

Introducción al estudio de los derechos reales de garantía

JOSE FERRANDIS VILELLA

Doctor en Derecho. Profesor A. de Derecho Civil en la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. Fundamento de los derechos reales de garantía.—II. Antecedentes históricos.—III. Comparación con los derechos reales limitados de goce. El derecho a la realización del valor. Función de garantía y función satisfactoria.—IV. Naturaleza jurídica. Argumentos contrarios a su carácter real y a su pertenencia al Derecho material. Crítica.—V. Algunas peculiaridades de sus modos de constitución y de extinción.—VI. Sistematización de los derechos reales de garantía. Rasgos comunes y notas distintivas.

I. FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA

La idea de “garantía” puede ser entendida en un significado muy amplio que enlazaría con la protección de los derechos subjetivos. Frente al desconocimiento o la lesión de un derecho, el ordenamiento jurídico predispone una serie de medios de reacción que var. desde la defensa privada hasta la defensa judicial. Pero no es este significado amplio de las garantías el que aquí nos interesa.

En otro sentido más restringido, aunque todavía no suficientemente técnico, puede entenderse la idea de garantía en conexión con la idea de responsabilidad. Este sentido derivaría del precepto contenido en el artículo 1.911 del Código civil: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.” Es decir, el patrimonio del deudor constituye la garantía general de todas las obligaciones.

Como queda apuntado, todavía no es éste el significado técnico de la garantía. Pero, sin serlo, puede servirnos como punto de partida para acercarnos al significado técnico.

En efecto, El patrimonio constituye la garantía general de todos los créditos. Pero esta garantía es insuficiente, porque el acreedor sólo puede pretender la ejecución forzosa sobre aquellos bienes que *efectivamente* formen parte del patrimonio del deudor, sin que le sea posible atacar los bienes que hayan salido de dicho patrimonio para pasar a formar parte de otro (salvo la posibilidad de revocar enajenaciones fraudulentas, por el cauce de la acción Pauliana). Situación que des-

cribe gráficamente PLANIOL diciendo: "todo lo que sale del patrimonio del deudor sale de la garantía de los acreedores".

En busca de una mayor seguridad, cabe acudir a la garantía de una tercera persona. Entonces —contrato de fianza— esta persona quedará obligada a pagar o cumplir por el deudor en caso de no hacerlo éste. Ahora bien, entre la posición del acreedor garantizado mediante fianza y la del acreedor no garantizado hay sólo una diferencia cuantitativa, pero no cualitativa. Lo que ocurre es que el fiador es también un deudor —deudor subsidiario—, puesto que también "se obliga" (art. 1.822 C. c.). Con ello tendremos dos patrimonios respondiendo de una misma obligación, pero respondiendo de la misma manera; por eso decimos que la diferencia es sólo cuantitativa. También el fiador responde con todos sus bienes, presentes y futuros, pero también esta garantía puede resultar insuficiente porque solamente podrá hacerse efectiva mientras existan bienes en el patrimonio del fiador. Podríamos trasladar a este supuesto la frase de PLANIOL y decir que todo lo que sale del patrimonio del fiador sale de la garantía del acreedor.

De ahí la necesidad de llegar a una garantía más eficaz. Para que el acreedor pueda quedar suficientemente protegido será preciso sujetar de algún modo los bienes —o alguno de los bienes— que forman parte del patrimonio del deudor, de tal manera que no puedan pasar a otro patrimonio o que, aun pasando a otro, sigan sometidos a aquella responsabilidad.

Es decir, se precisará no ya un poder general sobre el patrimonio del deudor, sino un poder concreto sobre determinados bienes, y un poder susceptible de ser ejercido frente a cualquier persona.

En resumen: se requiere una garantía con las características del derecho real (poder directo, eficacia *erga omnes*). Así se justifican las garantías reales.

Con lo cual, ya podemos anticipar una conclusión, que vamos a ver confirmada al estudiar la evolución histórica de los derechos reales de garantía. Porque toda la historia de las garantías reales *representa un esfuerzo de la técnica jurídica para, de alguna manera, dotar de eficacia absoluta a los derechos relativos* (1).

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A) *Derecho romano* (2).—El Derecho romano nos ofrece una diversidad de formas de garantía real, que trataremos de reducir a un

(1) Encontramos una idea semejante en REINACHT: *Los fundamentos apriorísticos del Derecho civil*, Barcelona, 1934, págs. 105 y ss. Refiriéndose a la necesidad de contar con la conducta de otra persona al ejercitar una pretensión, observa que "en tal estado de cosas es un pensamiento ingenioso poner los derechos absolutos al servicio de las pretensiones relativas" (citado por PUTZ BRUTAU, en *Fundamentos del Derecho civil*, tomo III: *Derecho de cosas*, Barcelona, 1935, págs. 515-516, en nota).

(2) GIRARD: *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 6.^a ed., París, 1918,

esquema. La forma más antigua es la *fiducia cum creditore contracta*.

La *fiducia* se caracteriza por la combinación de dos ingredientes:

a) La transmisión de la propiedad con fines de garantía (enajenación aseguradora).

b) La *fiducia* propiamente dicha (convenio de fidelidad).

Mecanismo: consiste en la transmisión de la propiedad civil de una cosa del deudor, mediante las formalidades solemnes de la *mancipatio* o de la *in iure cessio*. Unida a un pacto de devolución. Este pacto da lugar a una acción personal del deudor —*actio fiduciae*— dirigida a obtener la retransmisión de la cosa.

Inconvenientes: el acreedor resulta excesivamente favorecido al adquirir la propiedad de la cosa. El deudor resulta también excesivamente perjudicado porque sólo dispone de una acción personal para obtener la restitución.

Estos inconvenientes revelan, más que una imperfección técnica, uno de tantos casos en los que por huir de un peligro o de un exceso se viene a caer en el peligro o en el exceso contrario. En efecto, si bien se mira, lo que ocurre en la *fiducia* es que se invierten las posiciones de las partes, porque es el deudor quien viene a quedar en situación de acreedor insuficientemente protegido por una acción meramente personal. Queda expuesto a que el acreedor —propietario de la cosa— la enajene, sin posibilidad de dirigir su acción contra terceros, puesto que se trata de una simple acción personal.

Por otra parte, resulta evidente que la *fiducia* no podría ser concebida como un derecho real sobre cosa ajena, si se tiene en cuenta que la garantía se logra a base precisamente de una transmisión de la propiedad. Para situarnos en el terreno de los *iura in re aliena* hemos de esperar a la aparición de otra forma de garantía representada por el *pignus*.

En realidad, el nombre de *pignus* puede aplicarse en el Derecho romano a dos figuras distintas:

a) Prenda personal o posesoria.

b) Prenda sin desplazamiento de posesión.

Ciertamente, para esta última se introduce el nombre griego de hipoteca. Pero esto ocurre en la época justinianea. (El nombre de hipoteca se consagra en época justinianea, aunque se venía usando ya desde la época clásica.)

En la época clásica la distinción afecta al modo de constituirse una y otra forma de *pignus*:

a) *Datio pignoris* (prenda manual).

b) *Pignus conventus* (hipoteca).

págs. 779 ss.; GORLA: *Pegno e ipoteca (Garanzie reali delle obbligazioni)*, Milano, 1935, págs. 35 ss.; SERAFINI: *Instituciones de Derecho romano*, trad. esp., Barcelona, 1898, tomo I, págs. 466 ss.; STOLFI: *Diritto civile*, vol. 2.º, tercera parte: *I diritti reali di garanzia*, Torino, 1932, págs. 150 y ss., 178-181; JORS-KUNKEL: *Derecho privado romano*, trad. esp., Barcelona, 1937, págs. 219 ss.; SANTA CRUZ: *Manual elemental de Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, 1946, págs. 295 ss.

Si atendemos al contenido de uno y otro derecho, podemos calificarlos, respectivamente, como prenda posesoria y prenda sin desplazamiento de posesión. Pero si atendemos al modo de constitución, los calificaremos como:

- a) *Contrato real* de prenda, que se perfecciona mediante una *datio*.
- b) *Contrato consensual* de prenda, que se basa en un simple convenio.

Prenda manual (pignus en sentido estricto).— Es de origen consuetudinario; la garantía se constituye a través de la transmisión de la posesión de una cosa (3).

En principio, la prenda se concibe simplemente como rehén (medio puramente coercitivo, sin facultades de ejecución). Las facultades de ejecución solamente acompañan a la prenda cuando expresamente se hayan añadido al acto de constitución la cláusula de comiso o el "*pactum de vendendo*". Con todo, estos pactos no son exclusivos de la prenda y, por tanto, no sirven para definirla o caracterizarla; porque también pueden acompañar a la *fiducia*.

De esta manera, el esquema de las garantías reales es el siguiente:

- a) Transmisión de la propiedad (*fiducia*).
- b) Transmisión de la posesión (*datio pignoris*).

A cualquiera de estas dos formas de garantía se le puede agregar el pacto comisorio o el *pactum de vendendo*. Y, sin embargo, en cada una de ellas la agregación de estos pactos responde a una finalidad distinta:

a) *En el pignus*: si no se agrega uno de tales pactos, la prenda es un mero rehén, que puede cumplir una función de garantía, pero que no llega a desplegar función satisfactoria.

b) *En la fiducia*: los pactos de comiso y *de vendendo* no sirven para mejorar la posición del acreedor en cuanto tal, porque esas facultades ya le corresponderían dado el mecanismo de la *fiducia*, consistente en transmitir al acreedor la propiedad de la cosa; como propietario, podría vender la cosa sin ninguna limitación y sin necesidad de una especial autorización. Para lo que sirven aquellos pactos es para detener el ejercicio de la *actio fiduciae* del deudor dirigida a obtener la restitución de la cosa.

