

DR 19 57

Carrera Derecho, Asignatura Derecho Civil III, título Los Derechos Reales de Garantía, autor Guadalupe Hernández Gil Álvarez en Fuegos, fecha de grabación 22 de marzo de 1983, fecha de emisión 6 de abril de 1983. Los Derechos Reales de Garantía. Existen distintos medios de garantizar la efectividad de un crédito, de garantizar su cumplimiento.

Uno de ellos es la Constitución de un Derecho Real de Garantía. Estos derechos otorgan a su titular, es decir, al acreedor de la obligación garantizada, la facultad de exigir la enajenación de una cosa, bien sea mueble o inmueble, para obtener su valor y destinarlo precisamente a la extinción del crédito garantizado. Pertenecen a esta categoría, como veremos, la hipoteca, la prenda y la anticresis.

Se ha discutido el carácter real de estos derechos, especialmente el carácter real del derecho de hipoteca. Se alega, en este sentido, que no hay un poder inmediato sobre la cosa, que la compenetración existente entre el crédito y la deuda es muy fuerte, que se trataría tan sólo de un refuerzo, de un complemento, de una corrección del artículo 1911 del Código Civil, pues la finalidad última es hacer un pago regulado por el derecho de obligaciones. En este caso, se calificaría ese derecho de hipoteca, bien como una obligación *propter rem*, bien como una modalidad de proceso de ejecución, sin un valor sustantivo, más que de un derecho de hipoteca, se trataría de una mera acción hipotecaria.

Sería algo similar a un embargo anticipado que concedería al acreedor sobre el bien afectado prioridad respecto de los demás acreedores. No obstante, se califica mayoritariamente de derecho real. Las objeciones a la tesis contraria son muchas.

Así, por ejemplo, se olvida que el derecho se hace efectivo también en relación con terceros adquirentes, que sí que existe una sujeción directa sobre los bienes y los propios textos positivos. Se desprende la naturaleza real del derecho de hipoteca fundamentalmente del artículo 1816 del Código Civil y del artículo 2º de la Ley Hipotecaria. En cuanto al origen de los derechos reales de garantía, el punto de partida suele ser común, y es curioso observar la similitud del proceso de aparición en tres sistemas jurídicos distintos, en el sistema romano, en el germánico y en el anglosajón.

En el derecho romano se acude al dominio para crear una garantía real, se acude a la transmisión de la propiedad para sujetar una cosa. El deudor utilizará la *emancipatio* o la *injurecesio* de la cosa y añadirá un pacto de fiducia por el que el adquirente se comprometía a retransmitir la cosa después de que la deuda quede extinguida. Es la fórmula primera, es la fórmula más primitiva de derecho real de garantía, es la llamada *fiducia cum creditore* en la que el deudor conservaba únicamente una acción personal para conseguir, una vez hecho el pago, la restitución viéndose privado del uso y del disfrute de la cosa.

Como veremos, en el derecho germánico y también en el derecho anglosajón se parte de una

necesaria inicial transmisión de propiedad. Pero en el derecho romano, en un segundo momento, la solución será el *pygmus*. Cuando la diferencia entre dominio y posesión se matice, surgirá la nueva fórmula.

Basta transmitir la posesión y conservar el dominio. Basta transmitir la posesión de la cosa al acreedor, éste la retendrá en garantía de su crédito y el acreedor quedará además protegido por los interdictos hasta que se produzca la realización del pago. En un tercer momento, aparecerá la hipoteca, como una combinación de *pygmus* y de *fiducia*.

Así, a la titularidad de la prenda del *pygmus* se une la posibilidad de instar la venta de la cosa *pygmorada* para satisfacer con su precio la obligación garantizada. Es en este momento cuando se pensó en aislar la facultad de la posesión de la cosa. La consecuencia será doble.

Por una parte, como en el *pygmus*, con precario aparece la posesión, pero sólo en caso de incumplimiento. Y, como en la *fiducia*, se haya protegido el titular por una acción real, análoga a la reivindicación, como una *vindicatio pygnoris perpetua* y eficaz contra terceros detentadores. El acreedor hipotecario adquiere, por lo tanto, dos derechos.

