

LA POSEIBILIDAD DEL DERECHO DE PRENDA

En este estudio defendemos la tesis de que el derecho real de prenda es un derecho poseible

I

Doctrina sobre la posibilidad del derecho de prenda

Antes de nada advertamos que el de prenda pensamos que es un derecho real de garantía que, sobre ser la doctrina tradicional, es la dominante (1).

Y pasemos ahora a ver cómo es acogido por la doctrina el problema de si es o no posible.

Aparte de que en el campo puramente teórico sea construible la posesión como posible sobre todo derecho susceptible de ejercicio continuado, un Derecho positivo puede limitar su ámbito o, si se quiere, un Derecho positivo puede afirmar que, a sus efectos, sólo es posesión en sentido técnico el ejercicio del contenido de ciertos derechos. Pero no es éste el caso de nuestro Código civil, artículo 430 para el que posesión es la tenencia de una cosa o *el disfrute de un derecho*.

Reduzcamos la cuestión a los solos derechos reales.

(1) Ampliamente, véase *Maiorca, Il pegno de cosa futura e il pegno di cosa altrui*, Milano 1938, cap. X ss. Ultimamente véase RUBINO, *Il pegno* en el volumen *La Responsabilità Patrimoniale. Il pegno*. Segunda edición, Torino 1949, pág. 182 ss., y allí bibliografía.

Dentro de éstos, unos autores opinan que son poseíbles todos, otros (independientemente de que excluyan derechos que no nos interesan aquí) excluyen los de garantía (2), y otros autores, de estos derechos, sólo creen no poseíble la hipoteca.

Es evidente, pues, que lo mismo los autores del primer grupo que los del último acogen la posibilidad del derecho de prenda.

Por lo que a nuestra doctrina respecta, en la obra más amplia sobre posesión: la de OLIVART. La posesión, Barcelona 1884, sólo se dice —página 68— que son poseíbles todos los derechos reales. CASTAN (3) advierte que suele excluirse de la posesión el derecho de prenda. Igualmente ESPIN (4). Aunque realmente el problema no ha sido estudiado en particular.

Ahora bien, no nos interesa aquí recoger la doctrina que se encuentre en uno de los tres siguientes casos:

1.º.—Afirmar, en general, que son poseíbles todos los derechos.

2.º.—Afirmar, también en general, que lo son, al menos, todos los derechos reales.

3.º.—Afirmar específicamente que lo es el derecho de prenda. Pero partiendo de un concepto excesivamente amplio de posesión, que se extiende también a derechos personales (5).

Si recogiésemos esa doctrina, que es abundantísima, mostraríamos cómo la corriente de opinión que explícita o im-

(2) Contra la posibilidad de los derechos reales de garantía D'AVANZO, *Istituzioni*, 3.ª ed. Roma 1950, pág. 209; RUGGIERO, *Istituzioni*, 6.ª edición, vol. II, pág. 602; VENZI en *Istituzioni* de PACIFICI MOZZONI, III, 1.º, 5.ª ed. FIRENZE 1915, pág. 31; POLACCO, *Corso di lezioni di diritto civile, Del possesso*, Roma 1925, pág. 16; STOLFI, N., *Diritto civile*, II, 1.º, n.º 100 p. 73 y n.º 212 p. 155.

(3) *Derecho civil*, II 7.ª ed., Madrid 1950, pág. 401.

(4) *Manual de Derecho civil español*, II, 1.º, Madrid 1952, pág. 18.

(5) Es el caso, por ejemplo, de TARTUFARI, Asuero, *Del possesso*, Torino 1898, pág. 242 ss., núms. 347 ss.

plícitamente acepta la posibilidad del derecho de prenda es enorme.

Mas no queremos buscar tal apoyo, en cuanto que, bien por no haber contemplado dicha doctrina específicamente la posibilidad del derecho de prenda (sino haberse sólo limitado a sentar un principio general: posibilidad de todos los derechos, o de todos los derechos reales), bien por haberla juzgado en base a un concepto excesivamente lato de la posesión, no lo consideramos demasiado sólido.

