

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

Año III

Agosto de 1927

Núm. 32

LA PRENDA DE CRÉDITOS

INDICE

INTRODUCCIÓN.

I.—REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE PRENDA.

II.—NATURALEZA DE LA PRENDA DE CRÉDITOS.

- a) Doctrina española sobre la prenda.
 - 1.—Opiniones de Morató, Gutiérrez, Burón, Cas-tán, Manresa, De Buen, Planas y Casals, De Diego, Sánchez Román, Valverde, Covián, Se-trano, etc.
 - 2.—Jurisprudencia del Tribunal Supremo.
- b) Teorías sobre la prenda de derechos.
 - 1.—Teorías que afirman la unidad jurídica de la prenda.
 - 2.—Teorías que distinguen la prenda de cosas de la prenda de derechos.
 - 3.—Teorías que reconocen solamente cierta unidad jurídica en el concepto de prenda a causa de las anomalías observadas en la prenda de derechos.
- c) Carácter de la prenda de créditos.
 - 1.—Relación del problema con el concepto del de-recho real.
 - 2.—Indicaciones sobre la discusión del concepto del derecho real entre los autores extranjeros.

3.—El concepto del derecho real en la doctrina española :

- a') Opiniones de Gutiérrez, Morató, Falcón, Burón, Sánchez Román, Valverde, Planas y Casals, De Buen, Serrano y De Diego.
- b') Ensayo de síntesis de las anteriores opiniones desde el punto de vista del objeto.

4.—Naturaleza de la prenda de créditos.

- a') Imposibilidad de dar una solución absoluta al problema en el estado actual de la ciencia del Derecho civil.
- b') Posiciones que pueden adoptarse frente al mismo con arreglo a la doctrina española.

INTRODUCCION

La pignoración de créditos con arreglo a las disposiciones de nuestro Código civil, no está exenta de dificultades. Dedica dicho Cuerpo legal dos capítulos a regular el contrato de prenda en el título XV del libro IV. En el primero, se ocupa de las disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca, y en el segundo, del contrato de prenda, comprendiendo, en total, desde el artículo 1.857 al 1.873, y en ninguno de ellos se hace alusión expresa a la prenda de créditos..

Reconociendo el Código validez a dicha figura jurídica, como indudablemente se desprende de otros de sus preceptos, como la regla 1.^a del artículo 1.926, parece inexplicable esta omisión, máxime, cuando el Código civil francés, en el que tanto se inspiraron los redactores del nuestro, contiene preceptos, como el artículo 2.075, que prescribe que el privilegio que confiere al acreedor el contrato de prenda no puede constituirse sobre muebles incorporales, como créditos mobiliarios, sino por acto público o documento privado, debidamente registrado y significado al deudor del crédito dado en prenda.

Los Códigos civiles más adelantados, como el alemán y el suizo, conceden a esta institución la importancia que merece, ocupándose de ella el primero en el título II del libro III (Derecho de prenda constituido sobre derechos), que comprende desde el artículo 1.273 al 1.296, y el segundo, en el capítulo II del título XXIII del libro IV (De la prenda sobre los créditos y otros derechos), que comprende desde el artículo 899 al 906.

Las consideraciones expuestas nos han decidido a redactar este modesto trabajo, en cuyo desarrollo hemos seguido el plan que puede verse en el índice que precede a esta breve introducción (1).

I.—REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE PREnda.

El artículo 1.857 del Código civil señala como requisitos esenciales del contrato de prenda: 1), que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal; 2), que la cosa pignorada pertenezca en propiedad al que la empeña; 3), que las personas que constituyan la prenda, tengan la libre disposición de sus bienes, o en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizados al efecto.

El artículo 1.864 preceptúa que pueden darse en prenda *todas* las cosas *muebles* que están en el comercio, *con tal que sean susceptibles de posesión*, siendo requisito esencial del contrato que se ponga en *posesión* de la prenda al acreedor, o a un tercero, designado de común acuerdo (artículo 1.863), y que vencida la obligación principal puedan ser enajenadas las cosas en que consista la prenda para pagar al acreedor (artículo 1.858).

Los tres artículos últimamente citados plantean, en relación a la prenda de créditos, cuya existencia, como hemos indicado en la introducción, reconoce la regla primera del artículo 1.926 del Código civil, las cuestiones siguientes: *a)*, naturaleza de la prenda de créditos; *b)*, carácter mobiliario de los mismos; *c)*, su posesión; *d)*, procedimiento para hacer efectivo el crédito garantizado con prenda, una vez vencida la obligación principal.

(1) V. el encabezamiento de este y los sucesivos artículos.

