

## La prenda sin desplazamiento en el Derecho portugués<sup>(\*)</sup>

INOCENCIO GALVAO TELLES  
Catedrático de la Facultad de Derecho de la  
Universidad de Lisboa

### 1. OBJETO DE ESTE ESTUDIO

En los últimos tiempos, tanto en Portugal como en otros países, la prenda ha sufrido una curiosa evolución, separándose del modelo tradicional a que estaban habituados los juristas.

Me refiero a los casos o situaciones en que la ley consiente que la cosa pignorada continúe en poder de su dueño.

A quiere contraer un préstamo de B. B exige una garantía especial como aseguramiento del préstamo. A (o un tercero) ofrece como garantía una cosa mueble, pero desea conservarla en su poder, para no privarse de su uso. B acepta la garantía en esas condiciones. Su constitución ¿es legalmente posible? Aun cuando lo sea, ¿qué naturaleza tiene? ¿Es verdaderamente prenda? ¿No será más bien una hipoteca?

Este es el tema sobre que vamos a discurrir, procurando, sobre todo, reflejar el estado actual de la legislación portuguesa en este punto y las perspectivas que pueden abrirse a su futura evolución, en armonía con las enseñanzas del Derecho comparado.

Pero antes de tratar la cuestión en su estado actual será conveniente hacer un brevísimo recorrido histórico, hablando del pasado de la prenda en sí y en sus relaciones con la hipoteca, en los límites que aconseje la mejor comprensión y resolución del problema formulado.

Sobre la importancia de este problema, poco o nada hay que subrayar porque es obvia. Tiene un grande e indiscutible interés para la vida nacional e internacional todo cuanto afecte al desenvolvimiento y expansión de la garantía de las obligaciones y a su conveniente organización jurídica, porque un buen sistema de garantías facilita y fomenta el crédito y contribuye, por tanto, al fomento de la riqueza.

---

(\*) Traducido por JOSÉ M.ª DESANTES.

## 2. RELACIONES ENTRE LA PRENDA Y LA HIPOTECA EN EL DERECHO ROMANO

En el Derecho romano, la prenda (*pignus*), alcanzada la plenitud de su evolución, superadas las formas más débiles e indecisas del comienzo, aparecía como un derecho real sobre cosa ajena, mueble o inmueble, constituido en garantía de una deuda y que facultaba al titular para vender la cosa en satisfacción de su crédito.

Era esencial en la prenda la *entrega* de la cosa al acreedor. La entrega había de hacerse necesariamente. Si no se procedía, o en cuanto no se procediese a la entrega, no había prenda válida, porque la entrega *forma parte* de la misma estructura del contrato, al par del acuerdo de voluntades, como elemento constitutivo o integrante. La prenda era un contrato real, según la terminología romana: constituíase *re* por la entrega de su objeto.

El objeto pasaba, por tanto, a poder material del acreedor. *Quedaba bajo su detentación*. Pero el acreedor, además de la mera detentación como poder físico, tenía la *posesión* como poder jurídico. Esto es, podía utilizar los llamados remedios posesorios, en defensa de su posición relativamente a la cosa, contra las usurpaciones o perturbaciones arbitrarias, procedentes del mismo dueño o de terceros. Por ejemplo, si alguien le sustrajese el objeto empeñado, podía exigir su restitución, como legítimo poseedor.

De esta institución jurídica, por efecto de las necesidades económicas, se desprendió otra, que adquirió autonomía, aunque entre las dos continuasen existiendo lazos muy estrechos, hasta el punto de que los romanos no siempre las concebían como radicalmente distintas. Me refiero a la *hypoteca*, que pasó a contraerse al *pignus*, si bien incluso en los textos justinianeos las dos formas aparecen a veces confundidas, aplicándose a ambas la segunda de las designaciones indicadas.

Mas ¿cómo se originó la diferenciación de la hipoteca?

La explicación del hecho se encuentra en la conveniencia para los propietarios, en los arrendamientos de predios rústicos, de conseguir una garantía especial sobre los útiles agrícolas de los arrendatarios que asegurase el pago de las rentas. Los arrendadores deseaban y exigían la prestación de esa garantía, en ocasiones la única posible a falta de otros bienes. Pero si los renteros entregaban los aperos no podían cultivar. De nada les serviría el arrendamiento sin los instrumentos materiales necesarios para la explotación económica a que daba derecho.

El expediente utilizado consistió en admitir la constitución de la garantía *sin entrega* de los instrumentos agrícolas al propietario, acreedor de las rentas. Los aperos continuaban en poder de su propietario, y el acreedor ni de hecho ni de derecho adquiría posesión sobre ellos.