Queremos sólo poner de manifiesto que hay un extensísimo sector de doctrina que partiendo de un concepto *no lato* de posesión (que no excede el ámbito de los derechos reales), estudiando, además, *específicamente* la posibilidad del derecho de prenda, la afirma de forma decidida (6).

2

Examen de tal posibilidad

Pero, además, breve y críticamente examinaremos la posibilidad del derecho de prenda, para no basarla sólo en el argumento de autoridad.

No vamos a tratar aquí todas las objeciones, procedentes de las causas más distintas, que han sido puestas a tal

(6) RUGGIERO MAROT, *Istituzioni*, 8.^a ed., Milano 1950, I, pág. 629; MESSINEO, *Manuale*, 8.^a ed., Milano 1950, II, 1.^a, § 77, pág. 189 ss.; D'AMELIO, *C. c. Libro della proprietà*, Firenze 1942, pág. 912 y 913; BUTERA, II, *C. c. ita. commentato. Libro della proprietà*. Parte II; Torino 1941, pág. 421 nota 1; DE SEMO, *Istituzioni*, 4.^a ed., Firenze 1946, pág. 368, n.^o 611; FERRANTI, *Commento al Nuovo C. c. ita. II Libro della proprietà*, 2.^a ed. Milano 1951, pág. 873, n.^o 716; CHERCHI, «L'oggetto dell'usupazione nel nuovo C. c.», en *Riv. di Diritto civile*, 1941, pág. 440 ss., pág. 443; PUGLIESE, *La prescrizione acquisitiva*, 4.^a ed. 1921, página 264, nota 2; DE MARTINO, en *Com. al C. c. a Cura de SCIALOJA y BRANCA, Libro della proprietà*, BOLOGNA 1951, p. 502; DUSI *Istituzioni*, 5.^a ed. Torino 1951, II, pág. 261; MENGONI, *Lucrismo a non domino*, Milano 1949, pág. 167; FUNAIOLI, *la tradizione*, Padova 1942, pág. 309;

poseibilidad, objeciones que están suficientemente refutadas por la doctrina que la defiende (7). Pero sí vamos a hacerlo con la más común y única que presenta cierto aspecto de solidez. Y, antes de ello, advertir que las demás carecen de consistencia y su error salta a la vista. Tal es el caso de las dos que, podríamos decir, siguen en importancia a la primera y principal. Son:

1.ª.—La no poseibilidad de los derechos de garantía se basa en su carácter accesorio. No aplicándose la posesión a los derechos de crédito no lo es tampoco a los derechos accesorios de éstos.

Creemos evidente que aunque la accesoriedad suponga entre lo principal y lo accesorio una relación de dependencia en orden a la función y al fin, no influye—al menos a nuestro respecto—sobre la naturaleza jurídica del accesorio, ni es obstáculo para que éste tenga vida y disciplina aparte (aunque dependientes) y, menos aún, influye sobre la posibilidad del ejercicio de hecho del contenido del derecho accesorio (8).

MONTEL, *La disciplina del possesso nel C. c. italiano*, Torino, 1950, página 38 ss., n.º 16 ss.; MONTEL, *Voz Garanzia en el nuovo digesto italiano*, (VI), n.º 18; MONTEL, «Sulla natura giuridica del pegno e dell'ipoteca», en *Foro italiano* 1937, IV, 235 ss.; COCO «II possesso del creditore pignorativo», en *Annuario di Diritto comparato e di Studi legislativi*, vol. VII (parte 3.ª) 1933, pág. 470 ss., pág. 472 y 473; RAVAIL, *De L'objet de la possession*, Paris, 1898 pág. 183; PENA, «Notas sobre las adquisiciones a non domino del usufructo y uso sobre muebles y de la prenda», en R. C. D. I. 1952, p. 734 ss.

En Derecho romano, como advierte WINDSCHEID *«Diritto delle Pandette*, trad. it. FADDA y BENZA, tomo I, Torino 1930, § 229), no se considera el derecho de prenda posible. Hay, sin embargo, quien como RAVAIL, *ob. cit.* p. 64, sostiene que «parece racional decir que el acreedor pignoraticio tenía la quasi possessio de su derecho de prenda». Pero añade que tal cosa la afirma desde un punto de vista teórico, que los juristas romanos no parecen haber contemplado (sobre textos atinentes a la quasi possessio, y derecho a los que es referida, cfr. ARNO, *II possesso*, Torino 1936, cap. X).