II.—NATURALEZA DE LA PREnda DE CRÉDITOS.

a) *Doctrina española sobre la prenda.*

1.—Los tratadistas españoles de Derecho civil, con señaladísimas excepciones (1), catalogan la prenda entre los derechos reales; con anterioridad a la publicación del Código civil, Moratió (2), basándose en la ley 41, título XIII, Partida V, había dicho, que «la hipoteca o prenda es un derecho real constituido sobre una cosa ajena en garantía de un crédito, en cuya virtud el acreedor puede instar la venta de la cosa hipotecada o empeñada, si no se le paga la deuda», y fundándose en la ley 1.^a, título XIII, Partida V, opinaba que «la prenda o empeño es un contrato real, en cuya virtud, entregando un deudor a su acreedor una cosa en garantía de la deuda, queda éste obligado a devolver a aquél la cosa empeñada en cuanto se haya pagado la deuda» (3), y Gutiérrez (4) sostenía que «el derecho de prenda e hipoteca, haciendo abstracción de las cosas sobre que recae, no es mas que uno: lo constituye el derecho real que un acreedor tiene sobre cosa ajena para seguridad de su crédito y con facultad de enajenarla, caso necesario, para hacerse pago de él».

Con posterioridad a la publicación del Código civil, Burón (5) definía la prenda como «un derecho real constituido para la garantía de un crédito sobre una cosa mueble ajena, entregada al acreedor, o a un tercero, en cuya virtud puede el acreedor retenerla en esta misma y pedir su venta para satisfacer con su importe la obligación principal», justificando el carácter real de la prenda, «porque recae sobre una cosa determinada, es independiente de obligación de persona, en cuanto no puede existir sin

(1) Vid. entre ellas Falcón, Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral, II, 20, que sólo considera derechos reales «por el orden de su generación e importancia: el dominio, la propiedad, la posesión, usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca, censo, retracto, tanto, arrendamiento, superficie y derecho hereditario»; como contrato, define la prenda, diciendo que «es un contrato intermedio accesorio, por el cual el deudor entrega al acreedor una cosa mueble en seguridad de la deuda.» (Ob. cit., IV, 373.)

(2) *Derecho civil español...*, I, 421.

(3) Ob. cit., II, 363.

(4) *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, IV, 676.

(5) *Derecho civil español, según los principios, los Códigos y Leyes precedentes y la reforma del Código civil*, II, 489.

la entrega de la cosa, y produce una acción que puede ejercitarse contra tercero»; Castán (1) entiende que «puede ser considerada la prenda como *derecho real*, ya constituido o como *contrato*, por virtud del cual se constituye aquél», afirmando que, «ciertamente, el primer aspecto es el más importante, pues la forma contractual, aunque sea la ordinaria, no es esencial o única, para la creación de esta relación jurídica», y aunque «nuestro Código, a pesar de ello, trata de la prenda en el libro dedicado a los contratos» (2).

Manresa (3), comentando los artículos que regulan en nuestro Código civil el contrato de prenda, dice que es real, «porque sus efectos tienen por base la entrega material de la cosa, objeto de la garantía, bien al acreedor, bien a alguna persona o establecimiento en cuyo poder se deposite la misma para seguridad de las personas en cuyo favor se constituye».

De Buen (4) sostiene que «por lo que respecta a la *hipoteca* y a la *prenda*, llamadas por algunos derechos reales de crédito, puede afirmarse, sin duda, que son derechos de carácter real», porque autorizan una cierta situación de hecho sobre una cosa, a favor de su titular, y se afirman frente a todos, aunque se afirmen especialmente frente a una determinada persona» (deudor hipotecante y deudor pignorante, respectivamente). Planas y Casals (5) afirma que hay un grupo de los derechos reales, «constituido por los servicios de garantía que la propiedad puede prestar, dentro de los cuales se comprende especialmente la prenda y la hipoteca», y Clemente de Diego (6) entiende que la prenda es un derecho real, formal y accesorio, lo primero, «porque presta solamente servicio de garantía», y lo segundo, «porque no existe sino por otro derecho al que asegura.» Sánchez Román (7), después de

(1) *Derecho civil español, común y foral*, II, 682.

(2) En cuanto a definiciones de la prenda, se limita Castán (ob. y tom. cit., p. 683), en su acepción de *derecho real*, a transcribir la dada por Sánchez Román y aceptada por Valverde, de que luego nos ocuparemos, y en su acepción de *contrato* a traducir la de Planiol.

(3) Comentarios al *Código civil español*, XII, 402.

(4) *Derecho civil español común*, p. 136.

(5) *Derecho civil español, común y foral*, I, 596.

(6) *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, III, 68

(7) *Estudios de Derecho civil español, común y foral*, III, 760.

considerar, aludiendo a la prenda, como una forma de manifestarse la garantía real, aquella en que «la cosa ofrecida en garantía sale de la posesión material del dueño y pasa a manos de un tercero o del acreedor, pudiendo éste instar la venta de los valores entregados, si la obligación no se lleva a debido cumplimiento»; afirma (1) que «poco importa que la cosa sea *corporal* o *incorporal*», porque «la naturaleza de la garantía real, de igual forma se revela en las cosas *incorporales* que en las *corporales*, y define la prenda, más adelante (2), como «un derecho real constituido para garantía de una obligación, en una cosa ajena, que entra en la posesión del acreedor o de un tercero, y por virtud del cual, el acreedor puede promover a su tiempo la venta de la cosa empeñada, para satisfacer con su importe las responsabilidades pecuniarias que nazcan de la obligación garantida»; definición que, como la mayor parte de las teorías y opiniones de ese maestro, acepta Valverde (3).

