

**DE ROMA A LA ACTUALIDAD,
SISTEMATIZACIÓN DOCTRINAL Y
NORMATIVA DE LAS GARANTÍAS REALES¹**

**- FROM ROME UNTIL TODAY: DOCTRINAL
SYSTEMATIZATION AND REGULATIONS ABOUT REAL
GUARANTEES-**

**Nileidys Torga Hernández, Sissy Sánchez Guevara y
Ana María Pereda Mirabal²**

Universidad de Pinar del Río

Resumen: Las garantías crediticias han sido concebidas desde Roma como medidas tendentes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones. En dependencia de su naturaleza se clasifican en personales o reales, siendo estas últimas las que ofrecen una seguridad más completa y acabada al derecho de crédito del acreedor. En la presente monografía las autoras realizan una sistematización de los postulados teóricos que informan las garantías reales, con referencia a la regulación normativa de dichas garantías en los ordenamientos jurídicos cubano y español. De esta forma se podrá constatar la trascendencia histórica que han tenido las garantías reales desde su configuración como institución jurídica en Roma, hasta su estructuración normativa en la actualidad.

Palabras clave: Garantías crediticias, garantías reales, prenda, hipoteca, retención.

Abstract: Loan guarantees are designed from Rome as measures to ensure fulfillment of obligations. Depending on their nature are classified as personal or real, the latter being those that offer complete security and finished the creditor's right to credit. In this paper the authors made a systematization of the theoretical collateral reporting,

¹ Recibido el 15 de octubre de 2013, aceptado el 6 de mayo de 2014.

² nileidys@fcsch.upr.edu.cu.

with reference to the legal regulation of these legal guarantees Cuban and Spanish. In this way you may determine the historical significance that have collateral from its configuration as a legal institution in Rome until his structuring rules today.

Key words: Credit guarantees, collateral, lien, retention.

1.- A modo de introducción

En la actualidad ya es pacíficamente aceptada la idea de que el Derecho de Obligaciones romano fue el que con mayor fidelidad reflejó la esencia de la vida y el Derecho de ese pueblo y contribuyó con mayor notoriedad a su supervivencia a través del tiempo. Es por eso que tantas veces se ha dicho y escuchado decir que “Si Grecia le dio al mundo la estatua, Roma le dio la obligación”.

El Derecho de Obligaciones en Roma, por razones históricas concretas, gozó de una extraordinaria superioridad en relación con los derechos semejantes de otros Estados esclavistas. Efectivamente, al decir de FERNÁNDEZ BULTÉ, “Roma muy pronto desbordó sus límites territoriales y alcanzó con su poderío no solo toda la península itálica, sino gran parte del mundo conocido entonces. La extensión del imperio romano permitió el avance y progreso constante de su ordenamiento jurídico, fundamentado cada vez con más exquisitez y perfección en la propiedad privada esclavista”³.

Como acertadamente dijera FERNÁNDEZ CAMUS, “las relaciones crediticias alcanzaron en el Derecho Romano un alto grado de desenvolvimiento mediante su historia. Por su parte, para el jurista moderno, la doctrina romana ofrece especial interés no solo desde el punto de vista histórico, sino también práctico.

Las ideas que tuvieron los romanos acerca de las obligaciones se elevaron, a partir del gran impulso económico que experimentó Roma al final de la República, a un plano tal de perfección, que los

³ Vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Siete Milenios de Estado y de Derecho*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2008, Tomo I, p. 502.

legisladores modernos más avanzados no han podido eludir sus huellas profundas. Puede afirmarse que este es el pensamiento romano más vivo en el mundo jurídico de nuestros días”⁴.

No obstante estas consideraciones, no se puede soslayar la propia evolución que ha tenido el Derecho de Obligaciones que desarrollamos en la actualidad; pues el Derecho en general, si busca efectividad, tiene que moverse con el progreso de la vida. Ni siquiera el Derecho Romano se ha podido mantener estático, todo lo contrario, sufrió transformaciones en correspondencia con el desarrollo económico y hasta espiritual de la sociedad romana primero y de la humanidad en general después.

De tal suerte, es muy atinado el criterio de OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, al considerar que “... el Derecho Romano no es el que nos rige, aun cuando es, sin dudas, la base de nuestro actual Derecho de Obligaciones y más concretamente el Derecho justinianeo el que desempeñó un papel preponderante al haber sido el que tuvieron en cuenta los romanistas de los siglos XVI, XVII y XVIII para conformar la teoría de las obligaciones que pasó a nuestros días a través del jurista francés POTHIER”⁵.

Buscando demostrar la lógica continuidad histórica a la que hemos aludido, adentrémonos en el estudio de las garantías crediticias, como punto neurálgico en sede de obligaciones, pero concentrando el estudio en las garantías de naturaleza real. Esta inclinación responde a que, aunque el Derecho Romano desarrolló con mayor cuidado y precisión las garantías de tipo personal debido al carácter austero y cumplidor del *pater familias* romano, así como al escaso desarrollo teórico de las garantías reales⁶; el Derecho Moderno, por el contrario,

⁴ FERNÁNDEZ CAMUS, Emilio, *cit pos* PÉREZ GALLARDO en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *et al.*, *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000, p. 16.

⁵ *Vid.* OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad y DELGADO VERGARA, Teresa, *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, p.7.

⁶ “El *pater familias* romano era el hombre que no acostumbraba a dejar incumplidas sus obligaciones, que cuidaba celosamente de su nombre y

ha preferido siempre estas últimas por considerar que ofrecen mayor seguridad al acreedor. Vale acotar que la primacía de las garantías reales no es absoluta, ya que en muchos casos resulta preferible una garantía personal a una real, de ahí la coexistencia de ambas figuras jurídicas en las legislaciones actuales.

Se impone entonces proceder a sistematizar los presupuestos teóricos de las garantías reales desde Roma a la actualidad, con referencia a la regulación de la institución en el ordenamiento jurídico cubano y español. El primero, por su carácter de Derecho patrio, el segundo por justo reconocimiento de que es de él, del que el Derecho cubano trae causa inmediata.

2.- Generalidades de las garantías de las obligaciones en Roma

Las garantías, como atinadamente consideran DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, “son medidas de refuerzo que se añaden a los derechos de crédito para asegurar su satisfacción, atribuyendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o unas nuevas facultades”⁷. Esto es, debido a que el deudor puede poner en peligro el cumplimiento de la obligación, ya sea al dejar perecer los bienes o provocando la salida, fraudulenta o no, de un determinado bien de su esfera patrimonial, o incluso pudiendo asumir nuevas deudas. En cualquier caso el

prestigio. De ahí que representara mayor garantía la colocación junto al deudor principal de deudores accesorios, ya que por si cualquier causa aquel no cumplía, resultaba difícil que tampoco cumplieran sus fiadores.

Quando las costumbres romanas van quebrantándose se advierte ya una tendencia hacia el desarrollo más perfecto de la garantía real y algunos juristas, como Pomponio, llegan a afirmar que en determinados casos puede ser preferible la garantía real. No obstante esto, podemos afirmar que aún en la última etapa del Derecho Romano la garantía personal mantuvo su condición preponderante”. *Vid.* DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, Ernesto, *Derecho Romano. Segundo Curso*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, s.f., La Habana, 1946, p. 39.

⁷ *Vid.* DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1998, Vol.II/1, p. 342.

resultado es el mismo: se pone en contingencia la solvencia económica del deudor para cumplirle a sus acreedores. Ante la insuficiencia del patrimonio para responder a todos ellos, sufrirían la aplicación de la ley del dividiendo, por lo que solo recibirían un tanto por ciento de sus créditos, quedando en no pocos casos insatisfechos sus intereses.

Es por eso que la ley le confiere acciones al acreedor contra la inacción del deudor, contra sus actos fraudulentos, entre otras, pero estas no siempre son de fácil ejecución, implican un recurso ante la autoridad judicial y no siempre alcanzan la finalidad que se pretende. Por ello actuará diligentemente el acreedor que asegure sus créditos a través de garantías. Tal como expresa JOSSEERAND “los medios preventivos son preferibles, aun imperfectos, a las sanciones más o menos tardías, aun cuando sean rigurosas, más vale prevenir que castigar (...)”⁸.