Por una parte, el *just possidendi*, por el cual puede pedir la posesión de la cosa en caso de incumplimiento. Y, por otra parte, el *just distraendi*, más moderno, el derecho a vender la cosa para satisfacer con su precio la obligación garantizada. En un principio, cabía incluso la fórmula de la *lex commissoria*, es decir, el acreedor en caso de incumplimiento se convertía directamente en propietario, previo pago, por supuesto, del precio fijado por peritos.

Pues bien, sobre esta configuración inicial se van a proyectar una serie de factores. Por una parte, la distinción entre bienes muebles y inmuebles. Y, por otra parte, un elemento de publicidad formal, que va a ser la inscripción en un registro público.

Con estos y otros elementos, el derecho francés elaborará los postulados que recogerá el Código de Napoleón y del que van a pasar a la Ley Hipotecaria Española de 1861 y al Código Civil. Estos dos postulados son, por una parte, la configuración de la prenda como un derecho en el que persiste la puesta en posesión de la cosa y que se va a aplicar de forma exclusiva a los bienes muebles, no siendo, por tanto, posible admitir su persecución frente a terceros adquirentes de buena fe. Y, por otra parte, la configuración de la hipoteca como un derecho que se aplica únicamente a bienes inmuebles, solo ellos son susceptibles de publicidad registral porque se impone a todo tercero y, además, porque no se produce un desplazamiento posesorio.

En el derecho germánico se va a producir desde el principio la distinción entre la garantía que recae sobre bienes muebles y la garantía que recae o que afecta a los bienes inmuebles. En los bienes muebles solo pueden ser objeto de ignoración con desplazamiento posesorio también y porque solo la posesión efectiva puede conferir la apariencia, la GBR, del derecho constituido. En relación con los inmuebles se admiten dos formas de garantía, una fundada en la transmisión del título de propiedad y otra constituida por la prenda y disfrute.

La primera, como decimos, fundada en el título de propiedad, en ella el acreedor quedaba investido de la GBR corporal o de la apariencia visible del derecho que se consideraba, por otra parte, sometida a condición. Esta condición podía ser bien resolutoria, entonces la situación era semejante a la venta compacto de retro o bien podía ser una condición suspensiva y entonces la adquisición de la cosa por parte del acreedor solo se producía en caso de incumplimiento. Pero tenemos también, como decíamos, dentro de las garantías que afectan a bienes inmuebles, la prenda de disfrute.

Es una prenda típica del derecho germánico inicial que aparece bajo la forma de la llamada prenda antigua, de la *Alter Sachung*, que suponía también el desplazamiento de la posesión del inmueble. El acreedor podía poseer y disfrutar del inmueble hasta que se produjese la realización de la prestación de vida, pero los frutos solo a partir del siglo XII se imputaron a la deuda. Posteriormente aparece una nueva forma de prenda en el derecho germánico, de una nueva prenda de disfrute determinada por las necesidades económicas derivadas del desarrollo de la vida mercantil, de la nueva vida ciudadana, que exigían que el deudor no perdiera la posesión de la cosa.

De esta forma la prenda se va a transformar en hipoteca. La investidura del acreedor ya no es real, es simplemente ideal y apoyada en la eficacia de la publicidad registral. Se dio un gran relieve, además, al acto de constitución del derecho y se reguló también un procedimiento de ejecución.

Finalmente, el concepto de hipoteca en el derecho germánico se va a flexibilizar enormemente y van a aparecer hasta 12 formas de hipoteca. En el derecho anglosajón, como venimos diciendo, el punto de partida inicial se sitúa también en la transmisión de propiedad. Era algo necesario para constituir una garantía real.