En realidad, a partir de este momento se creó una garantía nueva, a la que se dió el nombre de *hypoteca*.

El término es griego, pero la institución no es de importación helénica, sino resultado de una evolución espontánea e interna. En adelante coexistieron el *pignus* y la *hypoteca*: el primero, garantía *con posesión*; la segunda, garantía *sin posesión*.

El acreedor hipotecario no podía valerse de los medios posesorios. Entonces, si llegado el vencimiento el deudor no pagaba, si vencidas las rentas el arrendatario no las satisfacía ¿cómo hacía efectiva su garantía?

Para ello el pretor le concedió dos medios: el *interdictum, Salvianum* y, más tarde, la *actio Serviana*. A través de estos cauces, cuyo significado y extensión variaron con el tiempo, podía el acreedor obtener la posesión de que hasta entonces había estado privado. Y una vez alcanzada la posesión de los objetos sobre que recaía la hipoteca, pasaba ésta a actuar como prenda, equiparada a ella con el mismo régimen jurídico.

Es decir, las dos garantías se diferenciaban nítidamente en la fase inicial de constitución del crédito, cuando aún no estaba afectado de falta de cumplimiento, presente la posesión en la prenda, ausente en la hipoteca. Después, concedido al acreedor hipotecario el derecho a obtener judicialmente esa posesión y ya conseguida, las dos convergían en el mismo punto, sujetas ambas a las reglas de la institución pignoratícia. Esto explica las vacilaciones de los jurisconsultos en la unificación o diferenciación de las dos garantías.

La hipoteca, nacida en el ámbito del arrendamiento rústico y cuyo objeto se limitó a los instrumentos agrícolas, pasó a utilizarse rápidamente para otros casos y se extendió a toda clase de cosas, muebles o inmuebles.

Digamos como resumen de lo expuesto: En el Derecho romano la prenda y la hipoteca no se distinguían en atención a su objeto. Se distinguían exclusivamente por el hecho de otorgarse o no al acreedor la respectiva posesión. La misma cosa podía ser pignorada o hipotecada conforme a las conveniencias y a la voluntad de los interesados (1).

### 3. ANTIGUO DERECHO PORTUGÉS

En el antiguo Derecho portugués poco se legisló sobre prenda e hipoteca. Por eso, admitido como subsidiario el Derecho romano para rellenar las lagunas de las leyes y costumbres nacionales, se regía esta materia casi exclusivamente por él.

(1) Vid. por ejemplo, GIRARD: *Manuel élémentaire de Droit Romain*, quinta ed., págs. 767 y ss.; HUVELIN: *Cours élémentaire de Droit Romain*, tomo II, págs. 359 y ss.; JÖRS-KUNKEL: *Derecho Privado Romano* (trad. de PRIETO CASTRO), págs. 222 y ss. y bibliografía citada en las mismas obras.

En este aspecto la más antigua ley que se conoce es de Alfonso III, de 1274 ó 1275, sucesivamente incorporada más tarde a las Ordenaciones Alfonsinas (L. IV. Tít. 49), a las Manuelinas (L. IV. Tít. 3) y a las Filipinas (L. IV. Tít. 3). En virtud de esa Ley, si el dueño de la cosa hipotecada la enajenaba y el tercer adquirente entraba en su posesión, el acreedor podía exigir de éste ora *el cumplimiento de la obligación*, ora *la entrega del objeto*. El régimen era diferente del romano, que sólo concedía la segunda de esas facultades. La innovación hizo evolucionar la institución hipotecaria hacia la configuración que actualmente presenta, pues hoy la hipoteca, más desligada aún de la prenda que antaño, no da nunca derecho a reclamar la posesión del objeto, sino solamente a obtener el pago a través de él (2).

Otras normas se fueron publicando en relación más o menos directa con la materia; así, las leyes de Don Dionís, Don Juan I y Don Duarte sobre preferencia de los acreedores; y durante el reinado de Don José, la ley del Marqués de Pombal de 20 de junio de 1774, que contiene reglas sobre graduación de las hipotecas.

Pero a través de todo este conjunto de disposiciones legislativas la prenda y la hipoteca se conservaron fundamentalmente como estaban en Derecho romano, a cuya disciplina continuaban sometidas en todos los aspectos no aludidos en la legislación patria, que, con mucho, representaban el mayor número.

Finalmente, en 1836 se dió en la Historia portuguesa de la institución hipotecaria un hecho capital que vino definitivamente a mudar su aspecto. Me refiero a la publicación del Decreto de 26 de octubre de ese año, puesto en vigor por el Decreto de 3 de enero de 1837. Aquella disposición, en frase de Coelho da Rocha, «estableció entre nosotros la solemnidad del registro hipotecario, admitida e incorporada a los Códigos modernos y puesta en práctica con feliz resultado en casi todas las naciones» (3).