Porque aunque el deudor pagara la deuda después de la fecha de vencimiento de la obligación, podía exigir la devolución de la cosa. Por tanto, aquellos pactos —en la *fiducia*— se dirigían a eliminar una

(3) El *pignus* pudo funcionar en época más antigua en el terreno extrajurídico, pero, probablemente, no adquirió valor legal hasta la época en que se introdujeron los interdictos. "Era necesaria —dice GIRARD— la creación de los interdictos para que el acreedor pignoraticio tuviera la posibilidad de recobrar la cosa pignorada frente a los terceros." Es más, ni siquiera pudo funcionar con verdadera eficacia antes del establecimiento del procedimiento formulario con su mecanismo de excepciones, pues sólo a través de éstas podía el acreedor pignoraticio encontrar un medio para oponerse a la acción reivindicatoria ejercitada por el constituyente infiel a su palabra. Vid. GIRARD: *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 6.^a ed., París, 1918, pág. 780 y nota 1.

incertidumbre, a hacer definitiva una situación en cierto modo provisional. Y a librar al acreedor de la nota de infamia que llevaba aparejada la condena en el juicio resultante de la *actio fiduciae* (4).

Concretamente, por lo que se refiere al *pignus*, el *pactum de vendendo* se fué extendiendo considerablemente. Hasta que se llegó a imponer el criterio de considerar que en todo caso, con pacto o sin él, la prenda llevaba aparejado el derecho de vender la cosa. El *ius distrahendi* se convierte, de esta manera, en elemento natural de la prenda. Esta generalización del *ius distrahendi* es paralela a una actitud de desconfianza frente al pacto comisorio, hasta que Constantino lo declara nulo.

Hipoteca.—Como ya queda apuntado, podría ser caracterizada como un *pignus* sin desplazamiento de posesión. Pero esto no debe hacer pensar en un derecho de contenido menor que la prenda manual. Casi podría decirse que ni siquiera es exacto pensar en un derecho de contenido distinto.

La diferencia principal entre estos derechos radica en la forma de constitución de cada uno de ellos:

— prenda manual (*datio pignoris*): se constituye conforme a la técnica del contrato real (es decir, se perfecciona mediante la entrega de la cosa);

— hipoteca (*pignus conventus*): se constituye conforme a la técnica del contrato consensual (aunque no es, en rigor, un contrato, sino un pacto) (5).

Ahora bien, esta diferencia, basada en la distinta forma de constitución, se advierte en el momento en que la hipoteca (*pignus* convencional, sin posesión) ya se ha generalizado. No se advierte con la misma claridad en el momento en que se introduce la hipoteca; veamos por qué.

La aparición de la hipoteca en el Derecho romano se produce en un supuesto muy concreto: en el arrendamiento de fincas rústicas. También tiene origen consuetudinario. El arrendatario empeña al arren-

(4) Sobre la significación jurídica de la infamia, vid. SAVIGNY: *Sistema del Derecho romano actual*, trad. esp., Madrid, 1879, t. II, págs. 30 ss. (§§ LXXVIII y siguientes). Probablemente, al caer en desuso la fiducia pasaron sus efectos —en cuanto a la infamia— al *depositum* en general; Justiniano pasa en silencio la *fiduciae actio* (institución ya abandonada en su tiempo) y menciona, en cambio, la *depositi actio*, omitida en los textos antiguos relativos a las acciones infamantes. (Cfr. SAVIGNY, ob. cit., pág. 25.)

(5) La hendidura de separación entre las dos modalidades del *pignus* —dice ARIAS RAMOS— no está para los romanos en la carencia de desplazamiento de la posesión (que se podía lograr también en las otras formas de garantía real), sino en la forma del acto constitutivo. Lo que en una modalidad del *pignus* se conseguía con un juego de *traditiones* y *retrotraditiones*, llegó a lograrse *nuda conventione*. La proyección de la doctrina de la *conventio* sobre el *pignus* consistió en lograr que aquella sujeción de la cosa como garantía, que se operaba por una *traditio* en el acto constitutivo, se lograra por la sola *conventio*. La oposición no fué aquí, como en la *stipulatio*, entre *verba solemnia* y *voluntas*, sino entre *traditio* efectiva y *voluntas*. (ARIAS RAMOS: *La doctrina de la conventio y el origen de la hipoteca romana*, en Rev. de D. Privado, 313, 1943, págs. 213 ss.; v. esp., págs. 217-219.)

dad, en garantía del pago de las rentas, los instrumentos, animales, aperos de labranza, etc., introducidos por él en la finca (*invecta et illata*). Para este supuesto no sirven ni la *fiducia* ni la prenda manual, ya que el deudor no podría privarse de la propiedad ni de la posesión de bienes imprescindibles para el cultivo de la finca arrendada. De ahí que se configure una prenda sin desplazamiento de la posesión (6).

De todos modos, como queda apuntado, la diferencia en cuanto a la forma de constitución no es —en este primer momento— demasiado rotunda. Porque lo cierto es que la hipoteca, si bien no se constituye mediante una *datio* (como la prenda manual), tampoco se constituye mediante una simple convención, sino mediante la *inductio* de aquellos objetos, instrumentos, etc., en la finca (*inductio* que no deja de sugerir una analogía con la *datio*, constitutiva de la prenda manual). Así se explica que, en un primer momento, la protección dispensada al arrendador (acreedor hipotecario) se actúe en un interdicto *de retener* (el *interdictum Salvianum*).

Ahora bien, todo esto se refiere al concreto supuesto que dió lugar a la aparición de la hipoteca en el Derecho romano (*invecta et illata*) y a aquel concreto momento histórico. Después, esta forma de garantía sin desplazamiento de posesión se generaliza y se extiende a otros supuestos distintos del arrendamiento, en los que ya no hay *inductio*, sino una forma de constitución por simple convención. Incluso sirve para empeñar inmuebles.

La protección del acreedor hipotecario cambia de signo. El mismo *interdictum Salvianum* ya no se concibe como interdicto de *retener*, sino como interdicto de *adquirir* la posesión. A él se añade la *actio Serviana*, acción reipersecutoria ejercitable *erga omnes*. De manera que, aunque la hipoteca romana sea, efectivamente, un *pignus* sin posesión, lo característico de ella no es tanto esta nota relativa al contenido como la relativa a la distinta forma de constitución. Por el ejercicio de la *actio Serviana* el acreedor obtiene la posesión de la cosa, y a partir de ese momento es tratado igual que un acreedor *pignoraticio* (con prenda posesoria).

Para cerrar la parte de nuestro estudio referida al Derecho romano, podríamos hacer el resumen —o el balance— de la evolución romana de las garantías reales en la forma siguiente: coexisten tres formas de garantía real, consistentes en:

- a) la transmisión de la propiedad como garantía;
- b) la transmisión de la posesión como garantía;
- c) una forma de garantía sin transmisión de la propiedad ni de

(6) A la vista de este antecedente puede decirse que la hipoteca se inicia en el Derecho romano precisamente en su variedad de hipoteca legal y no como hipoteca voluntaria (aplicando una terminología moderna). Pero el prestigio de la doctrina de la *conventio* era tal que los juriconsultos romanos acudieron a la idea de la *fictio* de una *conventio* para justificar el nacimiento de la garantía real. Es decir, para basar la existencia de tal gravamen, la jurisprudencia romana no miró al poder de la *lex*, sino a la eficacia de la *voluntas* (presunta o ficticia). Vid. ARIAS RAMOS, en loc. cit., págs. 221-222.

la posesión. Solamente estas dos últimas formas constituyen *iura in re aliena*.

Desde nuestra mentalidad moderna, la forma más técnica parecería ser la hipoteca. Pero para la mentalidad romana no ocurre así. La hipoteca romana es muy imperfecta; la protección que se dispensa al acreedor es incompleta, dada la ausencia de un sistema de publicidad, indispensable para el buen funcionamiento de todo régimen hipotecario. Se admiten, además, las hipotecas sobre patrimonios enteros (hipotecas generales) (7).

Aunque pueda resultar paradójico, es en la *fiducia* —que desde nuestro punto de vista sería la forma de garantía más tosca— donde los romanos despliegan un mayor alarde de técnica. A nosotros nos parecería que, introducidas la prenda y la hipoteca, habría de quedar desplazada la *fiducia*, y, sin embargo, no es así. La *fiducia* no cae en desuso porque los romanos se convenzan de la superioridad técnica de la prenda y la hipoteca, sino porque caen en desuso los modos solemnes de transmisión —*mancipatio, in iure cessio*— que le servían de base (y esto no ocurre hasta los siglos IV y V).

Los romanos no abandonan, pues, la *fiducia*, sino que, conscientes de sus inconvenientes, acuden a un despliegue de técnica para remediarlos. Así, por ejemplo:

— Para remediar el perjuicio que representa para el deudor el verse privado de la propiedad de la cosa, se introduce la práctica de transmitir la propiedad reservándose el deudor la posesión.

— Esta posesión le permite recuperar la propiedad por el transcurso de un año (*usureceptio ex fiducia*) (8), lo cual representa un nuevo inconveniente para el acreedor.

— Nuevo remedio para evitar este último inconveniente: que el deudor retenga la posesión de la cosa, pero a título de arrendamiento o de precario (posesión inhábil para la *usureceptio*).

Para el jurista moderno toda esta técnica resulta un tanto desconcertante. Se pregunta: ¿no hubiera sido más práctico abandonar la *fiducia* y perfeccionar la prenda y la hipoteca? El jurista romano, o no se planteó esta cuestión o quiso resolverla en sentido favorable a la *fiducia*.

B) *Derecho Germánico (medieval)* (9).—Las garantías reales se

(7) La clandestinidad y la generalidad son los dos graves defectos de la hipoteca romana que dieron lugar a que —a diferencia de lo que ha ocurrido en las modernas garantías reales— no llegara a imponerse sobre las formas personales de garantía. Vid. GIRARDI, ob. cit., pág. 785.