Coincidiendo con OJEDA RODRÍGUEZ, “las garantías, vienen a reforzar la posición jurídica del acreedor, constituyendo una ampliación del ámbito de poder jurídico de este, por lo cual constituyen un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad que se yuxtapone al derecho de crédito cuya satisfacción se pretende asegurar”⁹. De ahí el carácter accesorio que se les confiere a los derechos de garantía, dependiendo su existencia y subsistencia de un derecho principal. Al existir una relación de subordinación entre el derecho adicional de garantía y el derecho de crédito, el primero es un derecho accesorio y el segundo adquiere la entidad de derecho principal.¹⁰

⁸ JOSSEERAND, Louis, *cit. pos* OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano*, p. 151.

⁹ *Vid.* OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano*, p. 152.

¹⁰ También es característico de las garantías la legalidad, debido a que la aparición de estas requiere la concurrencia de determinados requisitos predeterminados en la ley. En tal sentido se diferencian las garantías legales de las convencionales, manifestándose las primeras cuando es la ley directamente la que impone una obligación de prestación de garantía, y las

Como el derecho de obligaciones, a diferencia de lo que ocurre con el derecho real, surge marcado por la idea de su extinción mediante el pago de la *obligatio*; no es de extrañarse que desde sus inicios se haga notar la intención o el propósito de garantizar el cumplimiento. El desarrollo y utilización de las diferentes formas de garantías ha estado determinado por el grado de progreso social y económico en estrecha relación con lo que en cada momento histórico se ha considerado como obligación. Roma, consecuente con el creciente desarrollo económico que alcanzó en su época, se preocupó por garantizar el cumplimiento de las relaciones crediticias, disponiendo de tres medios fundamentales para ello:

1. Constitución de una obligación accesoria a cargo del propio deudor

En este sentido los romanos conocieron las *arras*, que “era una cantidad de dinero o un objeto precioso que acostumbraba entregar una de las partes a la otra en el momento en que quedaba perfeccionado el contrato”¹¹.

En la época clásica las *arras* eran solamente una señal externa de perfección del contrato, debido al formalismo primitivo apegado a los romanos; sin embargo ya en el Bajo Imperio se emplearon con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la obligaciones¹².

La *cláusula penal* o *stipulatio poenae* entra dentro de este primer grupo también, y consistía al decir de FERNÁNDEZ BULTÉ “en una estipulación por la cual el deudor se comprometía a pagar al

segundas cuando su existencia resulta de un negocio concertado por el constituyente de la garantía y el acreedor beneficiado con ella.

¹¹ Vid. DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, *Derecho Romano. Segundo Curso*, p. 38.

¹² En tal sentido se estableció que si la parte que había dado las *arras* no cumplía, perdía lo entregado como respuesta sancionadora ante su incumplimiento, quedando las *arras* en manos de quien las había recibido, que las hacía suyas a título de indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, si el incumplidor era quien había recibido el *arras*, debía devolverlas duplicadas. (*Idem*, pp. 37-38)

acreedor, en caso de incumplimiento una cantidad determinada, en calidad de pena o indemnización. La cláusula penal, que aún subsiste en las legislaciones contemporáneas (tal es el caso de Cuba y España), ofrecía dos grandes ventajas. Por un lado permitía al deudor obtener la indemnización en caso de incumplimiento, sin tener que pasar por los engorros de la fijación de los daños y perjuicios, y además, mediante ella podía hacerse exigible una obligación natural y desprovista de acción”¹³.

2. Colocación junto al deudor de una o varias personas que se comprometían a pagar por él en caso de incumplimiento (garantías personales)

“Las garantías personales se basan en la confianza que una persona inspira a otra, son aquellas en que se confiere al acreedor un derecho de naturaleza personal, que no se dirige a un bien concreto y determinado, sino hacia la misma persona del deudor o hacia un tercero”¹⁴. Estas formas consistían en colocar, junto a la persona del deudor, una o varias personas que se comprometían a pagar en caso de incumplimiento de aquel. “Dentro de este grupo el Derecho Romano reguló la solidaridad, el *mandatum credendae pecuniae*, el *constitutum debiti alieni* y la *adspromissio* en sus tres formas: *sponsio*, *fideipromisso* y *fideiussio*”¹⁵.

La solidaridad, conocida también por los romanos como correalidad pasiva, tenía el inconveniente de que en ella no podía distinguirse fácilmente y con claridad entre el deudor verdadero y los que, en puridad, eran solamente fiadores. A esta forma le siguió “la *adspromissio*, que no era más que una promesa de tipo accesorio hecha por una persona distinta del deudor, por la que se obligaba a

¹³ Vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, *Siete Milenios de Estado y de Derecho*, Tomo I, p. 518.

¹⁴ Vid. OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano*, p. 151.

¹⁵ Vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, *Siete Milenios de Estado y de Derecho*, Tomo I, p. 518.

pagar si este no lo hacía”¹⁶. La *adspromissio* tiene sus reflejos en la fianza que reconocemos en la actualidad, esencialmente en la modalidad de *fideiussio*. Resultando ser la más vertebrada y completa de las formas en que podía mostrarse la *adspromissio*, la *fideiussio* cronológicamente surge luego del resto de las formas en que podía pactarse la *adspromissio* y pudiera considerarse como la fianza a la usanza romana¹⁷.

“Por el *mandatum credendae pecuniae*, el que iba a figurar como fiador daba el mandato al acreedor para que prestara dinero a una tercera persona: el deudor. De esta forma, en caso de incumplimiento, el acreedor poseía dos acciones, la nacida del crédito principal y la *actio mandati* contra el mandato, que en realidad era el fiador”¹⁸.

La otra forma que constituía garantía personal era la *constitutum debiti alieni*, que no era más que “un pacto petroriano por el cual una persona se obligaba a pagar una deuda ajena; tenía los mismos efectos que el *mandatum credendae* (mandato de crédito),

¹⁶ Vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, *Siete Milenios de Estado y de Derecho*, Tomo I, pp. 518 y 519.

¹⁷ Dentro de las variantes de la *adspromissio*, primero surgió la *sponsio*, institución del antiguo Derecho Civil, privativa solo de los ciudadanos, y por la cual, mediante fórmulas solemnes, el deudor accesorio se obligaba en caso de incumplimiento del principal. Posteriormente existió la *fideipromisso*, que a diferencia de la forma anterior si podía ser utilizada por los no ciudadanos, pero todavía conservaba solemnidades. Llega un momento en el desenvolvimiento de estas dos instituciones que se considera demasiado rigurosa la situación de *sponsores* y *fideipromissores* y comienzan a dictarse una serie de leyes que tienden a mejorar la situación. Estas leyes fueron la Ley Appuleia, la Ley Furia, la Ley Cicereia, y por último la Ley Cornelia. Todas ellas fueron debilitando cada vez más la *sponsio* y la *fideipromisso*, hasta que perdieron importancia y cayeron en desuso surgiendo entonces otra forma de *adspromissio* más efectiva: las *fideiussio*, pero sin suprimir aquellas, de acuerdo con el sistema que era común entre los romanos, de no derogar las instituciones ya arcaicas. Vid. DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, *Derecho Romano. Segundo Curso*, pp. 41 a 43.

¹⁸ Vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, *Siete Milenios de Estado y de Derecho*, Tomo I, p. 519.

pero con la ventaja de que con esta forma, se podían garantizar obligaciones ya constituidas”¹⁹.

Las garantías personales fueron quedando atrás en la medida que fue avanzado el mercantilismo y la depauperación en Roma. El viejo *quirite*, cumplidor y austero por excelencia, cedió lugar al romano interesado, y en la complejidad social, los vínculos gentilicios se fueron debilitando. Es por ello que pasó a ser muy difícil encontrar fiadores de las obligaciones contractuales. Como dijera FERNÁNDEZ BULTÉ citando a POMPONIO: “*hay mas garantía en la cosa que en la persona*”²⁰ de esta forma se pasa al tercer grupo: las garantías reales.

3. Afectación de un bien determinado al cumplimiento de la obligación, mediante la constitución de un derecho real como garantía

“Las garantías reales son aquellas en las que el deudor o un tercero a favor del primero afecta bienes de su propiedad, gravándolas con el objetivo de que sirvan para el pago de sus obligaciones en provecho de sus acreedores, en consecuencia, estas conceden al acreedor un poder jurídico que recae sobre bienes concretos y determinados, atribuyen a este un derecho de naturaleza real que puede ejercitarse *erga omnes* y un derecho de realización del valor de los bienes, sus frutos o productos o de ambas cosas”²¹.

Las principales formas de garantías reales que conoció el Derecho Romano fueron: la enajenación con fiducia, la prenda y la hipoteca. Estas serán analizadas a continuación de forma independiente, por ser objeto del presente estudio.