El sistema de registro que entonces se introdujo era muy confuso, trazado en términos poco claros e incoherentes. Lo cual indujo a Coelho da Rocha a escribir: «Como para nosotros los textos de la Ley ininteligibles o contradictorios son como si no existiesen, es fácil descubrir el motivo por el que a cada paso supli-

---

(2) La ley alfonsina que tanto contribuyó a la transformación de la garantía hipotecaria, fué promulgada a petición de los judíos. Alegaban éstos que en sus préstamos a los moradores de Santarem se estipulaba que no pudiesen los deudores enajenar los bienes gravados en garantía de esas obligaciones, pero que los deudores faltaban al cumplimiento de la cláusula, distrayéndolos por medio de venta o de otra forma. Don Alfonso decretó que el adquirente quedase obligado o entregase los bienes a los acreedores. La disposición se convirtió en Derecho general al pasar a los Códigos mencionados en el texto. Vid. GAMA BARROS: *Historia da Administração Pública em Portugal*, 2.ª edición, tomo VII, págs. 16-17.

(3) *Instituições em Direito civil português*, tomo II, nota DD al parág. 363 (pág. 726 de la 6.ª ed.). Cfr. CORREIA TELES: *Doctrina das Acções*, parágs. 168 y ss. (págs. 68 y ss. de la 3.ª ed. de 1837).

mos su doctrina con la del Código civil francés, donde creemos que nuestro legislador iría a beber: e incluso con la del Código de Cerdeña, donde se encuentran ya previstas algunas cuestiones que escaparon al legislador francés» (4).

Pero lo que importa subrayar, sobre todo, es que, por lo menos en la interpretación del citado jurisconsulto, se hizo exigible el registro en relación a *todas* las hipotecas para que pudiesen producir efecto frente a terceros. Y como el registro estaba entonces restringido a los inmuebles, las hipotecas pasaron también a considerarse limitadas a ellos.

Las hipotecas, aplicables anteriormente a todos los bienes, como las prendas, quedaron reducidas a los inmuebles. En contrapartida y por la innecesariedad e inconveniencia de que coexistiesen dos garantías para bienes de la misma especie se entendió que la prenda no tenía aplicación en los inmuebles.

Se mantuvo la antigua característica diferencial, la atribución o no de la posesión al acreedor, pero la distinción se hizo más nítida por la diversidad de objetos. De ahí que el mencionado Coelho da Rocha dijese que la prenda recae sobre bienes muebles que se entregan al acreedor y la hipoteca sobre bienes raíces que no se entregan (5).

Posteriormente apareció la Ley hipotecaria de 1 de julio de 1863, de técnica mucho más segura que las anteriores disposiciones.

#### 4. LA PRENDA Y LA HIPOTECA EN EL CÓDIGO CIVIL PORTUGUÉS

Publicado el Código civil portugués en 1867, dió expresión legislativa clara al sistema de ideas que Coelho da Rocha extrajo de la confusa legislación anterior, sobre el ámbito y relaciones de la garantía pignoratícia y de la garantía hipotecaria.

Y así, definió la prenda en los siguientes términos: «El deudor puede asegurar el cumplimiento de su obligación *entregando* al acreedor, o a quien le represente, algún objeto *mueble* para que le sirva de aseguramiento. Es lo que se llama prenda» (art. 855; confróntese artículo 858).

La prenda, por tanto, se constituye *entregando* al acreedor una cosa *mueble* en garantía de la deuda.

El acreedor por el hecho de la entrega adquiere la *posesión*

---

(4) Ob. y tomo cit., parág. 646 (pág. 507 de la 6.ª ed.). Hay que recordar que en la época en que Coelho da Rocha escribió, antes de la publicación del Código civil portugués, era legítimo y obligatorio el recurso a las legislaciones extranjeras en determinadas materias para suplir las lagunas e imperfecciones del Derecho nacional, en armonía con la llamada *Lei da Boa Razão*, de 18 de agosto de 1769, y los *Estatutos da Universidade*, de 1772.

(5) Ob. y tomo cit., parág. 652 (pág. 489 de la 6.ª ed.).

sobre el objeto empeñado, y puede, en consecuencia, hacer valer y defender esa posesión por todos los medios oportunos admitidos en Derecho. Dice el artículo 860, número cuatro, que «el acreedor adquiere por la prenda el derecho a usar de todos los medios conservatorios de su posesión, incluso a perseguir criminalmente a quien le privase de la cosa pignorada, aunque fuese el propio dueño».