(8) Véase GAYO: *Instituciones*, II, 59-60, en donde trata de la *usureceptio* al estudiar los casos en los que se puede adquirir por usucapión una cosa *auti* a sabiendas de que es ajena. Vuelve a aludir a ella en III, 201, para aclarar que en tal supuesto no se comete hurto.

(9) Véase WOLFF: *Derecho de Costas* (en el Tratado de ENNECCERUS), trad. esp., 2.^a ed. Barcelona, 1951, vol. II, págs. 172-175; PLANITZ: *Derecho privado germánico*, trad. esp., Barcelona, 1957, págs. 175-177 y 142-148; BRUNNER-VON SCHWERIN: *Historia del Derecho germánico*, trad. esp. Barcelona, 1936, páginas 220 ss.

configuran de manera semejante a las del Derecho romano, pero con algunos matices diferenciales que conviene destacar.

Existe, en primer lugar, una forma de garantía comparable a la fiducia romana. Pero en vez de actuarse por una transmisión incondicional, la cosa se transmite bajo la condición resolutoria de que, al pagarse la deuda, la propiedad revertirá automáticamente al deudor enajenante. Es decir, no es propiamente una *fiducia* puesto que la recuperación de la cosa no depende de la fidelidad del acreedor. Es una *enajenación aseguratoria*, pero no una *fiducia*.

Prenda (en el sentido de prenda manual o posesoria; se la suele llamar "*Satzung* antigua"). Corresponde al *pignus* del Derecho romano. Pero cabe advertir una diferencia de matiz en el significado de la desposesión, que en el Derecho germánico se conexas con la institución de la *Gewere* corporal y representa fundamentalmente un instrumento de publicidad. Por lo demás, esta forma de garantía puede recaer indistintamente sobre bienes muebles o inmuebles. Y admite dos modalidades que suelen designarse con las denominaciones de "prenda de substancia" y "prenda de disfrute" (con derecho, en esta última, a la percepción de frutos por el acreedor; la Iglesia exigiría más tarde que estos frutos se imputaran a la deuda).

Hipoteca ("*nueva Satzung*"). Aparece en el siglo XIII, especialmente en el Derecho de las ciudades y aplicada a los bienes inmuebles. Lo mismo que la hipoteca romana, no implica desplazamiento de posesión; el acreedor adquiere derecho a satisfacerse sobre la cosa hipotecada. Pero hay una diferencia fundamental respecto al régimen romano de la hipoteca: se establecen solemnidades públicas de constitución, con inscripción de la hipoteca en los registros de las ciudades, etc. Otra diferencia digna de ser destacada es la imposibilidad de constituir la sobre todo un patrimonio.

De esta manera, la aportación germánica a la evolución de los derechos reales de garantía se puede resumir en la acentuación de dos notas que, con terminología moderna, pueden ser explicadas con la idea de los principios de especialidad y publicidad.

Todavía cabe señalar otra nota. En el Derecho germánico antiguo las garantías reales están dominadas por la idea de la *responsabilidad ex re*. La garantía se concibe como un desplazamiento o como una sustitución de la responsabilidad del deudor por la "responsabilidad de la cosa". Una consecuencia de ello, que todavía hoy se advierte en las modernas legislaciones germánicas, será la atenuación de la nota de accesoriadad en los derechos reales de garantía (10).

Resumen de la evolución histórica

1.° Se advierte como directriz dominante la idea que apuntábamos al principio: los derechos reales de garantía representan el esfuerzo

(10) Como la nota de accesoriadad no es esencial en el Derecho alemán, los autores no suelen usar la nomenclatura "derechos reales de garantía" (que presupone el carácter accesorio), sino la de "derechos de realización de valor" (v. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER en las notas a WOLFF, ob cit., vol. I, pág. 14).

de la técnica jurídica para, de alguna manera, atribuir eficacia absoluta a los derechos relativos.

2.º La evolución de estos derechos está presidida por una especie de "ley del menor esfuerzo" o por un principio de economía de medios jurídicos. Se trata de perfeccionar las garantías, procurando a la vez disminuir el sacrificio que su constitución representa para el deudor. Así, se pasa de la garantía basada en la transmisión de la propiedad a otra forma basada en el simple traspaso de la posesión, y de ésta a una nueva modalidad de garantía que no implica desplazamiento de la propiedad ni de la posesión.

III. COMPARACIÓN CON LOS DERECHOS REALES LIMITADOS DE GOCE. EL DERECHO A LA REALIZACIÓN DEL VALOR. FUNCIÓN DE GARANTÍA Y FUNCIÓN SATISFACTORIA

Antes de señalar los caracteres diferenciales entre los derechos reales de garantía y los derechos reales de goce, parece conveniente hacer una referencia a la clasificación general de los derechos reales. Prescindiendo de algunas figuras dudosas o de difícil catalogación, la clasificación puede resumirse en los términos siguientes:

a) Un derecho real pleno: el derecho de propiedad. La nota de plenitud sugiere dos ideas: la propiedad resume la *totalidad* de los poderes que una persona puede ostentar sobre una cosa. Pero, además, la propiedad es plena en el sentido de *derecho que se basta a sí mismo*. Su existencia no presupone necesariamente la de otro derecho.

b) Una serie de derechos reales no plenos. Se les designa con nombres distintos, cada uno de los cuales tiene un significado propio que trataremos de resumir:

Derechos reales sobre cosa ajena.—Esta denominación sugiere la idea contraria a la plenitud del dominio en el sentido de derecho que se basta a sí mismo. A diferencia de lo que ocurre con el dominio, los derechos reales sobre cosa ajena presuponen otro derecho —el de propiedad— y presuponen que ese derecho pertenece a otra persona.

Derechos reales limitados.—También esta denominación sugiere una idea contraria a la de la plenitud del dominio en el otro sentido apuntado. Son siempre derechos de contenido menor que el derecho de propiedad.

Derechos reales limitativos.—Si como derechos limitados se definen por una nota de adición —adquisición de una facultad o de un poder que sin ese derecho no podría ostentarse—, como derechos limitativos se definen por una nota de sustracción: el titular de uno de estos derechos adquiere un poder que se detrae de la suma de poderes que corresponden al propietario. El propietario sigue siéndolo, pero se ve privado de alguna de las facultades inherentes a su derecho de propiedad, o se ve obligado a compartir esa facultad con otra persona.

Dentro de este grupo amplio de los *iura in re aliena*, derechos limitados o derechos limitativos, es tradicional la subdistinción de dos grupos:

- a) Derechos reales limitados de goce.
- b) Derechos reales limitados de garantía.

Ahora bien, ¿cómo puede explicarse el derecho real de garantía en esos dos aspectos de derecho real limitado y de derecho real limitativo? Para esta explicación y para acentuar las peculiaridades de los derechos reales de garantía es para lo que acudimos a una comparación con los derechos reales limitados de goce.

Como derechos reales limitados, y tratando de explicar su contenido, se ha acudido frecuentemente a una idea económica más que jurídica. Se dice que, así como los derechos reales limitados de goce recaen sobre el *valor en uso* de las cosas, los derechos reales de garantía recaen sobre su *valor en cambio* (11).

Como derechos reales limitativos del dominio, se ha señalado que, si bien a primera vista pudiera pensarse que los derechos de garantía son menos enérgicos que los de goce (en cuanto que normalmente no autorizan a usar la cosa ni a apropiarse de sus productos), lo cierto es que son más enérgicos que aquéllos, ya que su ejercicio puede dar lugar a la destrucción del mismo derecho de propiedad al que limitan (12).

Pueden dar lugar a la destrucción del derecho de propiedad, puesto que el ejercicio de estos derechos, dada su incidencia sobre el valor en cambio de la cosa que constituye su objeto parece afectar a la facultad de disposición y hasta podría decirse que lo que ocurre es que de la disposición como facultad se pasa a la idea de la disposición como necesidad, es decir, a la necesidad de la enajenación de la cosa para que pueda hacerse efectivo aquel derecho sobre el valor en cambio.

Esta idea es la que ha querido expresarse con el término "derecho a la realización del valor". Término cuyo origen se debe a la doctrina alemana que ha introducido la expresión *Wertrecht*.

Ahora bien, esta expresión —*Wertrecht*— sólo nos suministra con claridad dos conceptos: derecho y valor. Al traducirla a un idioma latino y al tener que colocar entre esos dos sustantivos una preposición, surge la duda: ¿derecho *al* valor?, ¿derecho *sobre* el valor,

Obsérvese que esta duda no tiene un mero alcance terminológico, sino que en definitiva es la duda entre la significación de este derecho como un *ius ad rem* o como un *ius in re*.

De ahí que la misma doctrina alemana haya tenido que matizar más y haya introducido el término "derecho a la realización del valor" (13).

(11) Para la explicación de ésta y de otras notas distintivas entre los derechos reales de goce y los de garantía, v. MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 8.ª ed. Milano, 1951-55, vol. II, parte 2.ª, pág. 77.

(12) RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, trad. esp., vol. I, pág. 742. V. también WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, trad. ital. Torino, 1930, vol. I, § 224, págs. 804-805.

(13) En la misma doctrina alemana este concepto ha recibido distintas formulaciones: derecho a la apropiación del valor (BREMER); derecho a la realización del valor (FUCHS); derecho a ingresar en el propio patrimonio el valor de la cosa mediante su realización (KÖHLER). Citados por GORLA: *Pegno e ipoteca (Garanzie reali delle obbligazioni)*. Milano, 1935, págs. 83-84.

Así, se suele acudir a términos como *Verwertungsrecht* (derecho de realización), *Sachverwertung* (realización del valor de la cosa).

La idea del derecho a la realización del valor nos parece exacta como explicación del señorío que atribuye el derecho real de garantía a su titular (14). Lo que ya no parece tan exacto es que esa idea represente la *esencia* de los derechos reales de garantía. En todo caso, parece necesario un análisis más profundo del contenido de estos derechos y del mecanismo de las garantías reales. Para este análisis acudiremos nuevamente a la comparación con los derechos reales de goce.

