carácter real de la acción prendaria. Además, no lo afectan, en especial no la extinguen, los cambios entre vivos o por causa de muerte que experimente el dominio del objeto, salvo que la cosa haya pasado a manos de terceros por acto de transferencia consentido por el pignorante, lo que es mirado como una suerte de remisión de la prenda. Fuera de tal hipótesis, pues, el tercer adquirente consigue la cosa con carga de la prenda.

5. Pero de la cuádruple tipología de formas de aprovechamiento posible de las cosas, para la prenda se excluyen el uso, el disfrute y la disposición, de modo de quedar limitada a la mera tenencia o posesión natural; tampoco, por lo tanto, el pignoratario es poseedor civil, es más, como su tenencia

está protegida por los interdictos uti pissetis y utrubi, podemos agregar ser el un poseedor pretorio en sentido restringido. En contrapartida, el pignorante conserva el dominio y la posesión civil de la cosa pignorada; si no era dueño, pues continua usucapiendo.

Accesoriedad

Por su función garantizadora, la prenda es una figura esencialmente accesoria: supone la existencia de una obligación de cualquier clase: civil o natural, civil o penal, civil o delictual, civil o pretoria, de dar, hacer o no hacer, pura y simple o sujeta a modalidad, actual o futura, pero en todo caso válida y por cumplir, cuyo cumplimiento garantiza. De no haber una obligación, o de no ser ella válida, o de haberse extinguido por cualquier modo idóneo, entonces, la prenda no puede existir ni subsistir. Es indiferente que la obligación

garantizada sea propia del pignorante o de un tercero, a quien presta el servicio de dar cierta cosa suya en garantía.

Objeto

El pignus recae indistintamente sobre muebles o inmuebles y res mancipi o nec mancipi. La posibilidad del pignus conventum amplió enormemente el tipo de objetos susceptibles de ser pignorados, como en su momento veremos. En general, es pignorable todo lo venal.

Una vez constituida la prenda, esta se extiende a los accesorios de la cosa y a sus accesiones (como el terreno de aluvión, la edificación o la plantación, y a los derechos reales que la benefician, como las servidumbres, pero no a los frutos, salvo convención, expresa en contrario.

Legitimación para pignorar

Están legitimados para constituir prenda el dueño civil o bonitario de la cosa.

Una cosa de dominio común puede ser completamente pignorada siempre que concurren al acto todos los comuneros; y en tal caso puede tratarse de pignus datum o conventum. Los comuneros individualmente solo pueden pignorar su cuota, y eso únicamente bajo la forma de pignus conventum

La prenda de cosa ajena al pignorante es nula, salvo que ocurra alguna de las siguientes situaciones:

- A) Cuando el que constituyó la prenda sobre cosa ajena empieza a ser su dueño con posterioridad a la pignoración, esta se convalida, pero merced a la acción pignoraticia real dada como utilis
- B) Se puede pignorar una cosa ajena con consentimiento de su dueño
- C) El verdadero dueño de la cosa puede ratificar la prenda de lo suyo cumplida por un tercero, y esta ratificación opera retroactivamente desde el momento de la pignoración.

D) En fin, se puede pignorar una cosa ajena bajo la condición de que se haga propia.

CAPITULO 4

HIPOTECA

En el derecho civil chileno encontramos el concepto legal de hipoteca en el artículo 2407 del Código Civil, el cual señala:” la hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor¹⁰”, sin embargo, dicha definición contiene una serie de críticas que la doctrina ha ido elaborando a lo largo del tiempo.

En primer lugar, dice que la hipoteca es un derecho de prenda, lo que claramente no es correcto, ya que la prenda es una institución que tiene una fisonomía propia, ahora bien, esta forma de describir la hipoteca tiene su explicación en el origen histórico de estas instituciones como hemos ido analizando.

¹⁰ Art. 2407. Código Civil Chileno. Editorial Jurídica de Chile, Chile.

En segundo lugar, el artículo hace mención a que “no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”, siendo que debiese decir que no dejan por eso de permanecer en poder del constituyente, por cuanto puede ocurrir que la garantía emane de un tercero y no necesariamente del deudor.