En cuanto a la hipoteca, su definición está contenida en el artículo 888, que la formula del siguiente modo: «Hipoteca es el derecho concedido a ciertos acreedores, a ser pagados con el valor de ciertos bienes *inmuebles* del deudor, y con preferencia a otros acreedores, hallándose sus créditos debidamente *registrados*.»

En contraste, pues, con el derecho pignoraticio, la hipoteca es propia de los bienes *inmuebles*, está sujeta a *registro* y no depende de la entrega al acreedor, que de ningún modo adquiere la posesión sobre los bienes, la cual se conserva enteramente en el propietario (6).

Tal era en líneas muy generales el estado de la materia al tiempo de la publicación del Código, en aquello que directamente nos interesa para los fines de nuestro estudio.

#### 5. EVOLUCIÓN POSTERIOR

El sistema del Código civil, por su rigidez, se mostró en breve plazo inconveniente.

La separación radical entre la prenda y la hipoteca—la primera, derecho mueble; la segunda, derecho inmueble; una acompañada de la entrega; la otra sin entrega—, esa absoluta e incisiva distinción, hizo resurgir el viejo problema que hace dos mil años ya los jurisconsultos romanos tenían planteado y satisfactoriamente resuelto.

Por el hecho de la institución del registro y de su asociación con las hipotecas, las cosas muebles—no registrables—dejaron de poder ser hipotecadas. Sólo podían ser dadas en prenda. Pero ésta exigía su *entrega*. ¿Cómo dar, pues, en garantía las cosas muebles, de que el propietario no pudiese despojarse, sin gravísima perturbación?

Como garantía se pretende ofrecer un navío, un automóvil, una aeronave. No es preciso poner en evidencia los inconvenientes que resultarían de la necesidad de su entrega al acreedor.

La garantía versa sobre los instrumentos de la producción,

---

(6) Completando la evolución ha tantos siglos esbozada en la Ley de don Alfonso III antes citada, el Código negó al acreedor hipotecario el derecho, aún reconocido por COELHO DA ROCHA (tomo II, parág. 643), a exigir del tercero, poseedor de los bienes hipotecarios, su entrega. Lo que el acreedor puede hacer siempre es tan sólo ejecutar esos bienes, cualquiera que sea su poseedor (Código civil, art. 862; Cód. Proc. civ., art. 56, parág. 1.º).

como los utensilios agrícolas del labrador, el menaje de un hotel, etcétera. Entregarlos al acreedor será impedir la producción, y la garantía, en vez de ventajas, acarreará perjuicios al deudor, incapacitado para el ejercicio de su actividad lucrativa, y, de rechazo, al propio acreedor, a quien aquél, no pudiendo ganar dinero, más difícilmente pagará.

O imagínese también el caso en que los bienes, por su cantidad o por su naturaleza, son de transporte o almacenamiento difíciles, hipótesis en que tampoco al acreedor tiene interés en recibirlos.

Situaciones como éstas y otras semejantes suscitan aquella misma cuestión, que los romanos resolvieron creando la hipoteca, como garantía general, independientemente de la naturaleza del objeto y desvinculada de la necesidad de la entrega.

Pero hoy la hipoteca está, creemos que definitivamente, asociada a la técnica del registro, y por eso la evolución legislativa, en parte por lo menos, había de seguir, y siguió, otros rumbos.

Esa evolución se orientó en dos sentidos:

a) Creación de *hipotecas mobiliarias*, aplicables a bienes muebles a los que la institución del registro se amplió.

b) Admisión de casos de prenda sin desplazamiento.

De estos dos fenómenos, y principalmente del segundo, vamos a hablar.

## 6. HIPOTECAS MOBILIARIAS

La hipoteca mobiliaria, admitida desde el Derecho romano, vino a ser abolida, como vimos, por la sujeción de la hipoteca al régimen de publicidad a través del registro, reservado al comienzo a los inmuebles.

Pero con el transcurso del tiempo se organizó también un sistema de registro para ciertas cosas muebles, instrumentos de transporte con un estatuto de propiedad semejante al de los bienes inmuebles.

En relación a esos muebles, cesó la razón por la que se excluía la hipoteca mobiliaria y por eso ésta renació, haciéndose, inclusive, la única garantía susceptible de ser constituida convencionalmente sobre ellos. La institución hipotecaria se extendió en perjuicio de la prenda.

Es de notar que en todo este estudio hemos tenido presente principalmente el Derecho civil. Porque en materia mercantil existen desde hace más tiempo cosas muebles registrables, y como tales, susceptibles de hipoteca: los *navíos* (Cód. de com. de 1833, art. 1.316; D. de 26 de oct. de 1836; Ley de 1 de julio de 1863, art. 200; Cód. de 1888, en vigor, art. 584).