También, posteriormente, aparecerán las dos formas básicas de garantía, la prenda y la hipoteca, es decir, en la primera el pignorante retiene el título de propiedad, desplaza la posesión. En la hipoteca se desprende el hipotecante, el deudor, de una serie de facultades dominicales que adquiere el acreedor hipotecario. En la actualidad, y en nuestro derecho, han aparecido nuevas fórmulas que ponen de manifiesto la crisis de la equivalencia anterior o de la correspondencia entre, por una parte, prenda, bien mueble, desplazamiento posesorio, y por otra parte, hipoteca, bien inmueble, no desplazamiento posesorio, publicidad registral.

Es el caso de la llamada hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento a la que luego nos referiremos. En nuestro derecho, por lo tanto, existen una serie de derechos reales de garantía. Y estos derechos reales de garantía son los siguientes.

Tenemos así el ya citado derecho real de prenda, que recoge el Código Civil en los artículos 1863 y siguientes, que se constituye sobre bienes muebles, que produce un traspaso posesorio, que faculta al titular para enajenar el bien y para extinguir así el crédito. Además, no hay que olvidar que, a falta de pacto en contrario, si la cosa produce frutos o produce intereses, y en virtud del artículo 1868 del Código Civil, el acreedor compensará los que perciba con los que se

le deben, y si no se le deben o excede de los debidos, se imputarán al capital. Se produce la llamada compensación anticrítica.

Pero no existe solo esa prenda general, esa prenda regulada, en esos artículos 1863 y siguientes. Existen también una serie de prendas especiales, como puede ser la prenda irregular, que atribuye al acreedor la propiedad y el derecho a consumir la cosa ignorada, que normalmente será precisamente dinero. También la prenda de cosa futura, admitida por el derecho romano sobre, por ejemplo, las cosechas pendientes, y que el Código Español solo permite como promesa de constitución de prenda.

La prenda sobre derechos, siempre que tengan, por supuesto, la consideración de bienes muebles y que cumplan los requisitos del artículo 1864 del Código Civil. Y también la prenda del prestamista profesional, respecto de la que el Código remite a las leyes y reglamentos especiales. En cuanto al segundo derecho real de garantía fundamental, el derecho real de hipoteca, aparece regulado en el Código Civil, en los artículos 1874 y siguientes.

Además, por supuesto, en la ley hipotecaria y en las disposiciones del código comunes a la prenda hipoteca, que se recogen en los artículos 1857 a 1862, y algunos de ellos son aplicables también a la anticresis, en virtud del artículo 1886. La hipoteca se caracteriza por ser un derecho real sobre bienes inmuebles, como señala el artículo 1874, y el artículo 106, por ejemplo, de la ley hipotecaria, es un derecho y es lo fundamental de constitución registral. Para la existencia del derecho real es indispensable la inscripción en el registro de propiedad, como señala, por ejemplo, el artículo 1875 del Código Civil.

Además, el derecho real de hipoteca está regido por una serie de principios, principios como el de determinación y especialidad. La hipoteca sólo puede existir con una perfecta determinación de la obligación asegurada y con una perfecta determinación de la cosa o del derecho que constituye la garantía. Por el principio de indivisibilidad, la hipoteca en principio es un derecho indivisible.

Por el principio también de transmisibilidad, se puede producir la transmisión como consecuencia bien de la cesión del crédito e incluso puede hipotecarse, como se desprende del artículo 107 de la ley hipotecaria, y la hipoteca admite igualmente múltiples modalidades. Así, atendiendo a su origen, la hipoteca puede ser voluntaria o legal. Esta quizá es la distinción fundamental.

Las hipotecas voluntarias son las convenidas por las partes o las impuestas por disposición del dueño de los bienes, y las legales son las admitidas expresamente por la ley con tal carácter. También, atendiendo a la forma, pueden ser en principio expresas o tácitas, aunque actualmente en nuestro derecho, salvo raras excepciones, todas las hipotecas son expresas. Atendiendo a sus efectos, pueden ser comunes cuando aseguran el pago de la obligación por el orden de prioridad que corresponde a cada una de ellas según la fecha de inscripción registral, pero también pueden ser privilegiadas cuando se anteponen a las demás, como es el caso del artículo 194 de la ley hipotecaria.