¹⁹ FERNÁNDEZ BULTÉ, *Siete Milenios de Estado y de Derecho*, Tomo I, p. 519.

²⁰ POMPONIO *cit. pos* FERNÁNDEZ BULTÉ, *Siete Milenios de Estado y de Derecho*, Tomo I, p. 519.

²¹ *Vid.* OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano*, p. 152.

3.- Las garantías reales en Roma

La aparición de las garantías reales marca una etapa decisiva en la historia del crédito, ya que solo ellas son susceptibles de dar al acreedor una seguridad completa, de ahí la frase de que el fiador litiga, pero la prenda paga. A su surgimiento y desarrollo en el Derecho Romano contribuyeron diversos factores que tan acertadamente señalara el profesor DIHIGO²².

- Podría el deudor no encontrar quien quisiera ser fiador suyo. Si hallar fiador fue fácil en los tiempos en que los vínculos gentilicios eran fuertes y la familia una institución poderosa, debió dificultarse cuando esas relaciones perdieron importancia, y esto unido a que los romanos se conocieron menos entre sí debido al aumento de la población y la afluencia de extranjeros.
- La eficacia de las garantías personales dependía del espíritu cumplidor de los hombres. Su valor se concebía en una época de hábitos severos, de imperio de ciertos principios; pero al final de la República se manifestó una creciente desmoralización de las costumbres públicas y privadas, lo cual repercutió negativamente en el valor de las garantías personales.
- Al descrédito de las garantías personales, contribuyeron no poco las medidas legales dictadas a favor de los fiadores, comenzando a abrirse paso la idea de que había más garantía en una cosa que en una persona, pues aún suponiendo las mejores condiciones en el fiador, podía este tener la desgracia de quedar insolvente.

Analicemos las garantías reales que conoció el derecho y cómo se concibieron para, *a posteriori*, comprobar su trascendencia a la actualidad.

²² Vid. DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, *Derecho Romano. Segundo Curso*, p. 48.

Enajenación con fiducia

Esta fue la primera garantía real que desarrollaron los romanos y consistía en que “el deudor transfería al acreedor la propiedad de la cosa que daba en garantía, obligándose por su parte el acreedor a retransferirla al deudor tan pronto como este haya cumplido”²³. Como el Derecho Romano primitivo no conocía más derechos reales que la propiedad y las servidumbres, es explicable que en sus primeras tentativas para hallar una garantía real acudiese a la transferencia del dominio para obtener el fin que perseguía.

No hay dudas de que con la fiducia el acreedor tiene el máximo de garantía. Al recibir la propiedad de un bien del deudor queda protegido de la insolvencia de este e incluso, de la acción que contra este ejerzan los demás acreedores. El bien dado en fiducia, en tanto ha salido del patrimonio del obligado, ni puede ser vendido por el deudor ni reclamado por los acreedores. Además, al ser legalmente su propietario, le asiste la acción reivindicatoria.

Desde el punto de vista del deudor, señala el profesor DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, “existen dos inconvenientes graves: el primero, que tiene que despojarse de su dominio sobre la cosa, y el segundo, que pierde el uso de la misma porque la entrega al acreedor”²⁴.

El primer inconveniente acaso pudiera ser el más grave de todos. Al transferir la propiedad del bien agotaba en un acto todo el crédito y los beneficios que de él pudiese obtener. Aunque el bien estuviese valuado muchas veces más que el importe del préstamo, no podía el deudor le aprovechar el exceso de valor para obtener un segundo préstamo de otra persona, dada la imposibilidad de transferir

²³ San Isidro DE SEVILLA, en sus “Orígenes”, definió a la enajenación con fiducia diciendo que: “Hay fiducia cuando por causa del dinero que se ha de recibir en préstamo, alguna cosa es mancipada o cedida por *in iure cessio*”. Boecio por su parte dio una definición más general al decir: “Recibe fiducia aquel a quien alguna cosa es mancipada para que la remancipe al mancipante”. (Vid. DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, *Derecho Romano. Segundo Curso*, p. 48).

²⁴ Vid. DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, *Derecho Romano. Segundo Curso*, p. 49.

de nuevo su propiedad. De otro lado, el deudor asumía el riesgo de la mala fe del acreedor, aun después que tuvo acción para reclamar. El acreedor era legalmente el nuevo dueño, y por consiguiente estaba legitimado para realizar cualquier acción respaldada por su derecho de propiedad.

Para el segundo inconveniente, encontró en Derecho Romano una forma de ser atenuado. El deudor podía lograr que el acreedor dejara la cosa en manos del deudor a título de arrendamiento o de precario; pero en todo caso se dependía por completo de la buena fe del acreedor, quien como dueño legal, podía retirarle la cosa en cualquier momento²⁵.

Como se puede apreciar la enajenación con fiducia estuvo permeada de inconvenientes sobre todo para el deudor, pero además frenaba el desarrollo de las relaciones jurídicas obligacionales; por lo que los romanos, en aras de mejorar sus garantías reales regularon la prenda, que si trasciende a nuestros días, a diferencia de la fiducia.

La prenda (Pignus)

Con la prenda el deudor no entrega la propiedad del bien al acreedor sino solo la posesión. La doctrina mayoritaria entiende que por razones lógicas esta figura no pudo surgir sino después que se distinguió entre propiedad y posesión, y específicamente después que fueron creados los interdictos posesorios. Asimismo, es criterio de la mayoría, que la prenda es posterior a la enajenación con fiducia. Opinión contraria enarbola HERZEN que sostiene que la prenda es la forma de garantía real más antigua, y que por lo tanto es anterior a la enajenación con fiducia²⁶.

En virtud del *pignus* el acreedor recibía la posesión del bien, reteniéndolo en su poder hasta que se le saldara su crédito y para defender su posesión, si alguien pretendiese arrebatarle el mismo, tenía los interdictos posesorios. Asimismo, según DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, “con la prenda quedaban eliminados algunos de los

²⁵ Cfr. DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, *Derecho Romano. Segundo Curso*, p. 49.

²⁶ Cfr. DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, *Derecho Romano. Segundo Curso*, p. 49.

inconvenientes propios de la enajenación con fiducia, pues el deudor conservaba la propiedad de la cosa, y se admitió, para evitar que perdiese su uso, que el acreedor pudiera dejarla en sus manos a título precario. Sin embargo, continuaba subsistiendo el problema del agotamiento total del crédito, pues era imposible entregar la posesión del bien a más de un acreedor²⁷.

Por otro lado, la protección del bien resultaba más débil, pues en lugar de la acción reivindicatoria en el *pignus* solo existían los interdictos posesorios, que como se sabe eran medios de defensa mucho menos enérgicos que dicha acción. A eliminar esas dificultades estuvo encaminada la tercera y última forma de garantía real conocida por los romanos: la hipoteca.

La Hipoteca

Los romanos designaban la hipoteca con el nombre genérico de *pignus* o, más específicamente como *hypoteca*, derivado del griego *hypotheke*. Fue según FERNÁNDEZ BULTÉ, la forma más evolucionada -sobre la enajenación con fiducia y la prenda- de asegurar el cumplimiento de las obligaciones, con una garantía real, de una cosa. La misma en Roma podía constituirse sobre toda clase de bienes que estuvieran en el comercio, muebles o inmuebles, lo cual constituye una gran diferencia con la hipoteca que reglaba nuestro derecho burgués, pues la misma era privativa de los bienes inmuebles. La prenda quedaba para los bienes muebles, y siempre se constituía con desposesión²⁸

“DERNBURG cree que la hipoteca romana es una derivación de la hipoteca griega, JOURDAN ve su origen en la prediatura o garantía real que sobre ciertos fundos tenía el Estado. Otros, como

²⁷ Vid. DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, *Derecho Romano. Segundo Curso*, p. 49.

²⁸ FERNÁNDEZ BULTÉ, *Siete Milenios de Estado y de Derecho*, Tomo I, pp. 476 y 477.

GIRARD y HERZEN comparten la idea de que es una institución nacida de la evolución y perfeccionamiento de la idea de la garantía real”²⁹.

La hipoteca favorece al deudor y al acreedor: al deudor porque el objeto queda en su poder y puede servirse de él y ofrecerlo en garantía de ulteriores créditos; al acreedor, porque además de tener garantizado su crédito, para la persecución del objeto se da al acreedor una acción real.