Pero posteriormente al Código civil se hizo la misma doctrina extensiva a los *automóviles* (D. núm. 18.479 de 18 de junio de

1930, art. 7, hoy sustituido por el D. núm. 21.087 de 14 de abril de 1932, art. 10; en las provincias de ultramar, D. núm. 39.231 de 2 de junio de 1933, art. 9) y a las *aeronaves* (D. núm. 20.062 de 25 de octubre de 1930, publicado en el *Diario do Governo* de 30 de julio de 1931, arts. 205 y 206) (7 y 8).

## 7. PRENDAS SIN DESPLAZAMIENTO

Simultáneamente con la evolución descrita en el número anterior se produjo otra, que consistió en que la Ley autorizase la constitución válida de la prenda *sin* entrega de su objeto al acreedor.

Esta nueva modalidad pignoratícia fué siendo consagrada sucesivamente en relación con varios casos en que las circunstancias y la premura del crédito la hicieron más necesaria.

Podemos citar, por lo menos, los siguientes casos:

a) *Operaciones de las Cajas de Crédito Agrícola Mutuo*.—La legislación reguladora del *crédito agrícola mutuo* consiente que la prenda se establezca sin transferencia del objeto a la Caja acreedora, quedando el dueño constituido en fiel depositario (Ley número 215 de 30 de junio de 1914, art. 28, parág. 3, y Decreto número 5.219 de 6 de enero de 1919, art. 301, parág. único; confróntese como disposición más antigua la Ley de 1 de marzo de 1911, art. 26, pág. 2).

b) *Operaciones de la Caja General de Depósitos*.—En las operaciones de *crédito agrícola* hechas por la Caja General de Depósitos y garantizadas con prenda, puede el objeto de ésta quedar en las manos del dueño como depositario. (Decreto núm. 8.162 de 29 de mayo de 1922, arts. 211 y 216.)

c) *Operaciones de la Caja Nacional de Crédito*.—La prenda en garantía de operaciones de *crédito agrícola o industrial a corto plazo*, de la Caja Nacional de Crédito, es válido, aunque el respectivo objeto quede en poder del dueño. (Decreto núm. 17.215 de 10 de agosto de 1929, arts. 7, 8 y 16; doctrina general de que se encuentran aplicaciones en los Decretos núm. 17.509 de 25 de octubre de 1929; núm. 17.594 de 11 de noviembre de 1929, y número 18.195 de 12 de abril de 1930.)

d) *Operaciones de establecimientos bancarios*.—La prenda *constituida en garantía de créditos de establecimientos bancarios autorizados* produce efectos sin necesidad de que el dueño del ob-

(7) Sobre las hipotecas mobiliarias vid. por ej. FERRARA JUNIOR: *L'Hipoteca Mobiliare*; ROYO MARTÍNEZ: *La hipoteca sobre bienes muebles*, y VALLET DE GORTISOLO: *Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento* («Revista de Derecho Privado», año XXXVII, núm. 435) y *Pignus tabernae* (ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo VI, fasc. IV).

(8) Portugal intervino en la Convención relativa al Reconocimiento Internacional de los derechos sobre Aeronaves, firmado en Ginebra en 19 de junio de 1948, pero aún no lo ratificó.

jeto pignorado lo entregue. (D-L. núm. 29.833 de 17 de agosto de 1939, hecho extensivo a ultramar en 7 de junio de 1944; confróntese con disposiciones más antiguas, todas en relación con operaciones de crédito agrícola en ultramar, como la Ley de 27 de abril de 1901, art. 69; el D. núm. 5.809 de 30 de mayo de 1919, art. 68, parág. 2.º, y el D. núm. 18.571 de 8 de julio de 1930.)

Téngase en cuenta esta última hipótesis, de excepcional importancia por su amplitud y vasta proyección.

Siempre que se constituye prenda en garantía de deuda a un banco o entidad bancaria, es decir, siempre que el acreedor es un establecimiento bancario autorizado, que tiene precisamente por función fomentar el crédito, la garantía puede establecerse independientemente de que la cosa pignorada se entregue a su acreedor o a un tercero. El propietario—si así se pactase—la conservará en su poder y continuará haciendo uso de ella. No importa la cualidad del deudor—comerciante, industrial, agricultor o mero particular—ni la naturaleza de la deuda, y de ahí la gran frecuencia de la prenda sin desplazamiento en la vida jurídica y económica portuguesa (9).

## 8. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

Las situaciones antes expuestas suscitan problemas de encuadramiento jurídico que deben ser considerados.