Atendiendo al contenido, pueden ser ordinarias, aseguran una obligación que existe perfectamente y que está predeterminada o de seguridad cuando la obligación garantizada es de existencia dudosa o de cuantía indeterminada. Es el caso de la llamada hipoteca de máximo. Pero, como decíamos antes, las modalidades quizá más espectaculares por poner de relieve la crisis de los conceptos tradicionales de prenda hipoteca son la prenda sin desplazamiento y la hipoteca mobiliaria reguladas en la ley de 16 de diciembre de 1954.

Esta ley parte de la distinción entre dos grupos de bienes. Por un lado, los bienes susceptibles de una perfecta identificación registral que pueden ser objeto de hipoteca mobiliaria porque permiten una identificación semejante a la de los bienes inmuebles. Son los bienes enumerados en el artículo 12 de la ley, establecimientos mercantiles, automóviles, tranvías, vagones de ferrocarril de propiedad particular, aeronaves, maquinaria industrial, propiedad intelectual e industrial, etc.

Y, por otro lado, los bienes susceptibles de una menos perfecta identificación registral que pueden ser objeto de prenda sin desplazamiento, quedan desinscritos en el registro correspondiente y en ellos parece sustituirse el desplazamiento posesorio por la exigencia de inscripción. Se distingue entre varias categorías en cuanto a su objeto, como puede ser la prenda agrícola, como puede ser la prenda industrial o como puede ser también la llamada prenda mercantil o la prenda incluso de objetos histórico-artísticos. Tanto la hipoteca mobiliaria como la prenda sin desplazamiento, reguladas, como decimos, por la ley de 16 de diciembre de 1954, se caracterizan porque los bienes grabados deben ser susceptibles de enajenación, porque no pueden constituirse sobre bienes ya hipotecados o pignorados o embargados o cuyo precio no se hallara íntegramente satisfecho, salvo, por supuesto, el caso de que se constituirán en garantía del precio.

Se constituirán ambas siempre en escritura pública, han de inscribirse en el registro en libros especiales previstos por la ley, el deudor no puede enajenar los bienes sin consentimiento del acreedor y el crédito garantizado es enajenable. Por último, tenemos la anticresis como forma típica de derecho real de garantía a la que alude el artículo 1881 del Código Civil y en la cual el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses si se debieren y después al pago del capital de su crédito, el inmueble es un inmueble del deudor. El origen está también en el derecho romano en el que al pignorar una cosa se podía convenir que los frutos fuesen percibidos en concepto de intereses.

Era llamado *pignus anticréticum* cuya peculiaridad era que los frutos se adjudicaban al pago de los intereses sin tener en cuenta ni la cuantía de los primeros ni el importe de los segundos. El Código la regula en los artículos 1881 a 1886 y hay que tener en cuenta que el derecho canónico condena estos pactos por considerar los usuarios lo mismo que hicieron las partidas y en España solo se admiten a partir de la ley de 1857 que abolió la tasa de interés. Y por último decir solamente en relación con el derecho de retención que para algunos es también un derecho real de garantía que consiste en una facultad que la ley otorga a un acreedor permitiéndole continuar la detentación de una cosa más allá del tiempo en que debió

entregarla a su deudor.

El Código lo establece, por ejemplo, en el caso del poseedor de buena fe hasta que le sean pagados los gastos necesarios hechos por él o en el caso del acreedor pignoraticio o del acreedor anticrético en el caso del depositario o el mandatario. Pero la mayoría de la doctrina considera que no se trata de un derecho subjetivo autónomo, que se trata simplemente de una facultad que se confiere al acreedor y que forma parte de la compleja relación jurídica en que se encuentra. Se trata simplemente de un poder rehusar la restitución, no genera la persecutoriedad propia de los derechos reales, su titular puede retener la cosa pero nada más, no puede recuperarla si ha pasado a manos de un tercero, no es eficaz frente a los demás acreedores si embargan la cosa o se produce una quiebra del deudor y no concede la disposición de la cosa.