(7) Véase principalmente MONTEL: «II possesso dei diritti reali di garanzia», cit. en *Foro italiano* 1938, IV, 65 ss., y «La disciplina del possesso», cit. n.º 18 pág. 41 ss.

(8) Cfr MONTEL «La disciplina», cit. pág. 42 y 43.

2.^a.—La no posibilidad del derecho de prenda aparece ya del hecho de que ni siquiera implica la facultad de usar la cosa pignorada (artículo 1.870).

A ello se responde que conceptualmente una cosa es la posesión del derecho de prenda y otra la de la cosa dada en prenda. Y, sobre esta base, es claro que no su puede invocar la restricción del poder del acreedor pignoraticio respecto de la cosa dada en prenda, para argumentar que no posee el derecho de prenda. Cuando, por otro lado, incluso es poseedor también de la cosa, aunque lo sea sin el poder de usarla.

Y examinemos la principal objeción. Se dice que no es posible el derecho de prenda porque no es susceptible de ejercicio continuado (9) y durable, en cuanto que el único momento de su ejercicio —enajenación de la cosa, actuación del *ius distrahendi*— lo extingue.

Tal objeción parte de una configuración unilateral y parcial del derecho de prenda, configuración que —como advierte MONTEL (10)— es la misma que ha inducido a algunos autores a negar la realidad o carácter de reales de los derechos de garantía y a configurarlos como simple modalidad de la acción ejecutiva. Configuración que sólo tiene ante la vista el denominado *ius distrahendi*, desconociendo que antes de la actuación de éste, el derecho de prenda vive, es causa de limitaciones al poder del propietario y a poderes de terceros, tiene una manifestación exterior en la posesión de la cosa, y, en suma, se ejercita continuamente, como vamos a ver, aun sin provocar la venta de lo pignorado.

La posesión del derecho de prenda es el hecho de poseer una determinada cosa ajena a título de prenda (11).

(9) No podemos examinar el problema de la correspondencia entre posesión y ejercicio del contenido del derecho. Partimos, en principio, de la base de tal correspondencia. Cfr. sobre ello. A FEDELE, *Possesão eã, esercizio del diritto*, Torino 1950, el cual la niega en ciertos casos. Este —pág. 68— no rechaza que el derecho de prenda sea posible, pero afirma que tal posesión no consistiría en el *ejercicio* del derecho de prenda.

(10) *Disciplina* cit. p. 42.

(11) MESSINEO, *ob. cit.* tom. cit. pág. 192.

Situación de ejercicio de hecho que se realiza durablemente. Situación de hecho perfectamente separable de la existencia del derecho de prenda, en cuanto que es pensable sin que el poseedor a título de acreedor pignoraticio tenga realmente un derecho de prenda, lo mismo que es pensable que exista un titular del derecho de prenda que no lo posea por haber perdido la posesión de la cosa pignorada.

Ahora bien, para mostrar la discutida posibilidad es necesario poner de relieve lo que se puede llamar el período ó fase estática del derecho de prenda, en contraste con el período dinámico consistente en la actuación del denominado *ius distrahendi*.

El contenido del derecho real del acreedor pignoraticio es:

A) Un poder garantizante, asegurador. Poder de retener la cosa dada en prenda hasta el pago de su crédito (artículo 1.886—1.º) (cosa que se le *dá para asegurar* el crédito, *ya por el mismo hecho de tal entrega*, y no sólo para proceder a la enajenación si no se le paga. O sea, la entrega no se encamina sólo a posibilitar la enajenación, sino que ya de por sí provoca una garantía y un aseguramiento, como lo muestra la existencia de la institución del derecho de retención en sentido estricto, o poder de retener sin *ius distrahendi*). Poder que le permite recibir los intereses aunque sea para imputarlos al capital (art. 1.868). Poder que le permite, al darle derecho a la posesión de la cosa, ejercitar las acciones que competen al propietario para reclamarla o defenderla contra terceros (art. 1.869—2.º).