La hipoteca es un derecho real que grava un bien ligado al cumplimiento de una obligación. Afecta a una cosa en lugar de a una persona. Por la hipoteca se tiene un derecho real sobre el objeto que garantiza el crédito, con eficacia *erga omnes* y da al acreedor un derecho de preferencia por el cual escapa al concurso de los acreedores, se paga con el objeto afectado a su crédito. El acreedor tiene también el derecho de persecución sobre el objeto para que le sea entregado de manos de quien lo tenga, desentendiéndose de enajenaciones y constituciones de derechos reales posteriores al nacimiento de la hipoteca; finalmente, el acreedor tiene el derecho de vender la cosa gravada (“*ius vendendi*” o “*ius distrahendi*”).

En Roma para que la hipoteca pudiera constituirse se necesitaba: a) La existencia de una deuda; b) La cosa hipotecada debía ser objeto de venta; c) El constituyente debía ser propietario de la cosa y capaz de enajenar, pues uno de los fines de la hipoteca es llegar a vender, en caso de que no se pague al acreedor.

“Con la creación de la hipoteca se obviaron los inconvenientes de la *fiducia* y del *pignus*. El acreedor quedaba bien garantizado, porque armado de una acción real, podía ejercitarla contra cualquiera y perseguir la cosa hipotecada en manos de quienquiera que la detentase. El deudor, por su parte, no tenía que desprenderse ni de la propiedad, como en la *fiducia*, ni de la posesión como en la *prenda*; y

²⁹DERNBURG, JOURDAN, GIRARD y HERZEN *cit. pos* DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, *Derecho Romano. Segundo Curso*, p.50.

además, como podía hipotecar la cosa por segunda o tercera vez, no agotaba su crédito íntegramente con la operación”³⁰.

La aparición de la hipoteca no desterró ni a la fiducia ni a la prenda.

La primera subsistió mucho tiempo aún hasta desvanecerse con la *mancipatio* y la *in iure cessio*, en épocas de Justiniano. La segunda fue perfeccionando sus reglas y coexistió en todo momento con la hipoteca, con la cual tuvo muchas normas comunes, y lograron por tanto y para suerte nuestra trascender a nuestros días.

La hipoteca en Roma se extinguía por la vía de consecuencias o directamente. Por vía de consecuencia cuando el acreedor era pagado y más generalmente todas las veces que la deuda de la cual era el accesorio se extinguía totalmente, bien por el derecho civil, bien por el derecho pretorio, pues si sólo se extinguía parcialmente, la hipoteca que es indivisible, subsistiría entera. La hipoteca se extinguía directamente: 1) Por la venta de la cosa hecha por el acreedor hipotecario; extinguía así su hipoteca y las posteriores, si las había, pero no las anteriores. 2) Por la renuncia del acreedor, que podía ser expresa o tácita, como cuando dejaba de vender el bien afectado sin ejercer su derecho. 3) Por confusión, es decir, por la adquisición de la propiedad de la cosa hipotecada por el acreedor hipotecario. 4) Por la pérdida de la cosa hipotecada. 5) Por la prescripción extintiva de cuarenta años que era la más larga duración de la acción hipotecaria, según disposición del emperador Justino. 6) Por las “*praescriptio longi temporis*” cuando el bien hipotecado estaba en manos de un tercer adquirente de buena fe y con justo título con relación al acreedor hipotecario, puede oponerle esta “*praescriptio*” a su acción hipotecaria.

³⁰ Vid. DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, *Derecho Romano. Segundo Curso*, p.52.

4.- Garantías reales en el ordenamiento jurídico español

El ordenamiento jurídico español, como fiel afiliado del sistema de Derecho romano-francés, reguló sus garantías crediticias de carácter real, basado en los principios y características de esta institución concebida en Roma. Por supuesto, a pesar de estar inspiradas en ese milenarismo Derecho, también fueron atemperadas a las condiciones y realidades de su sociedad, y en tal sentido se han producido los cambios en el orden legal y doctrinal, aunque la esencia se mantiene invariable a pesar de los años. Por ello en el ordenamiento jurídico español, fundamentalmente en el Código Civil, se regulan la prenda y la hipoteca, sólo con ligeras variaciones en comparación con el Derecho romano, pero a estas dos se le suma la anticresis, que para los romanos no constituyó una garantía real en sí misma, y sin embargo para los españoles sí lo es, y en tal sentido lo regulan.

La anticresis

Según la doctrina, el vocablo “anticresis” proviene del griego *antichresis*, uso recíproco. Para algunos es “el derecho real o contrato establecido para asegurar el cumplimiento de una obligación, por el que una persona (anticresista) percibe los frutos de una cosa, inmueble por lo general, propiedad de su deudor o de un tercero (fiador real)”³¹.

Es a grandes rasgos, al decir de DÍEZ-PICAZO, una prenda que en lugar de recaer sobre muebles, grava a los inmuebles, pero de todas formas es un derecho mal perfilado. “Adquiere sustantividad en la época de la Codificación, si es que no la tuvo en épocas pasadas, como derecho que otorga al acreedor la facultad de percepción de los frutos de un inmueble para imputarlos a los intereses y al principal debidos”³².

³¹ Vid. “Anticresis” en http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=4719&cat=Derecho, consultado el 7 de mayo de 2009.

³² Vid. DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, p. 342.

“Comenzó siendo en el Derecho Romano un simple pacto añadido a la prenda o a la hipoteca, por el que el deudor concedía al acreedor el disfrute de una cosa en lugar de pagar intereses, para alcanzar autonomía en algunos códigos modernos, que la consideran como derecho real (el Código Civil español, arts. 1881-1886 y 216 del Reglamento Hipotecario) o como un contrato (Código Civil francés, art. 2085-2091; italiano, arts. 1960-1964, y colombiano, arts. 2458-2468), no faltando los que no la regulan por estimarla una forma rudimentaria de garantía, con escasas ventajas prácticas”³³. Pudiese ser esta la razón por la que no es acogida por la legislación cubana.

“El bien dado en garantía pasa a la posesión del acreedor o de otra persona, o bien permanece en la del deudor. Pero, en todo caso, el acreedor imputa los frutos que percibe al pago de los intereses, pudiendo convenirse que se compensen estos con aquellos y, en segundo lugar, al pago del capital que se le debe. En ningún caso puede convenirse que el acreedor adquiera la propiedad de la cosa por falta de pago de la deuda (pacto llamado de *lex commissoria*, que ya estimó nulo el mismo Derecho romano a partir de Constantino por influencia del cristianismo); mas en ese supuesto tiene lugar la venta forzosa de la cosa, a instancia del acreedor, en pública subasta notarial o judicial, de modo parecido a lo que sucede en la prenda y en la hipoteca, a fin de que aquél pueda cobrar con el importe de lo obtenido en el remate, cuyo posible sobrante se entrega al propietario de la cosa”³⁴.

Según la regulación del Código Civil español, la anticresis es una garantía que recae sobre bienes inmuebles y concede al acreedor un derecho de disfrute en la percepción de los frutos de dicho bien, para la satisfacción de su crédito. Esta institución se ha definido en el artículo 1.881 del Código Civil español de la siguiente manera: “Por la

³³ Vid. “Anticresis” en http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=4719&cat=Derecho, consultado el 7 de mayo de 2009.

³⁴ Vid. “Anticresis” en http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=4719&cat=Derecho, consultado el 7 de mayo de 2009.

anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito”.

La anticresis recae sobre bienes inmuebles. Se añade por la doctrina común que sobre <inmuebles fructíferos>. Al respecto DÍEZ-PICAZO y GULLÓN plantean que “es necesario considerar que el poder del acreedor no solo se limita a percibir únicamente los frutos naturales o industriales, sino todos”³⁵.

El Código Civil español no se pronuncia acerca de las formas de constitución de esta garantía. En tal caso se aplicará el artículo 1.280.1º, por lo que se deberá recurrir al documento público, si bien con sujeción al artículo 1.279. Tampoco es necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad para la constitución de la garantía de anticresis. Claro está que a falta de esa inscripción registral, el gravamen no es oponible a terceros a terceros adquirentes del inmueble que no conozcan su existencia, pero esto no es un efecto especial de la anticresis, sino común de la publicidad registral.