(9) Transcribimos el citado Decreto-ley núm. 29.833, no solamente por su mayor importancia práctica señalada en el texto, sino también porque fué redactado con plena conciencia de las dificultades técnico-jurídicas suscitadas por la materia, según se ve en su articulado y en el correspondiente *Relatório*, que merece ser leído:

«Art. 1.º La prenda que fuese constituida en garantía de créditos de establecimientos bancarios autorizados producirá sus efectos, ya entre las partes, ya en relación a terceros, sin necesidad de que el propietario entregue el objeto pignorado al acreedor o a otra persona.

»§ 1.º Si el objeto pignorado quedase en poder del dueño, éste será considerado, en cuanto al derecho pignoraticio, poseedor en nombre ajeno, y le serán impuestas las penas de hurto si enajenare, modificare, destruyere o distrajere el objeto sin autorización escrita del acreedor, y también si lo empeñase nuevamente sin que en el nuevo contrato se mencione de modo expreso la existencia de la prenda o prendas anteriores, que, en cualquier caso, son preferentes por orden de fechas.

»§ 2.º Cuando se trate de un objeto perteneciente a una persona jurídica, lo dispuesto en el párrafo precedente se aplicará a sus administradores.

»Art. 2.º El contrato de prenda regulado en este Decreto constará en documento auténtico o documento autenticado, y sus efectos se contarán desde la fecha del documento, en el primer caso, y desde la fecha del reconocimiento auténtico, en el segundo.

»§ único. En el documento han de transcribirse obligatoriamente las disposiciones de los §§ 1.º y 2.º del artículo 1.º, incumbiendo al notario asegurar la observancia de este precepto.

»Art. 3.º Se exceptúa la prenda de créditos, de títulos de crédito, de cuotas y de cosas inmateriales, que, incluso cuando se dé en garantía de obligaciones bancarias, continuará sometida al régimen vigente hasta ahora.»

¿Se trata, efectivamente, de casos de *prenda* o de casos de *hipoteca*?

¿*Prenda sin desplazamiento* o *hipoteca sin registro*?

En el Derecho romano fueron precisamente hipótesis como éstas las que hicieron hacer la institución hipotecaria, diferenciándola de la pignoratícia. ¿No estaremos ante un fenómeno idéntico, traducido en la creación de nuevas *hipotecas mobiliarias* que añadir a las mencionadas anteriormente?

Se comprende la perplejidad. Aquí no es necesaria ni posible la inscripción en el registro, a la que la hipoteca quedó supeditada desde que se instituyó. Pero tampoco es necesaria la entrega del objeto, que en la *prenda* se juzgó siempre imprescindible, desde la más remota antigüedad.

La caracterización de las hipótesis en estudio como hipotecas mobiliarias ha tenido defensores (10), pero no es aceptable.

En la hipoteca el acreedor no tiene *posesión*. Así es hoy y así fué a través del tiempo. En el antiguo Derecho lo que el acreedor hipotecario podía pedir, dadas determinadas condiciones, era que la *posesión* le fuese atribuída; pero hasta entonces no poseía. Hoy ni siquiera ese derecho se le reconoce.

Por el contrario, el acreedor pignoratício tiene, y siempre tuvo, la *posesión* correspondiente a su derecho real de garantía, como expresamente se declara en el artículo 860, número cuarto, del Código civil.

Ahora bien, en los casos analizados, *el acreedor adquiere la posesión sobre el objeto, a pesar que éste no se le entregue.*

Este dato convence de que se trata, efectivamente, de *prenda*.

La *posesión* a través de su evolución se fué espiritualizando como poder jurídico, susceptible de pertenecer a persona diferente de la que está en efectivo contacto físico con la cosa. Es decir, no siempre está acompañada de *detentación* o poder material. Cuando uno es el *poseedor* y otro el *detentador*, el primero tiene solamente un poder ideal, que ejerce a través del segundo, pero que goza de la protección posesoria como si no existiera semejante escisión. El *detentador posee en nombre de otro*, a quien corresponde la *posesión* propiamente dicha o *en nombre propio*.

En la *prenda* sin desplazamiento es esta la situación.

El acreedor obtiene la *posesión* prendaria, respecto de la cual el propietario queda siendo mero *detentador*. El poder jurídico posesorio está en el primero, pero el correspondiente poder material está en el segundo. El dueño del objeto pignorado, a pesar de ser dueño, lo posee en nombre o representación del acreedor, en todo aquello que respecta al derecho real de *prenda*.

Investido en la *posesión*, aunque desprovisto de la *detentación*, el acreedor tiene a su alcance los medios específicos de protección

(10) Vid., por ejemplo, GUILHERME MOREIRA: *Instituições de Direito civil*, volumen II, 2.ª ed., pág. 325.

posesoria de que no dispone el acreedor hipotecario, como las acciones de prevención, manutención y restitución de la posesión, los embargos, la posesión judicial. (Cód. de Procedimiento civil, artículos 1.032 y sigs.)