En los derechos reales de goce, el titular adquiere en virtud de ellos un poder o un señorío que no le correspondería si no fuera titular de ese derecho. Recíprocamente, el propietario se ve privado de una facultad o forzado a tener que compartirla con otro, por obra de la constitución de aquel otro derecho, que es a la vez limitado y limitativo.

Creemos que en los derechos reales de garantía las cosas ocurren de muy distinta manera. En términos absolutos no puede afirmarse que el titular de ellos adquiriera un poder que no le correspondería si no fuera titular de ese derecho. Porque todo acreedor tiene un derecho de agresión contra el patrimonio de su deudor (art. 1.911 del C. c., como regla general, y art. 1.111 como aclaración de dicha regla). Y recíprocamente, el propietario —deudor— de la cosa empeñada no ve mermadas sus facultades sobre los bienes que integran su patrimonio por la circunstancia de que el acreedor reciba un derecho de agresión contra sus bienes, puesto que —repetimos— este derecho ya le correspondía al acreedor.

Por eso ha podido decirse que *lo que reclama satisfacción y lo que sirve de título para la ejecución no es la relación de garantía, sino la relación garantizada* (15). Es el crédito el que confiere el derecho a expropiar, como resulta del artículo 1.911.

Nuevamente hemos de acudir, como explicación del mecanismo de las garantías reales, a la idea que ya hemos apuntado repetidamente y que viene presidiendo el desarrollo de todo este estudio: el mecanismo de las garantías reales responde al esfuerzo de la técnica jurídica para, de alguna manera, dotar de eficacia absoluta a los derechos relativos. Veamos de qué manera confirman esta idea las consideraciones últimamente expuestas:

El artículo 1.911 del Código civil dice: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y fu-

(14) Se trataría del derecho a obtener una cantidad de dinero, no del deudor, sino de la cosa (BARASSI). Ciertamente, también en los derechos de crédito puede el titular promover la expropiación de bienes del deudor (expropiación que es una realización del valor); pero esta facultad corresponde en los derechos de crédito a una fase subordinada y sucesiva, mientras que en los derechos reales de garantía la expropiación tiene lugar en una fase primaria, por representar el contenido mismo de estos derechos. Vid. BARASSI: *Diritti reali e possesso*. Milano, 1952, vol. I, págs. 81-82. Para la crítica al concepto “derecho a la realización del valor”, v. infra en la nota 30.

(15) BARBERO: *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 4.ª ed. Torino, 1955, vol. II, págs. 144-145.

turos". El artículo 1.111 aclara el alcance de esta responsabilidad: los acreedores pueden perseguir los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe. Resulta, por tanto, que los bienes del deudor constituyen el objeto de dos derechos de naturaleza distinta:

1.º Objeto de un derecho *actual* y de carácter *real* que corresponde al deudor (propietario de dichos bienes).

2.º Objeto de un derecho *eventual* y de carácter *personal* que corresponde al acreedor (para el caso de que el deudor no cumpla).

Pues bien, el efecto de las garantías reales es el de convertir ese derecho del acreedor sobre los bienes del deudor (eventual y de carácter personal) en un *derecho actual y de carácter real*.

Por obra de las garantías reales, el derecho de agresión que el acreedor tiene sobre los bienes del deudor en general, queda reforzado y mejorado en la forma siguiente:

a) El derecho de agresión sobre el patrimonio en general se concreta sobre *determinados bienes*.

b) Esta concreción permite todavía un ulterior refuerzo de la posición del acreedor, porque a su derecho de agresión se le añaden dos nuevos derechos: un derecho de *persecución* y un derecho de *preferencia* (16).

El resultado de esta mejor posición del acreedor —es decir, el resultado del derecho de garantía— consiste en ponerle a salvo de los peligros que todo derecho relativo lleva consigo. En primer lugar, porque le permite prescindir de la mediación personal del deudor para la satisfacción del crédito. El acreedor ya no se limita a esperar la prestación, sino que cuenta con la seguridad de una ejecución, que puede obtener por acto propio.

En segundo lugar, porque las facultades de persecución y de preferencia le ponen a salvo de aquel peligro de desaparición o, mejor dicho, de salida de los bienes del patrimonio del deudor. Estas facultades le permiten ejercitar su derecho *erga omnes*.

Así pues, el derecho a la realización del valor no es, propiamente, lo que constituye la *esencia* del derecho real de garantía, si por *esencia* entendemos algo que es a la vez fundamental y exclusivo de ese derecho, en el sentido de ser algo que de no existir tal derecho no se tendría. Lo que ocurre es que la expresión "derecho a la realización del valor" —expresión afortunada—, al ser acogida por la doctrina y puesta en primer plano como explicación del contenido de estos derechos, ha dejado en la penumbra a la verdadera función de las garantías reales. Esta verdadera función es la función de garantía y no la

(16) Persecución y preferencia no son dos derechos inseparables. Algunas garantías sólo confieren al acreedor un derecho de preferencia sin derecho de persecución. En cambio, no hay ningún caso en el que el derecho de persecución no vaya unido a un derecho de preferencia sobre el precio que se obtenga de la cosa (v. SAVATIER: *Cours de Droit Civil*, t. II, 2.ª ed. París, 1949, pág. 453).

función satisfactoria, que es la que se logra a través de la realización del valor.

Estas son las dos funciones que las garantías reales vienen a cumplir: función de garantía y función satisfactoria (17). La realización del valor pertenece más bien a esta segunda fase, es decir, a la satisfacción del crédito asegurado (18). Pero *la esencial es la función de garantía*, que se logra a través de la sujeción de una cosa al cumplimiento de la obligación. El artículo 104 de la Ley Hipotecaria, coincidente con el 1.876 del C. c., es el que mejor explica esta función (por lo que se refiere a la hipoteca): “La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone...”.

Esta sujeción representa ya de por sí la fundamental función de garantía que cumplen estos derechos reales. El que, en un momento dado, pueda realizarse el valor de aquellos bienes es indudablemente una nota importante, pero corresponde a una fase ulterior y no se dirige propiamente a la función de garantía sino a la función satisfactoria.

Obsérvese, además, que la realización del valor solamente tiene lugar cuando el deudor incumple la obligación garantizada. Quizá en esto pueda apoyarse nuestro intento de definir los derechos reales de garantía, no en función de la realización del valor, sino en función de la garantía misma. Porque es indudable que el incumplimiento representa el supuesto anormal o patológico; y si esto es así, ¿por qué erigir en nota esencial la de la realización del valor, que solamente entra en juego en los supuestos anormales? (19).

La realización del valor es un remedio para el caso de incumplimiento. Pero el derecho real de garantía no se dirige a *remediar el incumplimiento*, sino a *asegurar el cumplimiento*.

(17) En cierto modo, se aproxima a esta matización RUBINO, al decir que en la regulación de la hipoteca la ley se inspira preferentemente unas veces en su función de derecho al valor, otras veces en la función de garantía y otras en su estructura de derecho real. La concepción del derecho al valor, rectamente entendida, no pretende agotar todos los aspectos de la hipoteca, sino que solamente se dirige a destacar su función, sin entrar en la estructura y en el contenido, es decir, en los medios que hacen posible el cumplimiento de aquella función (RUBINO: *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*. Milano, 1956, págs. 6-7 y nota 5).

(18) Como observa MESSINEO, la garantía no tiene una función inmediatamente satisfactoria; hay que esperar a la ejecución forzosa para que la garantía llegue a ser actual y operante. Mientras tanto, su función consiste en establecer anticipadamente el orden según el cual cada uno de los acreedores tendrá una preferencia sobre los demás, para el caso de que se llegue a la ejecución forzosa (ob. cit., vol. II, parte 2.^a, pág. 60).

(19) MESSINEO advierte que la prenda y la hipoteca cumplen una función aun antes del momento de la ejecución forzosa de la cosa que constituye su objeto. Desde un punto de vista práctico, el recibir o no una garantía real puede ser lo que determine la concesión o la negativa del futuro acreedor de lo que habrá de constituir el objeto de la relación garantizada. Y desde un punto de vista dogmático, la constitución de la garantía real implica separación de determinados bienes del patrimonio del deudor, a fin de sustraerlos a la persecución de los acreedores quirografarios (no garantizados). MESSINEO añade que, con ello, dichos bienes vienen a constituir como una especie de patrimonio separado (ob. cit., vol. II, parte 2.^a, págs. 75-76).

De lo dicho hasta aquí, y de la conexión que se advierte entre el crédito y la garantía, ya se desprende uno de los caracteres de los derechos reales de garantía: la accesoriedad (20). Presuponen siempre, si no cronológicamente, sí lógicamente la existencia de un crédito al cual sirven de garantía. El artículo 1.857, 1.º, incluye esta nota entre los requisitos esenciales de los "contratos" de prenda e hipoteca, estableciendo como primer requisito el de "que se constituyan para asegurar el cumplimiento de una obligación principal" (véase también el art. 1.528, que, al tratar de la venta o cesión de créditos, llama "derechos accesorios" a la fianza, hipoteca, prenda y privilegio) (21).

* * *

Después de estas consideraciones, ya podemos intentar explicar el contenido de los derechos reales de garantía en sus dos aspectos de derechos limitados y derechos limitativos.

Como derechos limitados, su contenido es —indudablemente— menor que el contenido del derecho de propiedad. ¿Qué derecho atribuyen al titular? No el derecho a la realización del valor, pues ese derecho ya le pertenecía, en virtud del artículo 1.911. Lo que hacen es *concretar* sobre determinados bienes ese derecho de agresión que el acreedor tiene siempre contra el patrimonio del deudor. Y, al concretarlo sobre determinados bienes, lo completan agregándole el derecho de persecución y el derecho de preferencia. *Poder directo* sobre los bienes que quedan sujetos a la garantía, en cuanto que en virtud de ella ya no es sólo la expectativa de recibir una prestación lo que el acreedor tiene, sino la seguridad de que en el patrimonio de su deudor hay determinados bienes sobre los cuales, si llega el caso, podrá *por acto propio* hacer efectivo su derecho. *Eficacia erga omnes*, en cuanto que este poder no desaparecerá ni aun en el caso de que aquellos bienes salgan del patrimonio del deudor, para pasar a formar parte del de otra persona. Es decir, *transformación de su derecho relativo en un derecho absoluto*.