2.—El Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de Junio de 1912, ha tenido ocasión de declarar «que el contrato de prenda que conserva el carácter real que le asignó el Derecho romano, exige para su consumación, lo mismo con arreglo a éste (ley 238, párrafo segundo, título XVI, libro I del Digesto) que al Código civil (artículos 1.863 y 1.922), que la cosa pignorada se entregue al acreedor como garantía de la obligación principal, sin lo que la pignoración no existe», y que «el fallo que niega la condición de contrato de prenda» a la cláusula de un contrato sobre forma de saldar una deuda, aplica rectamente la doctrina del Derecho romano, porque no se había probado la entrega de la supuesta prenda al acreedor «que tampoco podía realizar el deudor cuando se constituyó el contrato porque no la tenía en su poder ni podía

(1) Ob. cit., p. 761, *in fine*.

(2) Ob. y tomo cit., p. 700.

(3) *Tratado de Derecho civil español*, II, 531 (sexta ed.). También consideran la prenda como derecho real Cobián y Serrano en los artículos «Prenda» y «Derecho real» que, respectivamente, han publicado en la *Encyclopédia jurídica española*. Martínez Alcuñilla (Diccionario, IV, 481, sexta ed.), entiende que el contrato de prenda es de naturaleza real, porque no produce las relaciones jurídicas anexas al mismo, «mientras no media la material entrega o tradición de la cosa que tiene por objeto, como reconoce expresamente el artículo 1.863 del Código civil».

tenerla, en razón a que estaba aún sin determinar si sería en acciones o en obligaciones de una Compañía industrial», y porque «en la hipótesis de que se hubiera realizado la entrega», la fórmula empleada en la escritura, «lejos de envolver el propósito de garantizar con ella el cumplimiento de una obligación principal, más bien parece extinguir ésta la cesión de un crédito representado por aquellas acciones u obligaciones, en la que el deudor transfiere, no sólo la prenda, que es lo que transmite el contrato de prenda, sino el pleno dominio desde la fecha en que se otorgaba el documento»; distinguiéndose la prenda de la hipoteca, aunque ambas «coinciden en una mayor seguridad», en que «la primera requiere la tradición de la cosa, mientras la segunda se constituye sin ella». (Sentencia de 3 de Junio de 1916.)

b) *Teorías sobre la prenda de derechos.*

No obstante lo expuesto, cuando la prenda recae sobre un derecho, resulta difícil determinar cuál es su verdadero carácter. La doctrina extranjera que ha estudiado ampliamente la cuestión, sistematiza tres grupos de teorías principales: 1) Teorías que afirman la unidad jurídica de la prenda; 2) Teorías que distinguen la prenda de cosas de la prenda de derechos; 3) Teorías que solamente reconocen cierta unidad jurídica en el concepto de prenda, a causa de las anomalías observadas en la pignoración de derechos (1).

El primero y segundo grupos de tales teorías representan las tendencias *radicales*; el último, las *eclécticas*.

1.—Entre las teorías que afirman la unidad jurídica de la prenda, debemos citar, en primer término, la que, sin distinguir cuál sea el objeto de la misma, la incluye siempre entre los derechos reales.

Para llegar a esa conclusión, sería preciso modificar profundamente la noción del derecho real, no limitándose a significar la facultad directa o inmediata sobre una cosa corporal.

(1) Una amplia exposición y crítica de tales teorías, puede verse en Chironi, *Trattato dei privilegi delle ipoteche e del pegno*, vol. I, ps. 78 y siguientes; el desarrollo esquemático de las mismas puede consultarse en «*Il digesto italiano*», vol. XVIII, p. 1.237, artículo: «Pegno civile».

En la institución de la prenda, según las fuentes romanas (1), la teoría aduce razonamientos especiales en apoyo de su criterio; así, en la prenda del usufructo, atribuye al acreedor pignoraticio la acción hipotecaria útil, así como también, en la prenda de los derechos de enfiteusis y superficie, en la prenda de un crédito y en la contraprenda (2).

Prescindiendo de las figuras de la prenda de usufructo, de servidumbre real, de enfiteusis y de superficie, porque, como afirma Chironi (3), la entidad de la relación y las investigaciones puramente históricas, determinan qué cosa se entrega en poder del sujeto; en las demás figuras, la teoría no es correcta y acusa el defecto de no hacer un trabajo completo en la exégesis de las fuentes (4).