Además, si el propietario distrajese o dispusese la cosa empeñada, cometerá el *delito de abuso de confianza*, porque ofende la posesión del acreedor, quedando, según los términos de la Ley, sujeto a las penas de hurto. (Cód. Penal, art. 543; cfr. art. 422.) Como simple detentador que es en lo tocante al derecho prendario y estando obligado a conservar y eventualmente a entregar el objeto, el propietario no puede libremente disponer de él, y si lo hiciese, incurrirá en responsabilidad criminal. La garantía *civil* se debilita, puesto que el acreedor no tiene una posición tan sólida como si el objeto se conservase en su mano. Pero esta variación está, hasta cierto punto, atenuada por la garantía *penal* que pende sobre el propietario como una amenaza.

#### 9. TRANSMISIÓN DE LA POSESIÓN EN LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

Surge ahora la interrogante, ¿cómo obtiene el acreedor la posesión del objeto pignorado si éste no se le entrega?

Las formas de transmisión posesoria se han espiritualizado y no es forzoso para efectuar la transmisión el acto físico de la entrega. Otros modos inmateriales conducen al mismo resultado. A la vez que la tradición *real*, existe la tradición *civil*, que también es causa legítima de adquisición posesoria.

El dueño de una determinada cosa la da en prenda, pero la conserva en su poder. No hay una transmisión material del objeto, pero existe una tradición jurídica de la posesión, que resulta de una actitud psíquica de los sujetos. El propietario, que hasta entonces poseía en nombre propio, pasa a poseer en representación del acreedor y poseedor, en nombre propio deviene este último. Se da un cambio en la intención, en el *animus* con que el propietario detenta el objeto: el *animus sibi habendi* cede paso al *animus alieno nomine detinendi*.

Esta transformación psicológica se materializa en dos actos jurídicos de sentido contrario: el *contrato de prenda* y el *contrato de depósito*. Por el primero, el propietario constituye, en beneficio del acreedor, el derecho real pignoraticio; por el segundo, el acreedor entrega la cosa en depósito al propietario. Las dos entregas, que normalmente corresponderían a esos contratos, se hacen innecesarias, pero la posesión se transmite como si se hiciesen.

Es superfluo decir que esta situación realiza el llamado *constitutum possessorium* (concreto) como un modo civil de *traditio*.

Es la misma orientación seguida claramente en el Decreto-Ley número 29.833.

En el párrafo primero, artículo primero, establece que «si el objeto pignorado quedare en poder del dueño, éste será considerado, en cuanto al derecho pignoraticio, poseedor *en nombre ajeno*».

En su exposición de motivos se lee: «La elaboración de los conceptos no es función directa del legislador; pero conviene observar aquí que, a despecho de todas sus varias modalidades, la unidad conceptual de la institución pignoraticia subsiste. Hace poco tiempo fué hecho notar entre nosotros (11) y se encuentra en este dato, que es común a todos los regímenes legales de la prenda: la constitución de la garantía pignoraticia presupone la *desposesión del objeto pignorado*, y esta desposesión puede verificarse por los diversos modos de transmisión de la posesión que existen en Derecho. Uno de ellos es el *constitutum possessorium*, a que, en los términos expuestos, se amolda el régimen adoptado por esta disposición (12).

#### 10. CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

La prenda sin desplazamiento, no obstante, debe considerarse *excepcional*, como modalidad posible tan sólo en los casos en que la Ley la admita expresamente.

Es cierto que en ella el acreedor adquiere la posesión.

Pero la entrega, además de modo de transmisión posesoria, tiene una enérgica función, de la que la Ley no prescinde sino en los casos en que lo señala.

Esta función es doble.

En primer lugar, la entrega, colocando el objeto bajo el poder material del acreedor, hace mucho más sólida la posición de éste, que queda al amparo de dispaciones o distracciones. La amenaza penal, en la prenda sin desplazamiento, no siempre es suficiente para intimidar al propietario, y no puede hacerse efectiva contra los herederos del responsable. Y la Ley quiere proteger al acreedor contra sí mismo, no induciéndolo a conceder el crédito mediante una garantía válida, pero ilusoria. Y por eso, en su propio interés, sólo considera la prenda válidamente constituída mediante la entrega del objeto. Esta formalidad no es necesaria solamente para que el contrato produzca efectos con relación a terce-

(11) Por el Profesor PAULO CUNHA, en lecciones universitarias y en una conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Lisboa.

(12) La aplicación de la idea de *constitutum possessorium* se defiende también por MANUEL RODRIGUES en *A Posse*, tanto en la primera edición, con referencia a la legislación sobre crédito agrícola mutuo; como en la segunda, en relación con el Decreto-ley núm. 29.933.

ros, sino también para producirlos entre las partes. (Cód. Civil, artículo 858.)