(20) La accesoriedad no significa que estos derechos no tengan vida propia en sus condiciones objetivas de constitución y existencia, sino que la *función* y el *fin* de estos derechos no son independientes de la existencia de una obligación (RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, trad. esp., vol. I, pág. 742). Con referencia a la hipoteca, pero en términos que resultan aplicables a los derechos reales de garantía, en general, RUBINO precisa el significado de la accesoriedad diciendo que "en relación con la obligación garantizada, la hipoteca presenta una *autonomía estructural* y una *dependencia funcional*" (obra cit., página 23).

(21) La función de garantía que los derechos reales de garantía cumplen determina una accesoriedad funcional que, a nuestro modo de ver, es consustancial a tales derechos. No falta, sin embargo, en nuestra doctrina quien estime que la hipoteca no vive sometida a la obligación personal, sino que, por el contrario, es ésta la que se convierte en elemento accesorio y dependiente de aquélla. "La obligación personal se transforma en derecho real al constituirse la hipoteca, absorbida por ésta, como elemento integrante de la misma" (LACAL: *El mito de la accesoriedad de la hipoteca*", en *Rev. Derecho Privado*, 392, 1949, páginas 925-936).

Como derechos limitativos, habrá que responder a esta otra cuestión: ¿en qué medida disminuyen la plenitud del dominio? ¿Qué facultades restan al propietario?

Es más difícil responder a estas preguntas. Por de pronto, es difícil dar una respuesta uniforme, que sirva por igual para las distintas figuras. Así, por ejemplo, para las garantías que se constituyen mediante un desplazamiento posesorio, es indudable que esta privación de la posesión viene a mermar la plenitud del dominio.

A este respecto conviene hacer una advertencia. Señalamos ahora el significado de la desposesión como nota del derecho limitativo, pero no hemos señalado correlativamente la adquisición de la posesión como nota positiva, como contenido del derecho que adquiere el titular de la garantía. Si lo hacemos así es por considerar que en la prenda lo esencial no es la posesión del acreedor sino la desposesión del deudor. Nos lo confirma el artículo 1.863 del Código civil, al decir que "... se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor o a un tercero de común acuerdo".

Es decir, la posesión no forma parte necesariamente del contenido de la prenda. Lo que cuenta es la desposesión del deudor, como medio de hacer posible la facultad de persecución, que quedaría burlada si no fuera por esta precaución, tratándose como se trata de un derecho sobre bienes muebles (22). La prenda es, pues, un derecho limitativo en el sentido de que priva al propietario de la posesión de la cosa.

Ahora bien, ¿y en aquellas garantías que no implican traspaso de la posesión? ¿En qué medida limitan la plenitud del dominio?

Ciertamente, en muy escasa medida, por no decir en nada. Algún autor ha tratado de explicar la naturaleza de la prenda y de la hipoteca a base de la idea de que estos derechos originan un *vínculo de indisponibilidad* (23). Lo cual no es exacto. Las garantías reales no afectan

(22) HARDEL: *Etude de la notion de dessaisissement en matière de gage en droit français*. París, 1933, págs. 31 ss.

En cierto modo, esta no esencialidad del traspaso de la posesión al acreedor pignoraticio ha facilitado la concepción legislativa moderna de las formas de prenda sin desplazamiento. Puesto que lo esencial no es la posesión del acreedor, sino la desposesión del deudor, se ha podido pensar en una forma de prenda en la que la desposesión quedara sustituida por otras precauciones. Véase, por ejemplo, nuestra Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, de 16 de diciembre de 1954, que atribuye al dueño de los bienes pignoratidos (en la prenda sin desplazamiento) la consideración de *depositario* de los mismos, con la consiguiente responsabilidad civil y criminal (art. 59). El preámbulo de la Ley se hace cargo de la irregularidad que supone esta ficción del depósito en cosa propia y aclara que "esta figura no es propiamente un depósito, sino una especial situación del deudor, análoga en algunos puntos a la del tercero depositario, pero siempre distinta con arreglo a la naturaleza de las cosas".

(23) En este sentido, v. GORLA: *Pegno e ipoteca (Garanzie reali delle obbligazioni)*. Milano, 1935, págs. 44 ss. y 127 ss. Pero posteriormente, GORLA ha abandonado esta idea y se limita a decir que en el estado actual de los estudios históricos sobre esta materia no es fácil determinar en qué momento se produjo el paso de la garantía antigua, caracterizada por el vínculo de inalienabilidad, a la forma moderna de garantía real en la que se admite la enajenación de la cosa

a la facultad de disposición (24). El deudor —propietario— sigue teniendola, pero la garantía hace que la disposición del deudor sea inofensiva para el acreedor, porque aunque la cosa vaya a parar a otro patrimonio seguirá garantizando la obligación.

Por donde resulta que, más que limitar el derecho del propietario, a lo que afectan las garantías reales es a los derechos de los demás acreedores. El propietario no pierde el *ius disponendi*; son los demás acreedores quienes pierden el *ius distrahendi*, como consecuencia del derecho de preferencia atribuido al titular de la garantía (25).

El carácter de derechos limitativos del dominio queda, pues, bastante atenuado. Este carácter no se revela, propiamente, de manera decisiva más que en la fase de realización del valor, es decir, en relación con la función satisfactoria y no en relación con la función de garantía. En el momento de la realización del valor sí que resulta afectada la facultad de disposición del dueño de la cosa gravada, porque la ejecución forzosa implica —como apuntábamos— que de la disposición como facultad se pase a la disposición como necesidad. Pero esto no ocurre siempre, porque no siempre se llega a esa fase de realización del valor.

IV. NATURALEZA JURÍDICA. ARGUMENTOS CONTRARIOS A SU CARÁCTER REAL Y A SU PERTENENCIA AL DERECHO MATERIAL. CRÍTICA

Con lo dicho hasta aquí, queda afirmada nuestra posición en orden a la cuestión de la naturaleza jurídica de las garantías reales. Si ahora aludimos a esta cuestión y a los argumentos contrarios a la naturale-

gravada sin mengua de los derechos del acreedor garantizado, o en qué momento se tuvo clara conciencia de esta transformación (v. GORLA, en el *Commentario del Codice civile, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA*, libro sexto: *Tutela dei diritti*. Bologna-Roma, 1945, pág. 369. En todo el comentario a los artículos pertinentes se insiste repetidamente en la afirmación de que el tercero adquirente de cosa pignorada o hipotecada adquiere la propiedad de la misma: v. páginas 252 ss., 366 ss., etc.).

Probablemente, ha contribuido al cambio de opinión del ilustre civilista la variación que el nuevo Código civil italiano introdujo en la terminología al sustituir la expresión "tercer poseedor", utilizada en el Código de 1865, por la de "tercer adquirente" (v. págs. 370-371 de la última obra citada; v. también la nota 1 de la pág. 370, en la que paladinamente reconoce la inexactitud de su anterior opinión).

(24) Por lo que se refiere a nuestro Derecho, ese vínculo de indisponibilidad solamente se ha establecido para las modernas formas de garantía introducidas por la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. "El deudor no podrá enajenar los bienes hipotecados o dados en prenda sin el consentimiento del acreedor" (art. 4.º de la Ley de 16 de diciembre de 1954).

(25) En algunos aspectos se revela, sin embargo, la limitación que los derechos reales de garantía imponen a las facultades del propietario de la cosa gravada. El dueño de finca hipotecada no podrá, por ejemplo, destruirla ni realizar actos de disposición que comprometan su importancia económica; así, si se trata de un bosque, no podrá talar o arrancar los árboles, o si se trata de una casa no podrá demolerla para vender los materiales procedentes del derribo, etc. (v. STOLFI, *ob. cit.*, pág. 200).

za real y material de estos derechos es para aprovechar las consecuencias que se desprenden del estudio histórico y de la argumentación desarrollada en torno a sus caracteres.

Por lo demás, es éste un punto que hemos de tratar aquí muy brevemente. Estos argumentos contrarios al carácter real de los derechos de garantía y a su pertenencia a la esfera del Derecho material se han desarrollado preferentemente en el terreno de la hipoteca y, por tanto, no tienen lugar para un adecuado tratamiento en nuestro estudio, que mantenemos en un ámbito más general, prescindiendo, por ello, del examen detallado de cada figura y limitándonos a la categoría genérica de las garantías reales. Pero —repetimos— conviene aludir aquí a estos argumentos, para contrastarlos con los resultados a que hemos llegado a través del estudio del fundamento, de la evolución histórica y de los caracteres de estos derechos.

A) Los argumentos contrarios a la naturaleza real —desarrollados preferentemente, como queda indicado, a propósito de la hipoteca— han tomado como punto de apoyo algunos preceptos en los que se alude a la posibilidad de que el acreedor reclame el pago de la deuda al tercer poseedor de la finca hipotecada (26).

En contra, nuestra doctrina más autorizada, observa que a esta posibilidad de reclamación no se contrapone nunca la afirmación de que el propietario esté obligado a pagar. No se trata, pues, del ejercicio de un derecho de crédito (27).

Por otra parte, estos argumentos, contrarios al carácter real, tampoco han sido llevados al extremo de querer fundar en ellos la tesis de un puro derecho de crédito. A lo más que se llega es a la idea de una obligación *propter rem*, es decir, a una figura dudosa o intermedia entre el derecho real y el derecho de crédito (28).