(1) Vid. L. 19 D. de d. inf. (XXXIX, 2) L. 30 D. de nox. act. (IX, 4), L. 18 D. de pign. act. (XIII, 7); L. 11, §§ 2.^º y 3.^º, L. 12, L. 13, § 2 D. de ping. (XX, 1); L. 16 D. de servit. (VIII, 1); L. 26, § 6, 27, § 7 D. de nox act. (IX, 4); L. 40, § 2, D. pig. act. (XIII, 7); L. 11, § 2.^º, L. 13, § 2.^º 15, 20, D. de pign. (XX, 1); L. 15, §§ 8, 9, D. de re jud. (XLII, 1); L. 7 C. de her. v. act. vend. (IV, 39); L. 2 C. quae res pign. (VIII, 17); L. 1 C. si pign. (VIII, 24); L. 4 C. de pign. (VIII, 17), citados por Chironi en su ob. ind., p. 78.

(2) La contraprenda era un derecho de prenda sobre la prenda misma que distingúan los romanos con las denominaciones de *subpignus* o *pignus pignoris*. La construcción jurídica de esta institución es objeto de muchas discusiones. Sohm (*Subpignus*, p. 52 y siguientes) sostiene que el acreedor pignoraticio no daba en prenda la cosa misma, sino su derecho. El *pignus pignori* facultaba a ejercitar el derecho de prenda empeñada en el lugar del acreedor pignoraticio, al cual dicho derecho de prenda pertenecía y en las condiciones en que este último podía reclamar la cosa empeñada y venderla.

(3) Ob. cit., pág. 80.

(4) Con referencia a las cosas que en el derecho romano podían darse en prenda, dice Cobán (*Enciclopedia jurídica española*, XXV, 277) que hasta un período muy adelantado de su legislación, sólo las corporales podían ser objeto de la misma; «después se hizo extensivo a cualquier derecho susceptible de ser enajenado; el *pignus pignori*, la enfiteusis, la superficie, el derecho de usufructo o de habitación, se encontraban en ese caso, a los que adicionó Justiniano una servidumbre rústica.»

«Los prejuicios que tenemos adquiridos en los estudios de actualidad, a veces impiden comprender con claridad esta solución, y se requiera para ello algún ejemplo: la prenda sobre un crédito supone el derecho del acreedor pignoraticio de exigir el crédito del deudor; si el crédito consiste en dinero, la suma recibida se descuenta de la deuda garantida con prenda; si el crédito tiene por

En la contraprenda, el acreedor subpignoraticio, ejerce la acción que le corresponde, no como derivante de la relación real constituida a favor suyo, sino de la prenda. Otro tanto sucede en el caso de la prenda de crédito garantida por una fianza real, puesto que en la prenda de un crédito, la acción es la personal derivada de la relación de obligación.

Limitado el concepto de *propiedad* a las cosas corporales u otras semejantes (1), la noción del derecho real no puede extenderse fuera de este término, y entonces mal se entiende cómo se puede constituir un derecho real sobre el *derecho* que nace de una *obligación*. El contenido del dominio repugna a ello. La relación entre el acreedor y el deudor y entre el acreedor y los ter-

objeto una cosa, la prenda sobre el crédito se cambia en prenda sobre la cosa, de la cual, el acreedor debe dar la propiedad al constituyente de aquélla; el acreedor pignoraticio, caso de ofrecérsele dificultad para exigir el crédito, podrá enajenarlo; en la prenda sobre el usufructo, no siendo éste alienable por su naturaleza, se entiende que es sobre el derecho de ejercitarlo, que es alienable y puede ser acordado, tanto por el propietario de la cosa como por el usufructuario. El acreedor adquirirá la facultad de ejercitarlo, que corresponde al *ius possidendi* y de enajenarlo, vencido el crédito, a su vez, a terceros. Lo mismo puede decirse del derecho de habitación.»

«La prenda sobre la servidumbre rústica no se comprende ni se explica con facilidad; se presenta como susceptible de constitución sólo por el propietario del predio sirviente y se hace consistir en la facultad de ejercitar la servidumbre, y al vencimiento del crédito, poder ceder a otros el derecho de ejercitarla. Claro que los cesionarios habían de tener un fundo colindante al que aprovechara la servidumbre de que se trata.»

«Consecuencia de la anterior doctrina, fué que la prenda pudiera constituirse también sobre un patrimonio, aunque venía a convertirse en tantos derechos de prenda como cosas componían aquélla: en fin, la prenda sobre una universalidad de cosas tan posible en Roma. No se pierda de vista, sigue diciendo Cobián, que la confusión entre los derechos de prenda e hipoteca daba lugar a muchas de estas anomalías, y de ahí que no fueran aceptadas por el derecho moderno.»

(1) Dice Rigaud en su tesis *Le droit réel* (p. 396) que la palabra propiedad empleada con relación a los créditos, no puede ser sino una imagen o una expresión defectuosa para expresar el titular acreedor; por ello, sigue diciendo, los romanos empleaban las expresiones imaginarias de *dominium usufructus* e incluso *dominium proprietates*, para expresar, no un derecho de propiedad sobre un derecho de usufructo o un derecho de propiedad sobre la propiedad, sino la cualidad de usufructuario o de propietario, concebida como un derecho subjetivo.

ceros que hubieren impedido la obligación, son totalmente diferentes de la relación existente entre la persona y la cosa sujeta a su dominio.