Otra crítica que hace la doctrina dice relación, con que la hipoteca se constituye sobre inmuebles, lo que es la regla general pero que no es absoluta como analizaremos en profundidad.

Se plantea la idea de que esta definición no proporciona una idea íntegra de lo que comprende la hipoteca, por lo que una definición más acorde sería la que plantea el profesor Manuel Somarriva Undurraga: “Derecho real que recae sobre un inmueble que, permaneciendo en poder del constituyente, da derecho al acreedor para perseguirlo de manos de quien se encuentre y de pagarse preferentemente del

producto de la subasta”¹¹.

Habiendo dejado establecido la regulación legal de la hipoteca en el derecho civil chileno, veremos ahora como fue el origen de esta institución a partir de lo que fue la fiducia en primer lugar y después el pignus datum o prenda.

Los inconvenientes de la enajenación con fiducia y de la prenda se dejaban sentir, presentándose principalmente en las relaciones entre el colono y el arrendador de un fundo rural. Para dar una seguridad al propietario, el colono, que no tiene ordinariamente más que sus ganados y sus utensilios agrícolas, no podía cederle su propiedad ni su posesión sin privarse de sus instrumentos de trabajo. Por eso, muy pronto se admitió que los ganados y objetos diversos llevados al fundo por el colono (herramientas, arados y otros) estarían afectos al pago del arrendamiento, constituyéndose en verdaderas garantías, por simple convención y sin que se

¹¹ SOMARRIVA, Manuel, ALESSANDRI ROGRIGUEZ, Arturo. VODANOVIC HACLICKA, Antonio. Tratado de Derechos Reales. 7^a.ed:Editorial Jurídica de Chile, 2005. 907 p

privara al colono de su posesión. En fecha desconocida, un pretor permitió al arrendador que no había recibido el pago, obtener del colono la posesión de las cosas afectas al pago por medio del interdicto salviano. Después se le concedió una protección más eficaz: otro pretor dio al arrendador una acción in rem, la acción serviana por la cual, en defecto de pago a su vencimiento, pudo hacer valer contra el colono y contra cualquier otro detentador un verdadero derecho real sobre las cosas sujetas al pago, y hacerse poner en posesión, a menos que el demandado prefiriese pagar la deuda.

Las ventajas de esta práctica impulsaron a los pretores siguientes a generalizar su aplicación, cualquiera fuese la naturaleza del crédito. Desde entonces, todo deudor pudo conceder una garantía real a su acreedor, sin abandonar la propiedad ni la posesión de ninguno de sus bienes. Una simple convención que afectó a uno o varios objetos al pago de la deuda, fue suficiente para procurar al acreedor un derecho real, el derecho de hipoteca, sancionado por una acción in rem, que no es más que la acción serviana extendida, y que se llamó cuasi

serviana o hipotecaria. Este progreso sólo se menciona en los textos a partir de mediados del siglo I de nuestra era.

Como explica Maximiano Errazuriz Eguiguren: “Los intereses del acreedor y deudor estaban así felizmente conciliados:

- a) El acreedor hipotecario no adquiere ni la propiedad ni la posesión de la cosa, sino un derecho especial que le permite en momento oportuno, es decir, si no se le ha pagado al vencimiento, hacerse poner en posesión y tener una situación igual a la que le hubiese dado la prenda; y

- b) El deudor, mientras su deuda no se extingue, conserva la propiedad y la posesión de la cosa hipotecada. Puede, por tanto, utilizarla y afectarla a la seguridad de los demás acreedores.

Estos nuevos principios dejaron sentir sus efectos en el contrato de prenda y modificaron la situación de acreedor pignoraticio. En efecto, puesto que la simple convención bastaba para crear el derecho real de hipoteca, con mayor razón debió

ser constituido cuando en la convención se añadía la remisión de la posesión. En lo sucesivo, el contrato de prenda procuró, pues, al acreedor el derecho real de hipoteca, siempre que estuviese hecho con el propietario de la cosa dada en prenda. El acreedor pignoraticio que perdía la posesión no tuvo ya para recuperarla solamente los interdictos, recurso temporal y de una eficacia relativa, sino también la acción in rem perpetua y dada contra cualquier detentador de la cosa.