(26) Artículo 1.879 del C. c.: "El acreedor podrá reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados el pago de la parte de crédito asegurada con los que el último posee..."; artículo 126 de la L. H.: "...podrá el acreedor reclamar de éste (tercer poseedor) el pago de la parte de crédito asegurada con los bienes que el mismo posee..."

(27) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en sus notas al *Derecho de Cosas* de WOLFF, trad. esp., 2.^a ed. Barcelona, 1951, vol. II, pág. 192. Añaden que, al regular los procedimientos para hacer efectiva la hipoteca, la ley no supone nunca que uno de los sujetos de la relación procesal sea el propietario, sino que habla de "juicio en que se persiguiesen bienes hipotecados" (v. art. 126 de la Ley Hipotecaria) y de que "la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados" (art. 129 de la L. H.).

Si la característica del derecho de crédito —dice ROCA SASTRE— es la idea de prestación que ha de efectuar la persona del dador y la característica del derecho real es la idea de señorío que sobre una cosa ejerce su titular, no cabe duda de que la hipoteca es un derecho real, puesto que en ella no se da dicha idea de prestación y sí la de señorío (*Derecho hipotecario*, Barcelona, 1948, t. IV, pág. 16).

(28) A veces se les niega el carácter de derechos reales, no por estimar que sean derechos personales, sino por entender que ni siquiera son derechos subjetivos. En este sentido, BARBERO afirma que la llamada garantía real no es un derecho real, sino una relación real sustancial cuyo contenido no es un *agere licere*, sino la vinculación de una cosa determinada a la satisfacción subsidiaria

Pero, sobre todo, parece que esta concepción personalista o, por lo menos, "anti-realista" está en contradicción con todo el sentido de la evolución histórica de los derechos de garantía y con la conclusión que se desprende de su evolución dogmática y del mismo Derecho positivo. Sentido y conclusión en los que hemos insistido, afirmando que estos derechos responden al esfuerzo de la técnica jurídica para dotar de eficacia absoluta a los derechos relativos. De lo que se trata es de eliminar el riesgo que para el acreedor supone el estar a merced de una conducta —prestación— del deudor, y de sustituir la inseguridad de la prestación por la seguridad de la ejecución, mediante un poder que permita al acreedor perseguir determinados bienes (29), se encuentren dentro o fuera del patrimonio del deudor (30).

B) En cuanto a los argumentos contrarios a la pertenencia de estas garantías a la esfera del Derecho material, hay que reconocer que la misma doctrina civilista ha tenido parte de culpa por haber acentuado la idea del derecho a la realización del valor como esencia de los derechos reales de garantía.

Al cargarse el acento sobre la realización del valor se les ha suministrado a los procesalistas el argumento de que la garantía real es una nueva modalidad de la acción ejecutiva, es decir, un simple instrumento procesal (31).

De ahí que también contra esta tesis procesalista puedan ser útiles las consideraciones que hemos desarrollado al insistir en la necesidad de distinguir entre la función satisfactoria y la función de garantía y al señalar que aquélla, por más que pueda ser considerada como la función más enérgica, no puede ser considerada como la función esencial.

Ciertamente, la función satisfactoria —que se alcanza a través de

de un crédito (ob. cit., II, págs. 143-144). Sobre el concepto de derecho subjetivo en función de la idea del *agere licere*, v. BARBERO, ob. cit., vol. I, págs. 121-127. Para una crítica de esta idea, v. DISTASO: *Natura giuridica dell'ipoteca (Contributo alla teoria dei diritti reali di garanzia)*. Milano, 1953, págs. 96 ss.; v. también BARASSI: *Diritti reali e possesso*. Milano, 1952, vol. I, págs. 78-79, y *La teoria generale delle obbligazioni*, 2.^a ed. Milano, 1948, vol. I, págs. 335-343.

(29) "Determinados bienes". Carácter específico del derecho real de garantía, a diferencia de la garantía genérica constituida por el patrimonio del deudor (art. 1.911 del Código civil).

(30) En el fondo de las doctrinas que niegan carácter real a los derechos de garantía late el preconcepto de que el goce es la verdadera y única expresión del derecho real. Por eso algunos de sus sustentadores llaman a la garantía "derecho a la realización del valor de la cosa". La terminología resulta criticable, pues el valor no es un bien en sí, sino un concepto de relación (la cosa en relación al dinero), una cualidad de las cosas (su permutabilidad). Vid. BARASSI: *Diritti reali...*, cit., I, págs. 80-81.

(31) CARNELUTTI: *Progetto del Codice di procedura civile*, vol. II; *Del processo di cognizione*. Padova, 1926, págs. 191 ss.; *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, en los *Studi di diritto processuale in onore di G. Chiovenda*. Padova, 1927, págs. 221 ss.; *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 4.^a ed. Roma, 1951, I, págs. 212 ss.—REDENTI: *Profili pratici di Diritto processuale civile*, Milano, 1938, págs. 88 ss.—LIEBMAN: *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, en *Riv. di Diritto Processuale Civile*, 1934, I, págs. 127 ss.—CARNACINI: *Contributo alla teoria del pignoramento*. Padova, 1936, págs. 262 ss.

la realización del valor— en cuanto que pertenece a la fase ejecutiva, puede hacer pensar que lo que el acreedor tiene no es un derecho sobre la cosa, sino una acción dirigida a obtener la ejecución y, con ella, la satisfacción del crédito.

Pero ya hemos visto que la función satisfactoria —realización del valor— no es la única función que cumple la garantía real, ni siquiera la que constituye su esencia. Contemplada la garantía en su fase ejecutiva, puede sugerir la idea de una aproximación al Derecho procesal, pero no hay que olvidar que no siempre se llega a esa fase ejecutiva y que cuando no se llega a ella no por eso deja de producir efectos la garantía real, por más que no llegue a producir sus efectos máximos (32).

De todos modos, aunque prescindieramos de la función de garantía y nos limitáramos a considerar la función satisfactoria o ejecutiva, no podría convencernos la tesis procesalista (33). No podría convencernos porque, en su misma fase ejecutiva, las garantías reales vienen a representar precisamente una excepción a las reglas del Derecho procesal. ¿En virtud de qué principio procesal puede dirigirse la acción ejecutiva contra bienes que no formen parte del patrimonio del deudor? (como sucede en el caso de que la finca hipotecada haya pasado a poder de un tercer adquirente). Respuesta: en virtud del derecho que el acreedor tiene sobre la cosa (34); es decir, en virtud de un derecho que pertenece a la esfera del Derecho material y que da lugar —como ha dicho Messineo— a una modificación en la cualidad jurídica de la cosa.

No se trata de meras situaciones procesales porque para ello tendrían que ser situaciones determinadas en el proceso y durante el pro-

(32) Las mismas razones —dice PUGLIATTI— aducidas para justificar el carácter procesal de la hipoteca o de los privilegios podrían hacer pensar que también las garantías personales (fianza, aval) tienen un contenido estrictamente procesal. En realidad, se trata de una mera apariencia: precisamente porque se trata de medios de garantía es comprensible que su eficacia se exteriorice, se haga más tangible, en el momento en que la garantía se realiza, es decir, en la ejecución forzosa. PUGLIATTI: *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. Milano, 1935, págs. 380-381.

(33) En contra de la tesis procesalista, vid. COVIELLO (L): *L'ipoteca e un diritto reale?*, en *Rivista di Diritto civile*, 1936, págs. 1 ss.; FRANCESCIBELLI: *L'ipoteca come diritto reale*, en *Riv. Diritto Comm.*, 1938, I, págs. 274 ss.; PUGLIATTI, ob. cit., págs. 379 ss.; DISTASO, ob. cit., págs. 13 ss., 78 ss., etc.; MESSINEO, ob. cit., vol. II, parte 2.^a, págs. 74-77; BARASSI: *Diritti reali...*, cit., I, págs. 84-86.

(34) Téngase en cuenta que la adherencia a la cosa es una de las características definidoras de la noción del derecho real, y que la misma eficacia *erga omnes* no es sino una consecuencia o una proyección exterior de dicha adherencia.

La adherencia a la cosa y la eficacia *erga omnes* (es decir, las notas peculiares del derecho real) justifican que el titular de la garantía pueda ejercitar su derecho sobre la cosa aun cuando ésta haya salido del patrimonio del deudor. DISTASO explica la naturaleza real de la hipoteca como un vínculo, que afecta a la cosa, en virtud del cual la cosa queda destinada a un futuro estado de sujeción y que da lugar a que la cosa permanezca insensiblemente a cualquier eventual alteración de su condición jurídica fundamental (ob. cit., págs. 114 ss.).

ceso. En otros términos: no se puede crear una situación procesal antes del proceso y fuera de él. Y esto es precisamente lo que ocurre con las garantías reales, que representan la creación de determinadas situaciones en el seno del Derecho material y, por tanto, *antes del proceso y fuera del proceso* (35).

Si los procesalistas llegaran a convencernos de que la acción ejecutiva es un dato suficiente para encuadrar a la prenda y a la hipoteca en el marco del Derecho procesal, quizá tuviéramos que concederles mucho más. Quizá tuviéramos que concederles que la acción confesoria y la acción reivindicatoria justifican el que se pueda arrancar de la esfera del Derecho material al derecho real de servidumbre y al mismo derecho de propiedad (36).

V. ALGUNAS PECULIARIDADES DE SUS MODOS DE CONSTITUCIÓN Y DE EXTINCIÓN

Tampoco, por lo que se refiere a los modos de constitución y de extinción, hemos de hacer aquí el examen detallado de ellos con relación a cada uno de los tipos concretos de derechos reales de garantía. Nos interesa solamente, dentro de la panorámica general de estos derechos, poner de relieve lo que pueda representar una peculiaridad de ellos.