La teoría que estamos exponiendo parece más aceptable interpretando la relación real derivada de la prenda de créditos, en el sentido de considerar como objeto de ésta, no el crédito en sí —como cosa incorpórea—, sino la cosa debida; en efecto, el derecho del acreedor pignoraticio a tener en el caso de prestación monetaria la cantidad de moneda necesaria para satisfacer su crédito, se explica porque la naturaleza de la moneda y la finalidad de la enajenación en la institución de la prenda, hacen que en este caso sea inútil el recurso de ejecución.

Si el objeto del crédito dado en garantía fuese otro, el acreedor pignoraticio tendría una prenda sobre la cosa (1).

Pero esta construcción contradice la naturaleza del derecho de crédito. Si la prenda se refiere a la cosa objeto del derecho de crédito hay necesidad de reconocer al acreedor, en virtud de la obligación, el derecho sobre la cosa debida y no a la cosa, o sea el hecho del deudor.

Ahora bien, si el derecho a la prestación (crédito) es objeto de prenda y el deudor de la cosa hiciese la entrega válidamente al deudor pignorante, el acreedor pignoraticio, tendría el derecho a reclamarla por tenerla a título de prenda (2), pero la acción no

(1) Vid. L. 16, § 2; 40, § 2.^º D. de pign. act. (XIII, 7); L. 13, §§ 2, 3, 31 D. de pign. (XX, 1); L. 15 D. qui pot. in pign. (XX, 4); L. 12 C. si pign. (VIII, 24).

(2) Vid. L. 13, § 2.^º D. de pign., lib. XX, tít. I, que dice así: «*Quum pignori rein pignoratam accipi posse placuerit, quatenus ultraque pecunia debetur, pignus secundo creditoris tenetur, et tam exceptio quam actio utiles ei donda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque pesimitur. Sed potest dubitari nunquid creditori numerorum solatorum nomine utilis actio dauda sit, au non; quid enim, si res soluta fuerit? Et veruni est, quod. Pomponius libro septimo ad Edictum scribit si quidem pecuniam debetis, cuius nomen pignori datum est exacta la creditori secum pensaturum si vero corpus is debuerit, et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorum;*» frag. de Marciano que traduce García del Corral (Cuerpo del Derecho civil romano II, 10), diciendo: «Habiéndose determinado que puede recibirse en prenda una cosa pignorada mientras se debe una y otra deuda, queda obligada la prenda al segundo acreedor, y se le ha de dar así, excepción como acción útil. Pero si el dueño hubiese pagado la cantidad, se extinguiría también la deuda. Pero

se puede fundar en la garantía real, sino en la obligación aprobada por el deudor de dar en prenda.

Otras teorías, fundándose en que la garantía se resuelve en el derecho a obtener con la enajenación el valor de la cosa gravada, pretenden demostrar que es idéntico el contenido de la institución, cualquiera que sea la naturaleza de la cosa dada en prenda.

Para llegar a esta conclusión proponen que la *obligatio rei* sea una verdadera obligación, pero, como sostiene Chironi (1), «en la consideración de la diferencia que existe entre esta relación y la garantía real, se ha demostrado el error de la proposición.»

Otros autores tratan de justificar la unidad jurídica del concepto de prenda, basándose en una división especial de los derechos y atribuyendo un carácter a la garantía real en que se comprende las cualidades de los derechos que, según el espíritu de la clasificación, serían antagónicas entre sí.

El fundamento de esta teoría radica en el *valor* de la cosa, y la división especial de los derechos que toma por base se refiere, no a la entidad, sino a la forma *externa* de las relaciones jurídicas.

La unidad jurídica de la prenda, existió sólo en apariencia con arreglo a esa teoría, porque el idéntico alcance que se le atribuye a la garantía, no puede impedir que las relaciones en que está contenida sean jurídicamente distintas, porque en un caso la prenda toma la figura de derecho real, y en otro, de derecho de obligación.

2.—Las teorías que separan la prenda de cosas de la prenda de derechos, se fundan principalmente en que se opone a la unidad de la institución la división tradicional de los derechos patrimoniales, y afirman que la prenda sólo tendrá el carácter de derecho *real* cuando su objeto sea una cosa corporal, o asimilada

puede dudarse, si al acreedor se daría o no, acción útil por razón del dinero pagado, porque ¿qué se dirá si la cosa hubiese quedado libre? Y si es verdad lo que escribe Pomponio al libro séptimo de sus comentarios al Edicto, que si verdaderamente debe dinero éste cuya deuda fué dada en prenda, cobrado aquél deberá el acreedor hacer compensación consigo mismo; pero si aquél hubiese debido una cosa corporal, y la hubiese entregado, habrá de quedar en calidad de prenda en poder del segundo acreedor.».

(1) Ob. cit., p. 81.

a ésta por la ley, que reúna los caracteres de tener figura propia y distinta.