La hipoteca en su origen, no daba al acreedor más que el derecho de reclamar y obtener la posesión de la cosa si no se le había pagado, y el de guardarla hasta que hubiese recibido satisfacción del deudor. El interés de las dos partes exigía otra solución. De ahí la costumbre de agregar al contrato de prenda o a la convención de hipoteca pactos accesorios: para asegurar un desenlace rápido del conflicto.

Por la *lex comissoria*, las partes convenían en que el acreedor no pagado se haría

propietario de la cosa dada en prenda. Este pacto era muy peligroso para el deudor, quien, forzado por la necesidad, podía dar en prenda una cosa de un valor muy superior a su deuda. Por eso, después de haber sido lícito durante toda la época clásica, Constantino lo prohibió en 326.

Otra convención completaba de un modo más equitativo la seguridad del acreedor: es la que le permitía, a falta de pago, vender la cosa. Podía entonces, pagarse con su precio, quedando a salvo la restitución al deudor de lo que excediera del importe de la deuda.

Esta cláusula fue, desde luego, necesaria para el acreedor que tuviese el derecho de vender, pero muy luego se hizo usual, y a fines del siglo II se sobreentendía. A partir de entonces se puede considerar el derecho a vender como una consecuencia natural de la hipoteca. Se ha realizado un gran progreso: la seguridad hipotecaria no consiste ya para el acreedor solamente en una toma de posesión, que le impide disponer de la cosa y no le da sino una satisfacción indirecta. Ahora, puede transformar la cosa en dinero y pagarse con su precio.

Esta facultad no le puede ser arrebatada sino mediante cláusula expresa. Bajo el imperio de Justiniano se da el último paso: que el derecho de vender sea de la esencia de la hipoteca. El acreedor puede vender la cosa, aunque haya cláusula en contrario. Esta no tiene otro efecto que obligar a dirigir previamente tres notificaciones al deudor”.¹²

PIGNUS CONVENTUM O HYPOTHECA

Concepto y origen

En principio, el pignus supone la entrega de la cosa al pignoratario; si este la devuelve al pignorante, se extingue al derecho.

1. Este efecto traslativo de la tenencia del bien a manos del pignoratario

¹² ERRAZURIZ EGUIGUREN, Maximiano. Manual de Derecho Romano. 3ª.ed:Editorial Jurídica de Chile, 1999. 534 p.

materializa, por así decir, la función coactivamente garantizadora de la prenda, pero puede resultar inconveniente para el pignorante cuando dicho bien le es necesario para su actividad productiva, de un modo que un endeudamiento con prenda carece de todo sentido si es que el deudor no podrá tener la cosa en la cual se propone realizar inversiones o con las cuales trabaja; el caso típico corresponde a los agricultores cuyo único bien es el fundo que explotan o los instrumentos para labrar un campo arrendado.

De hecho, fue en ese ámbito donde, ya durante el s. III, se desarrolló una modalidad de prenda sin desplazamiento de la tenencia al pignoratario. Se trata de los arrendamientos de fundos rústicos, a que el arrendatario lleva sus propios instrumentos de explotación, como animales de tiro y carga, carretas, piezas manuales de roturación, etc. y los introduce en él. Ante la necesidad de garantizar el arrendador el pago de las rentas del contrato, y no pudiendo entregarle en tal función los mencionados instrumentos por las

razones indicadas, acepta entonces que ellos se tengan por pignorados al pago de las rentas, consintiendo el arrendador en que no se desplacen a su poder, de modo de permanecer el pignorante con su tenencia.

Lo propio se aplicó a los frutos producidos en el fundo arrendado, más tarde la práctica fue trasladada al arrendamiento de inmuebles urbanos en relación con las cosas de arrendatario introducidas en él, como sus muebles y demás enseres personales.