Modos de constitución.—La cuestión que interesa destacar aquí es la relativa al papel que desempeña la ley en la constitución de las garantías reales. Y, sobre este punto, podemos señalar una nota de carácter general: la ley se revela tanto más enérgica en la constitución de derechos reales de garantía cuanto menos enérgico sea el derecho real que en su virtud se constituye.

a) Así, la ley nunca constituye directamente un derecho real de prenda. Obsérvese que el derecho real de prenda es más enérgico que el de hipoteca, en cuanto que priva al deudor-proprietario de la posesión de la cosa. Pues bien, no existen en nuestro sistema prendas legales. En algunos artículos, el Código civil confiere a determinadas personas el derecho de *retener en prenda* una cosa hasta el pago de una deuda (37). Pero, aunque se emplee esta expresión y aunque ello

(35) Puesto que la acción ejecutiva hipotecaria tiene mayor alcance y efectos más intensos que la ejecución ordinaria, ello significa que con dicha acción se hace valer, además del crédito, otro derecho sustancial (v. RUBINO, *ob. cit.*, pág. 10).

(36) Entre nosotros, CÁMARA, ha seguido, en parte, la orientación de CARNELUTTI, si bien ha llegado a una conclusión distinta. En su opinión, de la hipoteca deriva no sólo una situación jurídico-procesal, sino también una situación jurídica de derecho material. Mas tal situación no es, a juicio de este autor, una situación jurídico-real; la hipoteca no es un derecho real. (M. de la CÁMARA: *Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real*, en *Rev. de Derecho Privado*, 386, 1949, págs. 377 ss. En contra, *vid.* RAMOS FOLGOS: *Defensa de la naturaleza real de la hipoteca*, en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*, 258, 1949, págs. 681 ss.

(37) Art. 1.600: "El que ha ejecutado una obra en cosa mueble, tiene el derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague." Art. 1.730: "El mandatario

haya dado lugar a que algún sector de la doctrina apoye en estos artículos la posibilidad de un derecho legal de prenda, creemos que tal idea no puede ser admitida.

Se argumenta diciendo que el verbo "retener" no se opone a la calificación de prenda, puesto que la facultad de retener forma parte del contenido del derecho de prenda (38). Ahora bien, este argumento no parece convincente. Ciertamente que en toda prenda hay retención; pero ello no significa que toda retención obedezca a un derecho real de prenda. Por lo demás, aquellos artículos no confieren al acreedor la facultad de enajenar las cosas constituidas en garantía; ausencia, por tanto, del derecho a la realización del valor.

Una observación análoga podría hacerse a propósito del párrafo segundo del artículo 1.866 del Código civil, que reproduce la figura romana del *pignus gordiano* (39). En este precepto se autoriza al acreedor a "prorrogar la retención" de la cosa dada en prenda hasta que se le satisfaga un eventual segundo crédito contraído por el deudor con anterioridad al pago de la deuda garantizada con prenda. Entendemos que tampoco en este caso cabe hablar de un derecho real de prenda constituido por la ley, sino de un supuesto en que la ley autoriza al acreedor pignoraticio para convertir el derecho de prenda que garantizaba la primera obligación en un derecho de retención para la seguridad de la segunda deuda, retención que cumple, por tanto, una función de garantía, aun cuando no llegue a cumplir la función satisfactoria, ya que, al no tratarse de una verdadera prenda, no confiere facultades ejecutivas al acreedor retinente (40).

b) En materia de hipotecas nos encontramos con una variedad de ellas —en orden a su constitución— designada con la denominación de "hipotecas legales". Terminología consagrada por nuestra le-

podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos siguientes." Art. 1.780: "El depositario puede retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito."

(38) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en sus notas al *Derecho de Obligaciones*, de ENNECCERUS, trad. esp., 2.^a ed. Barcelona, 1950; vol. II, pág. 304 (con referencia al artículo 1.600 del Código civil).

(39) A juicio de NARDI, en el Derecho romano el *pignus Gordiano* no funciona como una simple *retentio*, sino como un verdadero derecho de prenda. (NARDI: *Ritenzione e pegno gordiano*. Milano, 1939, págs. 85 ss.). En contra, v. JORS-KUNKEL, ob. cit., pág. 223: era sólo un derecho de retención, no un derecho de prenda estricto, pues no otorgaba al acreedor la facultad de vender.

(40) En este sentido se interpreta el párrafo segundo del artículo 1.866 del Código civil, por la sentencia de 24 de junio de 1941. Planteadas la cuestión por primera vez ante el Tribunal Supremo, la sentencia infiere la posición del Derecho español examinando los antecedentes del precepto (*Codex* de JUSTINIANO, lib. 8, tít. 27, ley única; Partida V, tít. 13, ley 22; art. 1.779 del Proyecto de 1851), atendiendo a sus concordancias con otros preceptos contenidos en legislaciones afines a la propia e inspiradas en una común tradición jurídica (como los artículos 2.082 del Código francés y 1.888 del italiano de 1865); y, sobre todo, teniendo en cuenta la sistemática del Código civil.

En el nuevo Código italiano se han eliminado las dudas a que podía dar lugar la redacción anterior, estableciéndose que "el acreedor tiene solamente el derecho de retención en garantía del nuevo crédito" (art. 2.794, párrafo segundo).

gislación, pero cuyo alcance se cuidan de precisar el Código civil —artículo 1.875— y la Ley Hipotecaria —art. 158— diciendo que las personas a cuyo favor concede la ley hipoteca legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho (41).

Es decir, no se trata de hipotecas constituídas por la ley, sino de supuestos en los que la ley confiere a una persona el derecho a exigir la constitución de hipoteca (42). Por excepción subsisten en nuestro Derecho las hipotecas tácitas en favor del Estado, provincias y pueblos o en favor de los aseguradores. Pero con limitaciones en orden a la cuantía de la obligación garantizada, porque solamente responden del importe de dos anualidades de las contribuciones e impuestos o de las primas del seguro de dos años.

c) También en la anticresis vemos confirmada la nota que hemos apuntado: mayor energía de la ley en la constitución de garantías reales menos enérgicas. En la forma autónoma y típica de anticresis —recaente sobre inmuebles— no hay otra forma de constitución que la voluntad de las partes. En cambio, el artículo 1.868 del Código civil establece que “si la prenda produce intereses compensará al acreedor los que perciba con los que se le deben; y si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital”.

De esta manera se establece *ex lege* un derecho de anticresis que hay que considerar implícito en la prenda. Pero que puede ser excluido por pacto (o sea, al revés que en el Derecho romano).

d) Por último, la ley se revela más enérgica en la constitución de aquellas garantías cuyo contenido es menos enérgico, hasta el punto de que incluso puede parecer dudosa su naturaleza real, que, en todo caso, resulta atenuada. Así, en los privilegios y en el derecho de retención.

En los privilegios —mejor dicho, en los privilegios especiales, que es en los que cabe apreciar carácter real— no se necesita un título constitutivo distinto del título constitutivo del crédito. El privilegio es una preferencia que la ley otorga a determinados créditos por razón de su causa. Por tanto, el privilegio nace *ipso iure* con el crédito mismo.

En el derecho de retención es también suficiente el precepto legal porque de lo que se trata no es de imponer una desposesión y de crear con ello una situación nueva, sino de autorizar el mantenimiento o la prolongación de una situación ya existente, es decir, de autorizar al acreedor a que *retenga* la posesión que *ya tiene*. Como hemos apun-

(41) Acudiendo a la terminología consagrada por la “teoría del título y el modo”, podría explicarse esta situación diciendo que la ley suministra el título para la constitución, pero no llega a significar un modo de adquirir el derecho real en cuestión.

(42) Ello revela, por parte de la ley, una actitud de favor hacia el crédito en cuestión, actitud que se justifica en consideración a la causa del crédito o a la persona de su titular. De ahí que haya podido decirse que la *ratio* de la hipoteca legal es análoga a la del privilegio, aun cuando sea distinto el medio técnico utilizado en uno y otro caso (vid. RUBINO, ob. cit., pág. 257).

tado, aquellos casos que han querido ser explicados como prendas legales no son sino supuestos en los que la ley establece un derecho de retención. Incluso podríamos añadir algún otro supuesto en el que se autoriza al acreedor pignoraticio a seguir reteniendo la cosa dada en prenda, a pesar de haberse satisfecho la obligación garantizada, estableciendo así una nueva garantía —retención— sobre aquella cosa. El supuesto —art. 1.866, párrafo segundo— es interesante porque representa un caso en el que la ley transforma una relación jurídica de prenda en un derecho de retención.

Modos de extinción.—En la extinción de estos derechos cabe distinguir entre los modos extintivos propios de todos los derechos reales, los característicos de los *iura in re aliena* y los peculiares de los derechos reales de garantía. Estos últimos son los que nos interesan aquí, para completar la caracterización de estos derechos.

El carácter accesorio de las garantías reales hace que estando su razón de ser y su existencia determinadas por la existencia de un derecho de crédito, también su extinción pueda en ocasiones ser impuesta por la extinción del derecho al que sirven.

Por donde resulta que todas las causas de extinción del crédito dan lugar a la extinción de la garantía (43). Ahora bien, entre las causas extintivas del crédito nos interesa destacar una de ellas: *la confusión*. Nos interesa destacarla porque en este punto se revela una de las peculiaridades más interesantes de la extinción de los derechos reales de garantía.