Derechos y obligaciones del acreedor anticrético en España:

- *Posesión: tendrá la del inmueble cuando se haya constituido la anticresis con el desplazamiento posesorio.*
- *Frutos: el acreedor anticrético hace suyo los frutos con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren y después al pago del capital del crédito.*
- *Realización del valor: la anticresis como derecho real de garantía, comporta siempre el ius distrahendi, el acreedor anticrético tiene este poder como el acreedor predatario o hipotecario.*
- *El Código Civil español en su artículo 1.884 alude al ius distrahendi con expresiones confusas, al negar en el primero de sus párrafos la obtención de la propiedad del inmueble*

³⁵ Vid. DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, p. 406.

*ante el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, y la nulidad de todo pacto en contrario. Por su parte, el segundo párrafo de dicho artículo da la posibilidad al acreedor de realizar su crédito o pedir la venta del inmueble, atendiendo a las formas que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil.*³⁶

- *Derecho de preferencia para el cobro: si bien el Código Civil español le otorga al acreedor anticrético el poder de realizar el valor del inmueble, no dice nada al respecto de si tendrá un derecho de preferencia sobre los demás acreedores sobre el precio obtenido de la realización forzosa del bien. La doctrina más seguida se lo otorga. Esta solución encuentra su obstáculo fundamental en el artículo 1.925 del Código Civil antes referido, que declara numerus clausus la relación de los créditos preferentes que con anterioridad ha realizado y en el artículo 1.923 que es el que trata los créditos privilegiados sobre inmuebles determinados, no figura el acreedor anticrético*³⁷.

Entre las obligaciones del acreedor que el Código Civil español recoge están, las de pagar las contribuciones y cargas que pesan sobre la finca, asumir los gastos de reparación y conservación del inmueble, que se deducirán de los frutos, las cantidades que emplee en aquellos objetos, lo que indica que quien soporta los gastos es el propio constituyente de la anticresis.

La anticresis como derecho real de garantía en España, se extingue al desaparecer la obligación garantizada. Además, por su renuncia y por la realización del valor del inmueble, procedimiento este último que satisface la deuda.

³⁶ *Cfr.* Artículo 1.884: “El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido”.

“Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.”

³⁷ *Vid.* DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, p. 408.

De la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento

La clasificación de los bienes que distingue entre muebles e inmuebles tiene implicaciones en la constitución de derechos reales de garantía. La prenda se ha reservado para los bienes muebles por su cualidad de ser desplazables. La hipoteca, en cambio, se ha guardado para los bienes inmuebles que, sin necesidad de desplazamiento, consigue la protección mediante la publicidad de la constitución de la garantía de hipoteca.

Las necesidades de garantizar los créditos impone el reto de crear prendas que no requieran el desplazamiento posesorio e hipotecas sobre bienes que sean muebles. La prenda sin desplazamiento evitaría al deudor el despojarse de la posesión del bien. De otro lado, si se consiguiese que los bienes muebles otorgasen al acreedor las seguridades de la hipoteca, el desarrollo del crédito alcanzaría niveles importantes.

Según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN “la nueva distinción entre los bienes se fundamenta entonces en su identificabilidad mayor o menor, o, teniendo en cuenta el sistema de publicidad, según que sean susceptibles de registro o no. Aplicada a los bienes muebles, los que permitan una fácil identificación pueden ser objeto de hipoteca mobiliaria como también son objeto de hipoteca inmobiliaria los inmuebles porque se da en ellos esa característica, y los que la posean menor, de prenda sin desplazamiento. Identificabilidad que no es rigurosamente la física, sino que se liga con la posibilidad de ser sometidos a publicidad registral, y por eso, cuando falte esa posibilidad, se busca un sucedáneo, que es el *status loci*, es decir, la fijación de un lugar en el que han de estar los bienes muebles. En esta última hipótesis de identificación pretende lograrse por una publicidad registral no de los mismos bienes, sino de aquel *status loci*”³⁸.

³⁸ Vid. DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, p. 388.

Resultado de estas tendencias se han implementado en España la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento con su respectivo Reglamento de 17 de junio de 1955, que tiene importantes antecedentes en el Derecho español, como la Ley de 5 de diciembre de 1941 que introdujo los artículos 1.863 bis a 1.873 bis en el Código Civil bajo la titulación “De la prenda sin desplazamiento”, o la Ley de hipoteca del buque de 21 de agosto de 1983”³⁹.

La realidad, sin embargo ha demostrado una débil aceptación de estas nuevas formas de garantía a nivel mundial, y no solo en España. A parte del consabido juego de la inercia en el empleo de figuras jurídicas, que rechaza implícitamente el uso de otras por el solo hecho de que son nuevas, y a parte de que instintivamente se repudia como garantía algo que va a seguir estando en la posesión del deudor, según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, hay que dar su tanto de culpa al excesivo tecnicismo de la Ley, aunque seguramente necesario por la índole de la materia que regula, y al escaso desarrollo de sus normas, que se limitan en bastantes ocasiones más que nada a sentar principios o líneas generales⁴⁰. Es por lo anteriormente planteado, que la hipoteca en España será tratada a continuación, solo para el caso de los bienes inmuebles y la prenda solo cuando hay desplazamiento posesorio.

La prenda

La prenda en el Código Civil español es un derecho real de garantía que exige, tal y como la concibieron en Roma, el desplazamiento posesorio a favor del acreedor o de un tercero de común acuerdo. Pero el deudor sigue siendo el propietario de ella hasta que no se adjudique a alguien como consecuencia de la ejecución o realización del valor. La prenda, en España y en la mayoría de los países, se ha reservado para los bienes muebles porque son los que tienen la aptitud de ser susceptibles de desplazamiento

³⁹ Vid. DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, p. 388.

⁴⁰ Vid. DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, p. 388.

posesorio, que se considera indispensable para proteger los derechos del acreedor.

Caracteres:

- A) Desplazamiento posesorio: el desplazamiento posesorio es la característica principal de esta garantía y es de obligatorio cumplimiento para su configuración por parte del deudor.
- B) Accesoriedad: la prenda surge para garantizar una obligación principal y asegurar su cumplimiento. De ahí que siga las vicisitudes de la misma. Su transmisión o extinción implicará la transmisión o extinción de la prenda.
- C) Indivisibilidad: la prenda es indivisible, subsistiendo hasta la completa extinción del crédito garantizado.

Derechos y obligaciones del acreedor pignoraticio según el Código Civil español:

- 1- El de retener la cosa en su poder o en el de una tercera persona a quien hubiese sido entregada hasta que se le pague el crédito.

Al respecto el párrafo segundo del artículo 1.886 del Código Civil español plantea que si mientras el acreedor retiene la prenda (o el tercero), el deudor contrajera con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquel prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda⁴¹.

La posesión del objeto garantizado no le otorga ninguna facultad de uso al acreedor, salvo con la debida autorización del deudor, así lo deja claramente establecido la Ley Sustantiva Civil

⁴¹ *Cfr.* Artículo 1.886 Código Civil español.

española en su artículo 1.870⁴². Como vemos, el hecho de la mera posesión de la prenda por parte del acreedor, no le otorga a este facultades que exclusivamente le competen al propietario del bien, como sería el uso y disfrute del mismo, aunque como veremos a continuación esto no es absoluto.

- 2- El de ejecutar las acciones que le competen al dueño de la cosa pignorada, para reclamarla o defenderla contra terceros. Dentro de estas tenemos la acción reivindicatoria, los interdictos, claro que el acreedor no acciona siempre en sustitución del propietario, pues está legitimado como titular de un derecho real a que se le reconozca su derecho y se le reintegren sus facultades.
- 3- El de proceder a la realización de la cosa dada en prenda. El Código Civil español prohíbe que el acreedor pueda apropiarse de la misma (pacto comisario) al vencimiento de la obligación garantizada, cuando el deudor no cumple. La realización del valor debe hacerse por los procedimientos que la ley establece al efecto.
- 4- El de cobrar con el precio obtenido en la enajenación de la prenda que se hallaba en su poder (del acreedor) con preferencia a otros acreedores del deudor.

La prenda al igual que la anticresis se extingue cuando la obligación principal que garantiza se cumpla. En relación con la extinción de la prenda el artículo 1.891 dispone que se presumirá remitida la obligación accesoria de prenda cuando la cosa pignorada después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor⁴³.

⁴² *Cfr.* 1.870: “el acreedor no podrá usar la cosa dada en prenda sin autorización del deudor, y si así lo hiciere o abusare de ella en otro concepto, puede el segundo pedir que se le constituya en depósito.”