2. Un paso intermedio hacia la generalización de esta figura pudo consistir en la práctica de convenir las partes del negocio prendario ya constituido, en que la cosa sea devuelta al pignorante, pero no en función remisora de la prenda, sino para que la tenga como precarista o como arrendatario; una vez cumplida la operación, la cosa de hecho termina en la tenencia del pignorante. Si la devolución es acordada en el momento de tener lugar la constitución de la prenda, entonces no hay necesidad de hacer el doble

traspaso, del pignorante al pignoratario, por un lado, y de éste como arrendador o precario dans al pignorante como arrendatario o precario accipiens, por otro; de manera que se considera simplemente que el título de la tenencia de la cosa por el dueño pignorante cambia, en virtud del arrendamiento o del precario acordados, y queda constituido el derecho de prenda sin datio pignoris verdadera sino abreviada.

3. En época clásica esta figura se generaliza para todo tipo de cosas y con función garantizadora de cualquier clase de obligaciones. Puesto que la cosa permanece en poder del pignorante, y externamente el derecho aparece constituido sin previa entrega, mas solamente en virtud de las convenciones celebradas por las partes, entonces se habla de prenda convenida, también se dice de la cosa que es una res obligata.

En algún momento fue introducido el uso de la palabra griega hypotheca.

Constitución

El pignus conventum se constituye mediante un acuerdo entre las partes desprovisto de formas, en orden a dar y recibir una cosa en prenda, al que se agrega un pacto encaminado a diferir la entrega de la cosa pignorada hasta el momento en que el deudor incurra en mora de cumplir la obligación garantizada.

Falto en Roma un procedimiento destinado a conferir publicidad al hecho de estar hipotecada una cosa, mediante alguna suerte de registro en el que fuesen inscritos los respectivos gravámenes. Solo en Egipto existió algo que puede hacer recordar a los modernos registros hipotecarios.

Contenido

Desde que el deudor deja de pagar la obligación cuyo cumplimiento garantiza la hipoteca, el pignoratario puede retirar la cosa de manos del pignorante, para ejercer las facultades que le otorgan los pactos que, al igual que en el pignus datum, normalmente se han agregado desde el comienzo, lo que quiere decir quedarse con ella como dueño, o venderla para pagarse con su precio, debiendo eventualmente restituir el sobrante.

Extinción

El pignus conventum se extingue por los mismos modos antes estudiados para el pignus datum en cuanto congruentes con la ausencia de desplazamiento.

Objeto

El pignus conventum reace indistintamente sobre bienes muebles o inmuebles y res Mancipi o nec Mancipi; a este respecto no se diferencia del pignus datum, atendida la esencial unidad de ambas modalidades; es de suponer, empero, que con más frecuencia debía de aplicarse de hecho a los inmuebles.

Pero la característica propia de la modalidad: el no desplazamiento del bien pignorado, abrió la posibilidad de ampliar el tipo de bienes pignorables.

Sobre la cuota no cabe un pignus datum, ya que no es posible su entrega.

Como en su momento vimos, la cosa común misma es completamente pignorable e hipotecable siempre que concurren todos los comuneros al acto. Pero ahora se trata de que cada comunero pueda hipotecar su propia

cuota o pars pro indiviso; lo que es factible por consistir el acto en una mera convención destinada a dejar hipotecada la cuota, sin que se haga necesaria su entrega, por lo demás imposible, como se dijo, con respecto a una entidad abstracta como es la cuota. Cuando el deudor no cumple la obligación garantizada, el pignoratario puede quedarse con la cuota como nuevo codueño, o venderla y pagarse con el precio, según se haya acordado.

Puede ocurrir que, pendiente la exigibilidad de la deuda, la cosa común resulte dividida y adjudicadas diversas partes suyas a cada comunero. La hipoteca que gravaba la cuota de uno de ellos no se radica sobre la porción física que entonces le cupo en dominio propio o singular, transformándose en hipoteca ordinaria, sino que se proyecta proporcionalmente sobre todas las porciones físicas repartidas, permaneciendo estas, en consecuencia, hipotecadas pro parte indivisa. En otras palabras, las hipotecas se

multiplican.