En segundo lugar, y de modo reflejo, la entrega da a la prenda una *publicidad de hecho* que es ventajosa. Si el propietario pignora el objeto, pero lo conserva en su poder, como ninguna alteración de hecho ocurre, los terceros pueden fácilmente ser sorprendidos en su buena fe. Dado que la prenda no se exterioriza materialmente y no hay ningún registro donde conste, creen, naturalmente, que la cosa está libre, en esa errónea suposición adquieren derechos sobre ella y posteriormente se encuentran con la prenda, que siendo de fecha anterior, les es oponible (13).

Las ventajas de la entrega convencen realmente de que sólo puede ser dispensada cuando la Ley así lo autorice.

#### 11. OTRAS SITUACIONES NO COMPRENDIDAS EN EL ÁMBITO DE ESTE ESTUDIO

El presente estudio, por su objeto, no comprende otras situaciones que pueden considerarse de algún modo afines a la examinada, pero distintas de ella.

Me refiero a la *prenda con entrega a tercero y a la prenda sobre bienes inmateriales*.

a) La *prenda con entrega a tercero* debe considerarse una situación normal admisible genéricamente, tanto en las relaciones comerciales como en las civiles (Cód. de com., art. 398; cfr. Código civil, art. 862).

El objeto pignorado es entregado a un tercero, que es su poseedor en nombre del propietario en cuanto al dominio, y en nombre del acreedor en cuanto al derecho pignoraticio.

Casos particulares, dentro de esta modalidad general, son los de prenda sobre *objetos en transporte o depositados en estaciones públicas* o en almacenes generales (Cód. de com., art. 398, parágrafo único).

b) La *prenda sobre bienes inmateriales*—como créditos, cuotas sociales, propiedad intelectual—también se constituye sin entrega, incompatible con la naturaleza ideal de su objeto. Pero, por la misma razón, no existe aquí transmisión de posesión, que solamente se ejerce en las cosas corporales.

Se trata de un problema diferente que roza parcialmente la cuestión de los derechos sobre derechos y que escapa a los límites de nuestro estudio.

---

(13) En Portugal no rige la regla de que en materia de muebles la *possession vaut titre*.

## 12. WARRANT

En otros países la prenda sin desplazamiento ha sido igualmente consagrada por las legislaciones.

Pero se presenta en general bajo la forma de *warrant*.

No aludimos al *récepissé-warrant*, que se refiere a las mercaderías depositadas en almacenes generales y que también se admite entre nosotros. Tal caso consiste en una prenda confiada a tercero, que la guarda por cuenta de ambos interesados (prenda con entrega a tercero).

Nos referimos al *warrant sans déplacement*, o simplemente *warrant*. Es un título de crédito que, al mismo tiempo, representa un crédito del portador y una prenda en garantía del mismo, establecida sobre determinados bienes que se conservan en poder de su dueño.

El *warrant* también realiza, pues, la idea de prenda sin desplazamiento. Creo que le es aplicable la construcción expuesta. Pero, como título de crédito, ofrece considerables ventajas. Circula libremente por medio de endoso y puede ser descontado en los bancos (14).

## 13. CONCLUSIÓN

Hemos llegado al fin de nuestras consideraciones.

La milenaria institución de la prenda ha sufrido transformaciones impuestas por las circunstancias de las épocas.

Hasta hace algunas décadas fué su rasgo constante la necesidad de entrega del objeto pignorado al acreedor.

En otro tiempo, cuando se quería crear una garantía real sin esa entrega, se recurría a la hipoteca, aplicable indistintamente a los bienes muebles y a los inmuebles.

Pero, establecida la publicidad a través del registro, la hipoteca quedó como privativa de los inmuebles a él sujetos.

La prenda tuvo entonces que evolucionar. Y la Ley consintió que en ciertos casos se constituyese sin entrega del objeto al acreedor, aun cuando se conservase la transmisión de la posesión a favor de éste, obtenida por medio de la tradición civil en la forma de *constitutum possessorium*. Estos casos son excepcionales.

En otras legislaciones, la misma modalidad pignoratícia se realiza a través de un título de crédito o *warrant* (no el relativo a los almacenes generales, sino el que supone la conservación del objeto en poder de su propietario).

Dadas las ventajas de la circulación inherentes a los títulos de crédito, el legislador portugués debe seguir el mismo camino.

Con tal voto cerramos este trabajo.

(14) Vid. *Le Gage Commerciale*, recientes estudios publicados bajo la dirección de HAMÉL, y bibliografía allí citada.