⁴³ Es una simple presunción *iuris tantum* que no impide al acreedor reclamar la cosa de su deudor si prueba que la entrega de la cosa no se hizo para remitir el derecho de garantía, sino por otra causa (uso momentáneo de la

La Hipoteca

Comparten las autoras las opiniones de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN cuando consideran que la hipoteca inmobiliaria es un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles, y que asegura el cumplimiento o la satisfacción forzosa de un crédito mediante la concesión a su titular de llevar a cabo la realización del valor del bien, enajenándolo y percibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido⁴⁴.

La hipoteca tiene como característica que no exige el desplazamiento posesorio del bien objeto de dicha garantía sino que continúa en poder del hipotecante a fin de que pueda utilizarlo y siga percibiendo sus frutos y beneficios, además de que el deudor como propietario del inmueble puede transmitirlo en cualquier momento a un tercero, él cual recibiría la carga real que sobre dicho bien existe y se vería en la necesidad de soportar el ejercicio de realización del valor por parte del acreedor hipotecario.

Uno de los requisitos de la hipoteca inmobiliaria en el Derecho Español es que tiene que estar inscrita en el Registro de la Propiedad, acto que tiene carácter constitutivo. Según DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, esto se explica en atención a que al no existir desplazamiento en la posesión y continuar los bienes en manos del hipotecante, si no recibiera publicidad por vía registral podrían existir hipotecas ocultas y desconocidas, con grave merma de la seguridad de los adquirentes de los bienes y de los posibles acreedores que concedieran créditos precisamente en vista de la situación jurídica de los bienes⁴⁵.

cosa, reparaciones etc. (Vid. DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, p. 352).

⁴⁴ Vid. DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, p. 354.

⁴⁵ Vid. DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, p. 355.

Contenido del Derecho del Acreedor Hipotecario:

1- Las facultades de conservación del valor de los bienes hipotecados: la hipoteca es un derecho de realización del valor que no desplaza la posesión del objeto gravado al acreedor hipotecario, por tanto dicho valor puede sufrir un menoscabo, ya sea por una conducta negligente o dolosa del hipotecante que afectaría seriamente llegado el momento de la realización del valor de dicho bien, las expectativas del acreedor.

Es por esto que el derecho positivo español, específicamente su Ley Hipotecaria, concede al acreedor hipotecario cuando la finca hipotecada se deteriora, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, la facultad de solicitar al juez que mande a este a hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño. Si el propietario insiste en su conducta, el juez puede dictar providencia poniendo el inmueble en administración judicial.

2- Las acciones del acreedor hipotecario para la efectividad de la hipoteca: una vez vencido el crédito, si el deudor no lo satisface, el acreedor hipotecario puede ejercitar el derecho de realización del valor a través de la enajenación del objeto gravado, para obtener con su importe la cantidad que le es debida. Esta acción se le denomina acción real hipotecaria.

3- El poder de disposición del acreedor hipotecario. La cesión de créditos hipotecarios: la hipoteca, como derecho accesorio, no es posible cederla sin el crédito, ni este sin aquella. Por tanto cuando hablamos de cesión del crédito garantizado con hipoteca, nos referimos al cambio de sujeto activo del crédito garantizado y del titular del derecho real de hipoteca que lo acompaña.

El derecho positivo de España exige que dicha cesión se haga en escritura pública, de la que se de conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. Sin embargo dicha inscripción registral solo es necesaria a los efectos de seguridad frente a terceros, no es constitutiva de la cesión. Así por ejemplo, en el supuesto caso de

doble cesión del mismo crédito, el cesionario preferido será el que inscribió, si ignoraba la cesión anterior⁴⁶.

Además de las causas generales de extinción de todo derecho civil, en la hipoteca hay que destacar la derivada de su constitución registral; aunque sea accesoria de un crédito, y las vicisitudes de este repercuten en ella, precisamente por su especialidad registral tales consecuencias no son automáticas. Por ello, aunque el crédito se halla extinguido (*V. gr.*, por pago), la hipoteca no se extingue mientras no se cancele registralmente su inscripción. El artículo 76 Ley Hipotecaria española dice con carácter general que las inscripciones, en cuanto a terceros, no se extinguen sino por su cancelación o por la inscripción de la transferencia de dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona⁴⁷.

5.- Garantías Reales en el Ordenamiento Jurídico cubano

El Código Civil cubano de 1987 regula las distintas formas de garantía sin realizar una clasificación de ellas, en el Libro III, Título I, Capítulo III, estableciendo en el artículo 266 cuáles son estas e incorporando una nueva forma de garantía: la autorización de descuentos, no conocida en Roma, y típica de la sociedad socialista, así como el derecho de retención que aunque está presente en otras legislaciones, su origen no se encuentra en el Derecho Romano⁴⁸. De tal forma las garantías reales que regula la legislación cubana son la prenda, la hipoteca, la autorización de descuentos, el anticipo y la retención.

Prenda

A diferencia de otras legislaciones, el Código Civil cubano regula a la prenda en ocasión del reconocimiento legal de las garantías

⁴⁶ *Cfr.* Artículo 1.473 del Código Civil español.

⁴⁷ *Vid.* DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, p. 386.

⁴⁸ *Cfr.* Artículo 267 del Código Civil cubano de 1987.

de las obligaciones, pues la prenda no sólo puede constituirse contractualmente, sino también a través de un acto jurídico distinto a este, al ser la finalidad de la prenda afianzar el cumplimiento de una obligación.

En la prenda una persona, que puede ser el deudor o un tercero (según el artículo 271 del Código Civil cubano), entrega al acreedor de cierta obligación un bien mueble determinado, para constituirlo como seguridad del cumplimiento de una obligación, y de incumplirse esta última, el acreedor puede satisfacer su crédito con el precio de venta del bien dado en prenda⁴⁹.

Una de las diferencias doctrinales reconocidas entre la prenda y la hipoteca es la transferencia de la posesión que existe en la primera a favor del acreedor prendario, sin embargo el Código Civil cubano autoriza de manera excepcional, que la prenda pueda constituirse sin desposesión (característica que no tenía la prenda en Roma), pero solo cuando es a favor de entidades estatales de crédito según versa el artículo 270.2 del citado cuerpo legal, por ello podemos notar como un hecho positivo la regulación en nuestra Ley Sustantiva de la prenda tanto con desposesión, como sin ella⁵⁰.

Esta forma de garantía además de requerir la entrega del bien y consecuente transmisión de la posesión al acreedor; salvo que sea una prenda sin desposesión, en cuyo caso no procede tal transmisión, requiere la forma escrita tal como establece el artículo 270.4 en

⁴⁹ *Cfr.* artículo 270.1 Código Civil cubano de 1987.

⁵⁰ Siendo la prenda con desposesión del bien la forma más común de establecimiento de esta garantía, el acreedor de ella está obligado a no usar el bien que se le ha entregado, así como a conservarlo adecuadamente y responder por su pérdida o deterioro, salvo que estos se hayan producido por culpa del deudor (*Cfr.* Artículo 274.1 del Código Civil cubano). Por su parte el deudor cuando la prenda es sin desposesión tiene derecho a usar los bienes según su destino e incluso puede cambiarlos de lugar aunque para esto debe tener el consentimiento del acreedor (*Cfr.* Artículo 274.2 del Código Civil cubano).

relación con el artículo 51 inciso c), ambos del Código Civil de 1987⁵¹.

En virtud de la prenda el acreedor está facultado para satisfacer su crédito preferentemente a cualquier otro acreedor, con cargo al valor de un bien mueble recibido del deudor, por tanto el acreedor es titular de un derecho real de garantía que le otorga un derecho preferente, por lo que la prelación pignoratícia es oponible a todo tercero, aún cuando haya adquirido el bien objeto de la prenda⁵². En caso de incumplimiento el acreedor tiene derecho a enajenar el bien en subasta pública, pero de no existir comprador o el precio ofrecido, no cubre el valor del bien, el acreedor puede adjudicarse el bien⁵³.

Según el artículo 276 del tan citado Código, si la prenda se constituyó a favor de una entidad estatal de crédito, aquella se hace efectiva mediante la venta del bien a otras entidades estatales o cooperativas por el valor que tenga el bien al momento de producirse la venta y por tanto aquí, no procede la subasta pública.

Si el deudor cumple su obligación la prenda se extingue y en consecuencia el acreedor está obligado a entregar el bien al deudor o al tercero garante que grave un bien de su propiedad.