Distinta de la hipótesis anterior es la pignoración de una cuota total de la cosa que se tiene en dominio singular, como si el dueño único de un fundo desea dar en garantía no el fundo completo, sino una mitad pro indiviso del mismo. Ello no es posible hacerlo mediante la prenda real, porque una parte ideal no puede ser entregada, pero si a través de la hipoteca convencional. Lo cual, además, permitió conseguir que una misma cosa fuese hipotecable a varios por parte, como si el dueño único da en garantía la mitad a determinado acreedor, y la mitad restante a otro. En tal caso, en realidad, es como si hubiese varias hipotecas sobre cosas distintas, y no se vulnera la indivisibilidad de la figura, porque lo dividido intelectualmente no es el derecho de prenda sino su objeto. Este recae ahora sobre una cuota, y es ella la que indivisiblemente garantiza toda la deuda y cada uno de sus residuos.

También son pignorables las cosas futuras, es decir, las que no existen

actualmente, pero se espera que han de existir, como los frutos y el parto de los animales o esclavas, sin que antes se haya dado en prenda la cosa productora. Un *pignus datum* no es posible respecto de ellas porque no existen y no pueden ser entregadas; pero si un *pignus conventum*. Esta será válida si la cosa esperada llega a existir, y entonces se convierte en prenda ordinaria, pero cesa en el caso contrario.

Se desarrolló asimismo una prenda sobre todos los bienes de una persona, a manera de prenda general o universal (*conventio generalis*). La particularidad de esta prenda radica en no ser necesaria la individualización de cada cosa para entenderla incluida en el derecho, y es suficiente que el pignoratario pruebe que un bien determinado se encontraba *in bonis* del pignorante al tiempo de constituirse la prenda. La jurisprudencia, sin embargo, considera excluidas, sin necesidad de cláusula expresa, las cosas de unos más personal, como el mobiliario doméstico. Esta figura, por

otro lado, se puede extender a todas las cosas que se lleguen a tener en el futuro, por modo de constituirse sobre “las cosas que alguien tiene o tendrá” (res qua equis habet habiturusue).

También se puede dar en hipoteca un corpus ex distantibus, como un rebaño(grex) o un establecimiento comercial(taberna), y en ese caso se entiende pignorado todo lo que se vaya incorporando en el futuro a la universalidad.

Por derecho pretorio se admite la hipoteca de un usufructo, del “ius in agro vectigalis” y de la “superficies”. Podemos construir así la figura: si la prenda lleva consigo el pacto de poder aprovecharse de los frutos el pignoratario, bien para aplicarlos a la deuda, bien en vez de los intereses(anticresis), aquel puede adquirirlos con tales finalidades en sustitución del usufructuario; en caso de no existir dichos pactos, una vez caído en insolvencia el deudor, el pignoratario puede entrar en el disfrute de la cosa

a título de *lex comisoria* o vender la facultad de aprovechar los frutos y pagarse con su precio; está excluido totalmente un traspaso del derecho de usufructo mismo al pignoratario o terceros, porque él es intransferible; frente a la *actio negativa* o *negatoria* del dueño en contra del pignoratario o del tercero que por compra se aprovecha ahora de los frutos, el pretor concede una excepción; “ a no ser que entre el acreedor y aquel a quien pertenece el usufructo se hubiere convenido que el usufructo esté en prenda.

Se admite el *pignus conventum* sobre las servidumbres de *vía*, *iter*, *actus* y *aquae haustus*. En otro lugar se ha descrito su probable régimen.

Incluso se hizo posible una prenda meramente convencional sobre créditos de que sea titular el pignorante (*pignus nominis*). La convención es, en realidad, una cesión del crédito (*procuratio in rem suam*), pero en función de garantía. Si el crédito tiene como objeto una cantidad de dinero, el pignoratario puede cobrarlo e imputar la cantidad conseguida a su propio

crédito que el anterior garantizaba (*secum pensare*) si, en cambio, tiene por objeto una especie, también puede cobrarla, pero en este caso ella queda como pignorada normalmente (*loco pignoris*). El régimen es pretorio: se da al pignoratario una acción útil para que pueda cobrar directamente el crédito pignorado al deudor del pignorante; si este, desconociendo la prenda, pretende cobrar el crédito a su deudor, se enfrenta con una excepción.