La prenda de créditos queda excluída, con arreglo a estas teorías de los derechos reales, atribuyéndole tan sólo el carácter de cesión condicional hecha con fines de garantía, sosteniendo que es inexacta la terminología empleada en la frase «*prenda de crédito*», para calificar el negocio, porque la cesión es el contenido directo de la relación, por lo que dice Chironi (1) «que el concepto de garantía, el destino especial de parte del patrimonio a satisfacer una obligación, también sucede en este caso; y porque el destino se efectúa con la cesión, mientras en la prenda propiamente dicha, la relación de seguridad real constituida entre la persona y la cosa toma una figura determinada, aquí la relación es calificativa de la cesión: el concepto de garantía modifica a su vez el contenido de la cesión, aun cuando ésta es siempre la base jurídica de la relación.»

3.—Las teorías que reconocen solamente cierta unidad jurídica en el concepto de prenda a causa de las anomalías observadas en la prenda de derechos, admiten la distinción de la *prenda sobre una cosa* de la de *prenda sobre un derecho*, pero afirman que hay muchas analogías entre ellas.

Con la distinción expresada, la cuestión no queda jurídicamente resuelta, dice Chironi (2), porque, o el término *analogía* se adopta de un modo vago y no apoya la construcción de la institución, lo cual equivale a decir que la finalidad económica es idéntica, cualquiera que sea la naturaleza de la cosa pignorada, lo que es cierto al confrontar la garantía real con la personal, no obstante la entidad propia de cada una; o el término *analogía* se adopta para significar la correspondencia entre el elemento principal y el conjunto de las dos construcciones relativas a la prenda sobre cosas y la prenda de un derecho, y la afirmación debería justificarse con la demostración de cómo en los dos casos, la relación se desarrolla análogamente, lo cual es imposible, porque la diversidad que les separa es demasiado grande, ya que el contenido

(1) Ob. cit., p. 83.

(2) Ob. cit., p. 83.

de la relación, se expresa con figura distinta, según la naturaleza especial del objeto (1).

c) *Carácter de la prenda de créditos.*

La sumaria exposición que hemos hecho, siguiendo principalmente a Chironi, de las principales teorías ideadas por la doctrina, para explicar el carácter de la prenda de derechos, sirve de antecedente necesario para indicar cuál sea el de la prenda de créditos, ya que ésta no es más que una de tantas modalidades—acaso la más corriente—de la prenda de derechos.

1.—Se relaciona esta cuestión con uno de los puntos más interesantes y debatidos del Derecho civil: con el concepto del derecho real; puesto que la prenda de créditos podrá catalogarse o no entre los derechos reales, según el concepto que se tenga de los mismos, como procuraremos demostrar más adelante.

2.—Feltman (2), en su *Tractatus de iure in re et ad rem*, tesis sostenida en Orléans en el año 1666, presentaba la cuestión como muy debatida en aquella época, citando numerosas opiniones contradictorias de antiguos escritores, afirmando, con razón, que «in definiendo utroque iure mire variant nostræ disciplinæ autores (3); desde entonces hasta la actualidad, las opiniones se han ido sucediendo con los autores, sosteniéndose sobre el concepto del derecho real las más contradictorias teorías.

Las pretensiones modestas del presente trabajo, nos excusan hacer la exposición y crítica de las mismas, remitiéndonos en este punto a la notabilísima tesis de Rigaud, *Le droit réel*, documento precioso para el estudio de tan difícil problema.

(1) V. además de las obras ya citadas, *Windscheid, Diritto delle pandette*, trad. it., con notas de Fadda, Bensa, Bonfante y Maroi, I, § 224; Arndts-Serafini, *Trattato delle pandette*, 364; Bachovio, *De Pignoribus et hypothecis*, p. 2, cap. IX; Bremer, *Das Pfandrecht und die Pfandobjekte*; Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 69; Claps, *Studi sulla natura iuridica del pegno dei crediti* (Arch. giur., 1896, p. 454 y siguientes); Cogliolo, *Il pignus nominis nell diritto italiano* (Scritti vari, p. 310 y siguientes); Dernburg, *Das Pfandrecht nach dem Grundsätzen des heutigen romischen Rechts*, 12; Horn, *Rechte als Objekte des Pfandrechts*; Polaco, *Obligazioni*, p. 56; Ruggiero, *Istituzioni di Diritto civile*, I, 676, nota; Shom, *Die Lehre von Subpignus*; Wangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, 368.

(2) V. Rigaud, tesis cit., p. 109.

(3) Ob. cit., p. 48, § 19.

Pero no queremos dejar de indicar, aunque sea esquemáticamente, la teoría de este autor sobre el derecho real.

Distingue Rigaud (1) el aspecto externo del aspecto interno del derecho real, cuya distinción afirma que parece haber sido iniciada por Bekker y seguida por Fadda, Bensa, Dante Majorana y Petrazycki.

El aspecto externo del derecho real regula las relaciones del titular con los terceros, es decir, las obligaciones impuestas a esos terceros, cuya finalidad es hacer respetar la mayor parte de las veces, por vía de abstención o de pasividad y otras por vía de acción, la situación del titular en su relación con la cosa (acciones, reivindicatoria, confesoria, negatoria, medidas de policía, etcétera).