Según señala OJEDA RODRÍGUEZ, la constitución de la prenda implica una limitación a la responsabilidad del deudor por cuanto el artículo 277 establece que cuando la obligación es garantizada con prenda el acreedor sólo puede satisfacer su crédito con el bien gravado. De manera que el acreedor no podrá hacer efectivo su crédito sobre otros bienes del deudor, sólo tiene una acción real, estando

⁵¹ Por su parte el artículo 273 de la Ley Sustantiva civil cubana dispone que en el documento constitutivo de la prenda ha de consignarse: nombre y apellidos de las partes, la descripción del bien, el valor estimado de dicho bien, lugar donde se encuentra, la obligación que garantiza y el término de vencimiento de la obligación.

⁵² *Cfr.* Artículo 270.1 en relación con el 307.1, ambos del Código Civil de cubano.

⁵³ *Cfr.* Artículo 275.2 del Código Civil cubano.

prohibido el ejercicio de la acción personal cuando la garantía resulta insuficiente. Lo anterior no significa un detrimento a la protección del acreedor, por cuanto mientras no quede totalmente satisfecho su crédito, en caso de cumplimiento defectuoso, la prenda no se extingue, dado el carácter indivisible de esta garantía⁵⁴.

Hipoteca

La hipoteca es una forma de garantía real a favor del acreedor hipotecario, que se constituye contractualmente y tiene que constar en documento público e inscribirse en el registro de la propiedad que corresponda.

Históricamente, como se ha tratado anteriormente, la hipoteca tenía como notas características que recaía sobre bienes inmuebles y no existía desplazamiento de la posesión como ocurre en la prenda, a favor del acreedor prendario, sin embargo actualmente encontramos que se constituye hipoteca sobre bienes muebles, aeronaves y naves artículo 288 del Código Civil. En Cuba a partir del triunfo de la Revolución se proscribió la constitución de hipoteca u otro gravamen sobre bienes inmuebles tanto rústicos como urbanos, en las leyes de Reforma Agraria de 17 de mayo de 1959 y de Reforma Urbana de 14 de octubre de 1960, por tanto entre nosotros sólo puede constituirse esta forma de garantía sobre aeronaves o naves conforme al artículo 288 del Código Civil⁵⁵.

⁵⁴ Vid. OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano*, pp.160 y 161.

⁵⁵ No obstante se promulgó en la Gaceta Oficial Extraordinaria de 29 de noviembre del 2000 el Decreto Ley # 214 de 23 de noviembre del 2000, en virtud del cual se establece la vigencia de la Ley y el Reglamento hipotecario en todo lo que concierne a la hipoteca inmobiliaria convencional en las que sólo serán sujetos las personas jurídicas dedicadas a la inversión inmobiliaria y las entidades financieras de créditos con autorización del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros. OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano*, p. 181.

En virtud de la hipoteca se sujeta el bien al cumplimiento de una obligación principal, se constituye a favor del acreedor hipotecario un derecho real que lo autoriza a promover la venta del bien en caso de incumplimiento y cobre de esta forma su crédito, los intereses si se pactaron, y la indemnización por daños y perjuicios. El régimen de la hipoteca naval se complementa con la legislación especial a la que remite el artículo 288 y la disposición final primera del Código Civil. Legislación que está contenida en el Decreto Ley 1559 de 4 de agosto de 1954, además se aplican los convenios internacionales de los que Cuba es signataria, a saber: Convención Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas, firmada en Bruselas, Bélgica el 10 de abril de 1926 y la Convención Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques destinados a la navegación marítima, firmada en Bruselas, Bélgica el 10 de mayo de 1952⁵⁶.

Señala OJEDA RODRÍGUEZ que la autorización que establece el Código Civil en su artículo 288 para la constitución de la hipoteca aérea, no es más que la respuesta al desarrollo de la industria aeronáutica que necesita del crédito para este fin, pero esta disposición sólo establece los cimientos legales para la introducción de esta institución en nuestro Derecho Positivo, pues nuestro país no tiene una legislación interna al respecto ni ha ratificado convenios internacionales que se refieren a esta⁵⁷.

Ambas formas de hipoteca se constituyen sin que se produzca el desplazamiento de la posesión a favor del acreedor hipotecario del bien gravado, pues ésta se mantiene en poder del deudor.

⁵⁶ Vid. OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano*, p. 181.

⁵⁷ Vid. OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano*, p. 182.

Derecho de Retención

Los orígenes históricos del derecho de retención no aparecen bien definidos, en muchas legislaciones no se reconoce de forma general, sino que sólo se encuentra en determinadas situaciones jurídicas, (V. gr., Código Civil español, Código Civil boliviano, Código Civil francés, entre otros) tales como: para el poseedor de buena fe, la ejecución de obra en cosa mueble, a favor del mandatario, depositario o acreedor pignoraticio, etcétera. A contrario *sensu* el Código civil cubano lo establece de forma general aunque sólo para determinadas situaciones que *a posteriori* analizaremos⁵⁸.

La facultad que el derecho de retención concede a su titular, es la de prolongar la posesión de una cosa que es debida en consignación o restitución, que se produce por virtud de un crédito que el restituyente ostenta como consecuencia de la anterior tenencia de la cosa y hasta el pago mismo⁵⁹.

Por ello según el artículo 278.1 derecho de retención es aquella facultad concedida por ley a un acreedor, permitiéndole continuar con la detentación de un bien más allá del tiempo en que debió entregarlo a su deudor hasta obtener la satisfacción del crédito del que es titular.

En nuestro derecho positivo cubano el derecho de retención tiene características propias de un derecho real lo que lo sitúa en el ámbito de las garantías reales, a diferencia de otras legislaciones, en que la retención es una garantía poco rigurosa, pues el acreedor sólo ostenta la facultad de continuar con la detentación y de rehusar la restitución, pero carece de un poder de realización del valor de los bienes para resarcirse de su crédito con el producto obtenido.

⁵⁸ Vid. OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano*, p. 182.

⁵⁹ DIEZ PICAZO *cit. pos.* VIÑAS MEY en OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano*, p. 161.

El derecho de retención teniendo en cuenta su regulación en el ordenamiento jurídico civil cubano tiene algunas características que coinciden con el tratamiento sustantivo que otras legislaciones la han conferido, otras son propias de nuestra legislación. Como ya expresamos nuestro Código Civil establece un régimen general del derecho de retención, aunque la facultad que confiere sólo puede ejercitarse en las situaciones expresamente dispuestos en ley, tales como: contratos de prestación de servicios que requiere la entrega de un bien (artículo 330), contrato de mandato (artículo 413.2), contrato de depósito (artículo 428) y contrato de hospedaje (artículo 442). Estando excluido este derecho de forma expresa en favor del comodatario, tal como dispone el artículo 388.

El derecho de retención es una garantía legal de carácter real, por cuanto su reconocimiento se encuentra en la ley, no es consecuencia del acuerdo entre las partes y por otra parte el retentor tiene preferencia con respecto a otros acreedores en caso de colisión entre ellos a cobrar su crédito sobre el valor del bien sobre el que recae su derecho de retención, siendo eficaz su derecho frente a otros acreedores así como frente a los sucesores singulares y a los terceros, tal y como consagran los artículos 278.4 y 307.1 del citado cuerpo legal.

Al igual que la prenda el derecho de retención es indivisible, o sea, este derecho no se extingue hasta que no se pague totalmente la obligación y para el ejercicio de este derecho el acreedor debe tener un crédito cierto y exigible.

La retención es una garantía especial⁶⁰ en tanto su finalidad no es la de satisfacer el crédito que se ostenta, sino la de constreñir al deudor de cumplir si quiere recuperar el bien, es un medio de compulsión y coercitivo que tiene el acreedor sobre el deudor que no

⁶⁰ Algunos autores al analizar la naturaleza jurídica de este derecho, así la consideran por estimar que no es ni un derecho personal ni un derecho real. JOSSERAND Y GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ *cit. pos.* OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano*, p. 166.

se ejecuta normalmente sobre el bien tal como ocurre en el derecho de prenda. Sin embargo el Código Civil autoriza a la entidad estatal que ejerce el derecho de retención a proceder a la enajenación del bien por medio de la red comercial para ser efectivo su crédito (*Cfr.* artículo 279 en su primera parte y artículo 331.2); en otro caso sólo procede la vía judicial, en la que podrá realizarse la subasta y remate del bien y con esto satisfacerse el crédito (*Cfr.* artículo 279 *in fine*)⁶¹.