CONCLUSION

En Virtud de lo expuesto, podemos concluir lo siguiente:

Que las cauciones personales, a diferencia de las cauciones reales, pueden carecer de eficacia, toda vez que, siempre existe el peligro de que caiga en insolvencia la persona que está garantizando el cumplimiento de una obligación, en cambio, las cauciones reales se caracterizan por la afectación de un bien determinado al cumplimiento de la obligación, desapareciendo el peligro ya descrito.

En cuanto a la evolución histórica de las cauciones reales, podemos anotar que, en sus formas principales y actuales, tanto la prenda como la hipoteca, han experimentado una serie de cambios antes de llegar a su estado actual.

En un principio, solo se conocía el derecho real de dominio, puesto que los demás derechos reales aparecerían con posterioridad, ya que como se mencionó, ellos

resultaban ser relaciones más complejas para la primitiva cultura jurídica de la época, por lo que, no se alcanzaban a comprender. Es por lo anterior que, a falta de otros derechos, se utilizaba el dominio para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, y cuyo mecanismo más simple y utilizado era la enajenación con pacto de fiducia.

Como vimos, esta primera forma de garantía real resulto ser imperfecta, pues resultaba ser perjudicial para el deudor, quien se veía despojado tanto del dominio de como de la posesión de la cosa, de modo que se encontraba expuesto a que el acreedor pudiese enajenar el bien dado en garantía, no pudiendo reclamar ante terceros, y que se trataba de una acción personal para obtener la restitución de la cosa.

Las dos garantías reales por excelencia, la prenda y la hipoteca, tienen como hemos investigado, un origen común, no siendo en los primeros tiempos dos instituciones diversas, sino una sola.

Dichas garantías luego se fueron diferenciando:

- En primer lugar, la hipoteca dejaba los bienes dados en garantía en poder del deudor y la prenda los hacía pasar en manos del acreedor.
- Luego en cuanto a los bienes a que ellas se referían la hipoteca en los inmuebles (de manera generalísima) y la prenda a los muebles.

Estas características de ambas instituciones se consagran y las podemos notar tanto en el pasado como en la actualidad.

Podemos concluir en consecuencia que, las garantías reales, desde lo primitivo de la cultura jurídica han sido ocupadas por el hombre como forma de lograr la eficacia en el cumplimiento de las obligaciones, y que dichas garantías como toda institución jurídica han tenido una importante evolución a través de la historia, puesto que a medida que fueron siendo adoptadas, también se fueron percibiendo los defectos y virtudes de estas, debiendo atravesar un largo camino,

llegando a ser las cauciones reales por excelencia que hoy conocemos: la prenda
y la hipoteca.

BIBLIOGRAFIA

ARGUELLO, Rodolfo. Manual de Derecho Romano. Galicia: Astrea, 1976. 608 p

CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio. Derecho privado romano. 2ª.ed. Madrid: Del Genal, 2007. 587 p.

ERRAZURIZ EGUIGUREN, Maximiano. Manual de Derecho Romano. 3ª.ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1999. 534 p.

GUZMAN BRITO, Alejandro. Derecho privado romano tomo I. Santiago: Jurídica de Chile, 1997. 1737 p.

ORREGO ACUÑA, Juan Andrés, Apuntes de derecho civil, teoría de los bienes y de los derechos reales. [Fecha de consulta 25 de julio de 2017]. Disponible en: <http://www.juanandresorrego.cl/>

SOMARRIVA, Manuel, ALESSANDRI ROGRIGUEZ, Arturo y VODANOVIC HACLICKA, Antonio. Tratado de Derechos Reales. 7ª.ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2005. 907 p.

ZAMORA MANZANO, José Luis. Manual de aplicación práctica de derecho romano. 3ª.ed. Madrid: Dykinson Manuales Jurídicos, 2009. 318 p.