La confusión tiene lugar —art. 1.192 del C. c.— cuando se reúnen en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor. Esta causa de extinción de las obligaciones tiene un paralelo en la esfera de los derechos reales y, concretamente, de los *iura in re aliena*. De la misma manera que no se puede ser deudor de sí mismo o acreedor de sí mismo, tampoco se puede ser titular de un derecho real limitado sobre una cosa propia. Los derechos reales sobre cosa ajena se extinguen en cuanto la cosa deja de ser ajena para ser propia, o en cuanto se

(43) El principio de accesoriedad funcionó, según parece, con menos intensidad en el Derecho romano que en el Derecho moderno. Según CARRELLI, los juristas clásicos examinaron las relaciones entre obligación principal y derecho de prenda partiendo de la fórmula *in factum* de la *actio quasi Serviana*, en la cual se enumeraban taxativamente los casos de extinción de la prenda, que eran solamente tres: a) *solutio*, o sea, cumplimiento de la obligación principal; b) *satisfactio*, es decir, sustitución de la garantía real por una garantía personal; c) *mora del acreedor*. Fuera de estos tres casos, cualquier otro evento que produjera la extinción de la obligación principal no desplegaría iguales efectos para la obligación accesorial, que quedaría subsistente. Sobre este sistema se construyó la doctrina clásica, afirmando enérgicamente la supervivencia del derecho de prenda en todos los casos de extinción puramente formal de la obligación principal. El Derecho justinianeo modificó la situación, aunque de manera más aparente que real, porque si bien afirmó el principio de accesoriedad funcional de la prenda, acullió al nuevo concepto de *obligatio naturalis* para admitir la supervivencia del derecho de prenda aun en aquellos casos en que la obligación civil quedaba extinguida. (Véase CARRELLI: *Sulla accessorietà del pegno nell diritto romano*. Roma, 1934, págs. 69-70.)

adquieren o recuperan las facultades que sobre la cosa propia correspondían a otra persona.

El paralelo entre estas causas extintivas de las obligaciones y de los derechos reales limitados ha dado lugar a que frecuentemente se emplee en la doctrina la palabra confusión aplicada a esta forma de extinción de los *iura in re aliena*, para la que es, sin embargo, más correcta la expresión *consolidación*.

Pues bien, los derechos reales de garantía pueden extinguirse por confusión y por consolidación.

La extinción por confusión no es sino uno de los casos en los que la garantía se extingue por haberse extinguido la obligación garantizada. Es decir, pura consecuencia del carácter accesorio de estos derechos.

Pero la extinción por consolidación puede producirse sin ninguna dependencia respecto a la extinción del crédito garantizado, e incluso puede dar lugar a que se extinga la garantía subsistiendo la relación de crédito que ésta garantizaba. Este supuesto puede darse teniendo en cuenta que la garantía puede haber sido constituida por persona distinta del deudor y que, aun habiéndola constituido el deudor, puede ocurrir que la cosa gravada haya pasado del patrimonio del deudor al de otra persona. Si el acreedor, titular del derecho real de garantía, sucede al constituyente o al adquirente o si adquiere por cualquier otro título la cosa gravada, la consecuencia será la extinción de la garantía por consolidación, subsistiendo el crédito por no haberse producido paralelamente el supuesto de extinción por confusión.

De ahí el interés de distinguir los supuestos de extinción de los créditos por confusión y de los derechos reales sobre cosa ajena por consolidación. Y de ahí que en el terreno de las garantías reales sea especialmente clara esta distinción.

VI. SISTEMATIZACIÓN DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA. RASGOS COMUNES Y NOTAS DISTINTIVAS

En el panorama moderno de las garantías reales se advierte el resultado de su evolución histórica y las aportaciones de la técnica jurídica impuestas por las necesidades de la práctica.

De las formas de garantía reconocidas en el Derecho romano han pasado al Derecho moderno todas excepto la *fiducia*, que ya desapareció dentro del ciclo de evolución del mismo Derecho romano.

Ahora bien, al referirnos a la *fiducia* romana ya distinguíamos en ella dos elementos: 1.º La transmisión de la propiedad en función de garantía. 2.º El convenio de fidelidad (*fiducia* propiamente dicha). El Derecho moderno conoce alguna figura en la que, sin que exista propiamente el elemento fiduciario, sí que existe el otro elemento: la propiedad cumpliendo una función de garantía. Así, por ejemplo, en las ventas a plazos es frecuente el pacto de reserva de dominio, cuya finalidad práctica es la de garantizar el completo pago del precio de venta. Si no fuera por la ausencia de elemento fiduciario podríamos decir

que aquí se da una *fiducia* al revés. Pero, de todos modos, estos supuestos quedan fuera del campo de las garantías reales, ya que no se trata de derechos reales sobre cosa ajena.

Prenda, hipoteca y anticresis son las figuras típicas y fundamentales de garantías reales. La última de ellas —anticresis— ya no es, como en el Derecho romano, un pacto agregado a la prenda, sino que el Código civil la reconoce y regula con sustantividad propia y referida exclusivamente a los inmuebles (arts. 1.881 y siguientes). Al lado de este derecho real de anticresis, existe una anticresis *ex lege* agregada a todo derecho real de prenda recayente sobre cosa fructífera —art. 1.868—, aunque con la posibilidad de excluirlo mediante pacto en contrario.

Por último, hay figuras, como los *privilegios especiales* y el *derecho de retención*, en las que el carácter real resulta atenuado. Con esta salvedad, es decir, como derechos de garantía con eficacia real limitada, pueden ser incluidos dentro del cuadro de los derechos reales de garantía.

El rasgo común a todas estas figuras lo constituye la función de garantía que cumplen, y que responde a aquella idea repetidamente apuntada en el breve estudio que hemos hecho en su evolución histórica, dogmática y legislativa; es decir, al esfuerzo de la técnica jurídica para dotar de eficacia absoluta a los derechos relativos.

Otro rasgo común, pero ya no a todas ellas, sino a las figuras principales, lo constituye la función satisfactoria que desempeñan a través del derecho a la realización del valor. Función satisfactoria, que no es, como hemos apuntado, la definidora de las garantías reales (de ahí que pueda ser considerado como tal el derecho de retención, que no cumple dicha función), pero que tiene innegable importancia como culminación de la función de garantía.

En cuanto a las notas distintivas, la cuestión que más interés presenta y mayor actualidad conserva es la distinción entre la prenda y la hipoteca. Esta distinción ha pasado por varias etapas históricas:

a) *Derecho romano*: La distinción se funda en la diversa forma de constitución.

b) *Derecho medieval*: Por razones prácticas, al acentuarse la diferencia entre el régimen de los muebles y de los inmuebles, se adscribe la hipoteca a los inmuebles y la prenda a los muebles (44).

c) *Código civil y Ley Hipotecaria*: Hipoteca para los inmuebles (sin traspaso de posesión) y prenda para los muebles (con desposesión).

d) *Aparición de las primeras formas de garantía real sobre muebles sin desposesión*: Se las regula y denomina como "prenda". El legislador se guía por la naturaleza mueble o inmueble de la cosa y no por la nota de desplazamiento o no desplazamiento de la posesión.

e) *Ley de 16 de diciembre de 1954*: La clave de la distinción ya

(44) Algunas *Coutumes* francesas estimaron que los muebles no eran susceptibles de hipoteca, fundándose en el principio "*meubles n'ont pas de suite par hypothèque*" que, en realidad, tenía un significado distinto (v. STORER, ob. cit., pág. 183).

no es la naturaleza mueble o inmueble de la cosa, puesto que se admite la *hipoteca mobiliaria*. No lo es tampoco el traspaso de la posesión, puesto que se admite la *prenda sin desplazamiento*. ¿En dónde reside, pues, la clave de la distinción? En la diferencia entre *bienes de identificación semejante a los inmuebles* y de *identificación menos perfecta* (45).

En contraste con las dos formas fundamentales de garantía real —prenda e hipoteca—, la anticresis presenta una nota peculiar: en ella no sólo se asegura al acreedor la futura satisfacción de su crédito, sino que se pone en sus manos un medio de satisfacción inmediata, en cuanto que la anticresis le atribuye el derecho de percibir los frutos del inmueble gravado con aplicación al pago de los intereses, si se debieran, y después al pago del capital de su crédito. Esta posibilidad de satisfacción inmediata ha sugerido a algún autor la consideración de la anticresis, más que como una forma de garantía, como uno de los medios de sustituir el cumplimiento de la prestación (46). Con todo, no hay que perder de vista que ni la función de garantía ni la función satisfactoria se logran en la anticresis gravando solamente los frutos, sino que en ella se grava también —e incluso primordialmente— el inmueble (47). (Téngase en cuenta también la facultad de promover la venta del inmueble, reconocida en el párrafo segundo del artículo 1.884 del Código civil y la remisión establecida en el artículo 1.886, que claramente sitúa a la anticresis en el terreno de las garantías reales.)

Por último, los privilegios especiales y el derecho de retención se nos ofrecen —según queda indicado— como derechos de garantía con eficacia real limitada. Su constitución es obra de la ley, (aunque no quede excluída la posibilidad de una retención convencional). Y la atenuación del carácter real se manifiesta, para los primeros, en la ausencia del derecho de persecución, y en el segundo, en la ausencia del derecho a la realización del valor.

(45) Como consecuencia de la Ley de 16 de diciembre de 1954, resulta que ciertos bienes muebles son susceptibles de prenda y de hipoteca. En efecto, en dicha ley se establece que no se podrán hipotecar los bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento (art. 12, párrafo final) y que no podrá constituirse prenda sin desplazamiento sobre los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria (art. 55), pero no hay nada que excluya la posibilidad de constituir prenda ordinaria (con desplazamiento de posesión) sobre cualquiera de los bienes que pueden ser objeto de hipoteca mobiliaria. Lo único que se excluye expresamente (en el mismo artículo 55) es la constitución de prenda ordinaria sobre bienes ya *pignorados* con arreglo a esta Ley.

(46) En tal sentido, vid. BARASSI; *Diritti reali...*, etc., cit., pág. 62, y en *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., vol. III, págs. 196-198.

(47) En la anticresis, el acreedor adquiere el disfrute de la cosa aplicando los frutos o rentas al pago de los intereses de la deuda; es decir, adquiere los frutos en funciones de pago, no en función de garantía, la cual sólo puede ser prestada por la cosa misma (SANZ FERNÁNDEZ; *El derecho de preferencia en la anticresis*, en Rev. de Derecho Privado, 313, 1943, págs. 223 ss.; v. pág. 227).