De esta forma existe una identidad de efectos entre el derecho de retención y la garantía de prenda al autorizarse la enajenación del bien para hacer efectivo el crédito, lo cual no implica que el derecho de retención sea absorbido por el derecho de prenda⁶², todo lo contrario, con ello nuestro ordenamiento lo que hace es otorgarle carácter real a esta garantía legal, conjuntamente con el reconocimiento de la eficacia *erga omnes* que tiene la retención y la preferencia que se le concede a su titular frente a los demás acreedores.

El Código Civil otorga al retentor la protección que se le concede a todo poseedor, en virtud del artículo 278.4, o sea que aquel puede defender su posesión por acción directa o interponer los procedimientos establecidos para el amparo de su posesión conforme lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Civil Administrativo Laboral y Económico.

Asimismo el retentor tiene preferencia para cobrar su crédito por ese título antes que otros acreedores en caso de colisión entre ellos según el artículo 278.3 y artículo 307.1 y tiene además derecho a la realización del valor del bien para la satisfacción de su crédito y demás gastos⁶³.

⁶¹ *Vid.* OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano*, p. 166.

⁶² Tal como afirma DIEZ-PICAZO que considera que cuando existe el poder de realización del valor del bien para resarcirse el crédito con el producto obtenido, en tal caso existe propiamente un derecho de prenda y no un derecho de retención. *Vid.* OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano*, p. 166.

⁶³ *Cfr.* Artículo 279 del Código Civil cubano.

Anticipo

Esta forma de garantía tiene su antecedente en el Derecho Romano, pero con el nombre de arras, denominación que aún encontramos en muchas legislaciones como el Código Civil español en ocasión del contrato de compraventa y el Código de Comercio cubano.

El anticipo no supone un contrato distinto e independiente del contrato principal respecto al cual funcionaría como accesorio, se trata de un pacto que se inserta en el contrato, aun cuando la existencia de esta garantía presupone una *datio rei*⁶⁴.

Esta forma de garantía crediticia, puede ser considerada como la entrega de una suma de dinero u otro bien que un contratante hace al otro con el fin de asegurar una promesa o un contrato, confirmarlo, garantizar su cumplimiento o facultar al otorgante para poder resolverlo libremente consintiendo en perder la cantidad entregada, pero donde la entrega del dinero o bien se produce en el momento de concertación del contrato, por lo que este convenio de garantía tiene un carácter real, al ser esencial para su existencia y eficacia la transmisión posesoria de los bienes o suma en que consista el anticipo, y no hay una promesa de prestación futura para caso de incumplimiento sino una entrega efectiva.

El Código Civil cubano en su artículo 286 regula esta garantía estableciendo que el deudor puede entregar una cantidad de dinero para garantizar la obligación que ha contraído, en este apartado se observa que no se prevé la posibilidad de que la entrega consista en un bien, circunscribiéndose sólo a la entrega de una suma de dinero, tal como lo admite la doctrina y se consagra en otras legislaciones.

⁶⁴ Vid. OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano*, p. 182.

En los apartados 2 y 3 del propio artículo 286 se reconoce los efectos que esta garantía produce respecto al que ha entregado el anticipo; de manera que si la parte que entregó el anticipo cumple la obligación que le corresponde éste se imputa al precio de la prestación objeto de la misma, manifestándose en este caso una función confirmatoria; en tanto si incumple su obligación el apartado 3 dispone que el anticipo queda a favor del que lo recibió, cumpliendo así una función penal, como garantía. En este sentido algunos autores consideran que cuando la parte que entregó el anticipo incumple, el que lo recibió sólo tiene derecho a quedarse con él sin poder exigir el cumplimiento forzoso de la obligación⁶⁵.

Por su parte el apartado 4 del artículo comentado establece que si la parte que incumple es la que recibió el anticipo debe devolver éste más una suma igual, efecto que de muestra la función penal que desempeña, aunque esta suma puede ser disminuida equitativamente atendiendo a su cuantía y demás circunstancias.

Por último es de señalar que las arras o anticipo es una forma de garantía que puede cumplir diferentes funciones, que van desde el aseguramiento hasta la coerción, con la característica común que consiste en entregas que se realizan en el momento de celebración del contrato; de ahí que para determinar el tipo de anticipo hay que indagar la voluntad de las partes, partiendo del principio de autonomía de la voluntad, ellas pueden elegir uno u otro tipo, por lo que se debe aplicar las reglas de interpretación de los contratos, cuya premisa es que conste por escrito.⁶⁶ Es por ello que el artículo 286.5 del citado cuerpo legal establece que el anticipo debe constar en forma escrita.

⁶⁵ Vid. OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano*, p. 182.

⁶⁶ Vid. OJEDA RODRÍGUEZ y DELGADO VERGARA, *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano*, p. 185.

Autorización de descuentos

Esta forma de garantía es propia de la Sociedad Socialista, al ser el salario de los trabajadores la principal garantía que éstos pueden ofrecer para el cumplimiento de sus obligaciones, y por tanto no podemos buscar en Roma su antecedente.

Consiste por tanto en la autorización que el deudor confiere a su acreedor para que efectúe descuentos de su salario u otros ingresos periódicos para garantizar y mediante esta forma cumplir su obligación, pero solo se establece a favor de las instituciones bancarias u otras entidades estatales, con la excepción del pago extrajudicial de obligaciones alimenticias, en cuyo caso el acreedor será una persona natural.⁶⁷ Por otra parte el deudor siempre será una persona natural conforme al artículo 267 y la característica de esta forma de garantía es que recae en los salarios de la persona, además con ella no sólo se garantiza el cumplimiento de la obligación, sino que se produce la facilitación del pago.

El acreedor podrá hacer efectivo su derecho al presentar al encargado de realizar los pagos de los salarios u otros ingresos constancia fehaciente del contrato según lo regulado en el artículo 287.3 del Código civil cubano. Como peculiaridad vale destacar que el acreedor solo puede ser una persona natural en los casos en que se garantiza la obligación de dar alimentos.

6.- A modo de conclusiones

Al finalizar esta ponencia las autoras llegan a la conclusión de que indudablemente el Derecho Romano legó una serie de factores eminentemente técnicos y formales en sede de garantías reales, de los

⁶⁷ Cfr. Artículo 287.1.2 del Código Civil cubano de 1987.

cuales no pueden prescindir ni los juristas, ni las legislaciones actuales.

La lógica de los romanos aplicada sobre todo a las relaciones obligatorias constituye indudablemente lo que no puede o no debe ser olvidado y que ha sido transmitido a través de todas las generaciones de juristas; sin embargo, el contenido como tal del Derecho, lo que corresponde esencialmente al progreso tanto espiritual como económico de los pueblos, ha variado mucho y continuará haciéndolo, y eso es precisamente lo que ocurre con la institución jurídica que se analizó, y su reflejo en las legislaciones cubana y española.

Por eso es que aunque la esencia de Roma está indiscutiblemente presente, en las garantías reales de nuestros días, no todas mantienen su vigencia en la actualidad, tal es el caso de la enajenación con fiducia. Al mismo tiempo otras han entrado a la escena jurídica, como la retención y la autorización de descuentos en el caso de Cuba, o la anticresis que en el caso de España, a diferencia de lo que sucedía en Roma, es considerada y regulada como una garantía en sí misma, y no como un pacto añadido a otra. Por su parte el anticipo, que en Roma con el apelativo de arras no tuvo naturaleza real en sus inicios, aunque posteriormente sí, en los ordenamientos actuales como el cubano, está vigente y regulado como una garantía real.

De igual forma la prenda y la hipoteca, presentes en ambos países, han sufrido variaciones en dependencia de las condiciones imperantes en ellos con el decursar del tiempo y como fiel muestra de la mutabilidad necesaria del Derecho, pero no para que se ponga en duda su origen romanístico indiscutible, sino para que se demuestre su autenticidad ganada con el paso de los años.

7.- Bibliografía

Doctrina

“Anticresis” en http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=4719&cat=Derecho, consultado el 7 de mayo de 2009.

DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1998, Vol.II/1.

DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, Ernesto, *Derecho Romano. Segundo Curso*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, s.f., La Habana, 1946.

FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Siete Milenios de Estado y de Derecho*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2008, Tomo I.

OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad y DELGADO

VERGARA, Teresa, *Teoría General de las Obligaciones: Comentarios al Código Civil cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *et al.*, *Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.

Legislación

Código Civil de la República de Cuba, Ley No.59 de 1987 de 16 de julio, vigente desde el 12 de abril de 1988, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988.

Código Civil del Reino de España, de 6 de octubre de 1888, 17ma. Edición, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1994.