El aspecto interno del derecho real se refiere a la relación del titular con la cosa para disfrutarla y usarla en mayor o menor grado.

Podría objetarse que eso no tiene carácter jurídico, sino económico, porque la relación jurídica sólo se mantiene entre personas; y la cosa, en sí misma considerada, nada debe ni puede deber, ni nada se le puede exigir, pero el derecho no permite al propietario, incluso en el interior de su dominio, hacer todo lo que le plazca, ignorar que tiene vecinos y que existen también otros hombres que viven con él en sociedad.

Junto a la noción de utilidad económica de la cosa, es preciso colocar la de utilidad jurídica, y ésta, lejos de cubrir a aquélla, es siempre más restringida y tiende cada día a restringirse más en interés de la colectividad (2); habiendo demostrado Hauriou que el contenido del derecho de propiedad es jurídico «porque consiste en la facultad de crear indefinidamente situaciones o estados de cosas que son jurídicamente oponibles a la policía general de la administración (3). Una buena definición del derecho real deberá comprender ambos aspectos. «A la noción clásica se le puede reprochar no haber puesto suficientemente de relieve al lado externo, aunque ese aspecto del derecho real no haya pasado completamente desapercibido a algunos de sus más ilustres re-

(1) Ob. cit., p. 307.

(2) Ob. cit., p. 325.

(3) V. p. 325 *in fine* a 332.

presentantes, como Aubry et Rau. A las doctrinas recientes, que han recibido en Francia la adhesión de Planiol y de Demogue, se les puede reprochar no haber puesto de relieve sino el lado externo, y dando así al derecho real un contenido negativo o prohibitivo, de naturaleza obligatoria, han dado lugar a la caricatura de que hablaba Gierke, o a su inversión de concepto de que habla, no menos justamente, Dante Majorana» (1).

El aspecto interno del derecho real, dice Rigaud, consiste en la atribución a un sujeto de derecho de la utilidad jurídica general o fragmentaria, de una cosa objeto de esa atribución (2); y si, como sintetiza De Diego (3), se agrega «frente a todos», para incluir el aspecto externo del derecho real, resultará menos incompleta la definición.

3.—Entre los civilistas españoles, tampoco existe una completa unanimidad sobre el concepto del derecho real.

a') Gutiérrez (4) sostenía que, en los derechos reales, podía decirse «que no hay elemento alguno intermedio entre nuestra capacidad y el objeto, fuera del deber en que todos están de abstenerse de toda perturbación, no hay individuo directa o personalmente obligado, del cual y de nadie más, uno deba pedir y pueda esperar que le entregue alguna cosa, que le preste algún derecho, algún servicio», opinión de la que parecía participar Moraío (5), ya que definía el derecho real, como «una facultad que compete a una persona sobre una cosa sin relación a otra persona», y reputaba caracteres esenciales del mismo, recaer sobre una cosa específica y determinada; que fuera independiente de la obligación y que produjese una acción real contra los terceros poseedores (6).

Entre los tratadistas posteriores a la publicación del Código civil, Falcón (7) opinaba que la naturaleza del derecho real consistía «en el ejercicio directo de las facultades de la persona sobre los mismos bienes específicos, sin mediación de ninguna otra per-

(1) Ob. cit., p. 308.

(2) Ob. cit., p. 342.

(3) Ob. cit., III, 31 *in fine*.

(4) Ob. cit., II, 39.

(5) *Derecho civil español con las correspondencias del romano*, II, 283.

(6) Ob. cit., II, 283.

(7) Ob. cit., II, 20.

sona»; señalando como caracteres del derecho real «recaer sobre bienes específicos, nacer directamente del dominio y estar asistidos de acción independiente de la persona del poseedor» (1).

Burón acepta como buena la definición expuesta de Morató, atribuyendo a la cosa objeto del derecho real el carácter de específica o determinada (2).

Sánchez Román (3) definió el derecho real como «la facultad correspondiente a una persona sobre una cosa específica, y sin sujeto pasivo individualmente determinado, contra quien aquélla pueda personalmente dirigirse», y el derecho personal o de obligación como «la facultad correspondiente a una persona para exigir de otra, como sujeto pasivo, individualmente determinado, el cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer.»

Valverde (4) sostiene que «no cabe separar a los derechos reales y personales formando relaciones jurídicas esencialmente diferentes, determinando con exactitud el alcance y los contornos, la extensión y el contenido de cada uno de esos grupos, pues bien claro está que las diferencias que la doctrina jurídica apunta para distinguirlas, no son fundamentales, sino más bien que se dan en la generalidad de las relaciones jurídicas, pero no en todas», asegurando que cree «firmemente» que «no puede haberlas» y que «la técnica jurídica y la doctrina científica han formado dos edificios o han querido construirles, y en realidad no hay mas que uno», de cuyas consideraciones deduce que cuantas definiciones se exponen de los derechos reales no son del todo exactas, reputando la más aceptable la anteriormente transcrita de Sánchez Román, «salvando, claro es, las diferencias de criterio expuestas, porque es la más clara y la que da idea más completa del concepto reinante en las escuelas y en el foro, de ambos grupos de relaciones» (5).

Planas y Casals (6) entiende que se caracterizan los derechos reales «porque radican sobre una cosa corporal, cierta y determinada, y porque dan lugar a una de las que llamaban los romanos

(1) Ob. cit., II, 21.

(2) Ob. cit., II, 46.

(3) Ob. cit., III, 6.

(4) Ob. cit., sexta ed., II, 15.

(5) Ob. cit., III, 17.

(6) Ob. cit., I, 594.

acciones in rem, acciones reales, a favor del que, por virtud del derecho, está poseyendo la cosa, acción que puede ejercitarse contra cualquiera que intente perturbarle en el ejercicio de su derecho.

De Buen (1) es de opinión que puede ser definido el derecho real como «un derecho que permite a su titular obtener ciertas ventajas económicas de una cosa con entera independencia de los cambios de poseedor que la última puede sufrir»; Serrano (2) entiende que derecho real «es aquél en que el *sujeto pasivo* no es una persona determinada, y por esto, confiere al *sujeto activo* acción eficaz contra cualquier poseedor del *objeto*, que consiste, generalmente, en una cosa material especificada, o en una herencia, y, a veces, en un derecho», y Clemente de Diego (3) reputa como caracteres esenciales de los derechos reales: 1.º, tener un sujeto pasivo indeterminado; 2.º, tener por objeto una cosa determinada y específica; 3.º, no ser producto de la mera obligación, acuerdo, contrato o título, sino requerir, además, otra causa de existencia, que es el modo, y 4.º, dar lugar a una acción real, eficaz, contra cualquier poseedor de la cosa.»

b') Como antecedente para tratar de la naturaleza de la prenda de créditos, ensayaremos sintetizar las opiniones mantenidas por los autores anteriormente citados, desde el punto de vista de las cualidades o requisitos que atribuyen a la cosa objeto del derecho real, distinguiendo las siguientes tendencias:

- 1) Las que no atribuyen carácter especial a la cosa objeto del derecho real (Gutiérrez y de Buen);
- 2) Las que reputan que el derecho real ha de recaer sobre una cosa corporal (Planas y Casals);
- 3) Las que afirman que el derecho real recae sobre una cosa específica (Falcón y Sánchez Román);
- 4) Las que sostienen que la cosa objeto del derecho real ha de ser determinada y específica (Morató, Burón y de Diego);
- 5) Las que reputan que el derecho real recae generalmente sobre una cosa material especificada, pero admiten la posibilidad

(1) Ob. cit., p. 133.

(2) Artículo «Derecho real», pub. en la *Encyclopedie jurídica española*, XI, 290.

(3) Ob. cit., III, 36.

de que pueda ser objeto del mismo, una herencia o un derecho (Serrano);

6) Las que afirman que no existe una verdadera distinción entre derecho real y personal (Valverde).

4.—Expuestos los anteriores antecedentes, que reputamos necesarios para determinar la naturaleza de la prenda de créditos, pasamos a ocuparnos de este punto concreto.

a') La diversidad de teorías contradictorias que existen, tanto en la doctrina extranjera, como en la española, sobre el concepto del derecho real y el no haberse llegado todavía en la ciencia del derecho civil, a una conclusión definitiva sobre ese extremo, entendemos que impiden una afirmación absoluta sobre la naturaleza de la prenda de créditos, frente a la cual sólo podrán tomarse posiciones distintas derivadas del concepto que se tenga del derecho real y de los requisitos que se exijan al objeto del mismo.

b') Limitando el problema a la legislación española, y de acuerdo con las teorías que hemos procurado sintetizar, entendemos que sobre la naturaleza de la prenda de créditos podrían adoptarse las posiciones siguientes :

1) Se reputaría *derecho real* si se estimara que el objeto del mismo puede ser una cosa cualquiera, una cosa específica o una cosa determinada y específica, ya que todos esos requisitos, con los que generalmente se atribuyen a dicho derecho, como más adelante veremos, se dan en la prenda de créditos;

2) No se reputaría *derecho real* si se estimara que el objeto del mismo ha de ser, necesariamente, una cosa corporal, porque entendemos que los créditos son incorpórales por naturaleza y con independencia del título en que puedan estar representados;

3) Sería *indiferente* la cuestión si se entendiera que, en realidad, no hay verdadera distinción entre derecho real y personal (1)

MANUEL ROSENDE HONRUBIA.

Abogado

(Continuará.)

(1) No reputamos tampoco que sea una solución definitiva del problema la dogmática afirmación de Vieland (*Les droits réel dans le Code Civil suisse*, II, 310) de que la «prenda de derechos no es en verdad un derecho real, sino un *derecho absoluto* de contenido idéntico al de la prenda», puesto que el derecho absoluto, cuya característica es poder ejercitarse, *erga omnes*, no es más que uno de los requisitos del derecho real, que en este sentido es también absoluto. (Sobre el concepto del derecho absoluto, vid. Windscheid, Ob. cit., I, 117.)