B) Un poder de proceder a la enajenación de la prenda *en caso* de falta de pago (arts. 1.852, 1.872). *Ius distrahendi* que sólo surge, *in actu*, por la falta de pago. Y que *juntamente con la posesión* de la cosa perfecciona la garantía.

No se tiene, pues, desde la pignoración, el poder de enajenar, sino que en tal momento surge el derecho real de prenda actual y existente, que *dará* el poder de enajenar si falta el pago.

Más claramente no puede expresarse la diferencia entre la prenda como *derecho real* sobre una cosa gravada para garantía (y con este fin atribuída) y el poder de hacerse pa-

gar mediante la enajenación, poder distinto del derecho de prenda, aunque éste sea su presupuesto (12). Mientras que, por el contrario, incluso la prenda como relación entre un sujeto y una cosa para el fin de garantía, pone su definición de derecho real previa e independientemente del sucesivo y *eventual* poder de ejecución sobre la cosa, poder condicionado, en su nacimiento, por una circunstancia que puede existir o faltar: el incumplimiento de la obligación (13).

A los efectos de nuestro razonamiento hablaremos, para mayor brevedad, de *poder de poseer* y *poder de enajenar*.

Creemos que por la actuación del primero sólo, o sea por la posesión de la cosa a título de acreedor pignoraticio, se ejercita, es decir, se posee el derecho de prenda.

Ciertamente la garantía se *actúa* para el acreedor pignoraticio con el *tener* la cosa, ya que ello sólo basta a reforzar la probabilidad del cumplimiento voluntario. Ejercita, pues, *continuadamente* (al estar actuando continuamente la garantía) su derecho de garantía mientras que tiene la cosa pignorada, ya que precisamente el ejercicio del derecho de prenda en ese período estático del mismo, anterior a la venta, es el poseer la cosa a título de acreedor pignoraticio.

No cabe decir que el derecho de garantía no se posee porque no se está enajenando, ni se puede enajenar, la cosa *continuamente*, es decir, porque no se actúa continuamente el poder eventual de enajenar.

Mantener tal cosa sería como si, habida cuenta de que el derecho de propiedad encierra el poder de disponer, se dijese que no se usucape la propiedad porque, aunque se poseyó la cosa a título de dueño, no se ejercitó continuamente ese poder de disponer (14).

(12) Es el *derecho* de prenda el que confiere al acreedor pignoraticio el *poder* de hacerse pago.

(13) MAIORCA, *ob. cit.* pág. 147.

(14) Rechazamos que se nos objete que el *fin* del derecho de prenda es la *enajenación* (para hacerse pago con el precio), y no el del de propiedad, ya que aquél tiene como *fin* la *garantía* que, sólo *in extremis*, se actúa por la enajenación.

La venta del objeto pignorado es —repetimos— de actuación *in extremis* del derecho de garantía —como pueda ser un acto de ejercicio del derecho de propiedad el acto de vender la cosa el propietario—. Pero no se puede negar que en los supuestos normales el acreedor pignoraticio que —pagada la deuda garantizada— devuelve la cosa al pignorante, estuvo ejercitando mientras que la poseyó, su derecho de garantía.

Ciertamente que en la posesión del derecho de prenda no se encuentran todos los caracteres de la posesión de los derechos reales de propiedad o de goce, pero ellos se debe a la innegable diferencia entre uno y otros derechos, diferencia que indudablemente ha de reflejarse en materia posesoria, siendo la posesión imagen de hecho del derecho.

Si contra nuestro punto de vista se alega que en el fondo de todo no hay sino una confusión entre posesión de la cosa y posesión del derecho de prenda, ya que todo ese *ejercicio del poder de poseer* no es sino la posesión de la cosa pignorada pero no del derecho de prenda; responderemos que precisamente el derecho de prenda da derecho a poseer la cosa a título de acreedor pignoraticio, luego poseer la cosa a tal título es exactamente ejercitar tal derecho de prenda. Si se admite que el derecho de propiedad se ejercita—se le posee—poseyendo la cosa a título de dueño, no comprendemos por qué se ha de negar que se ejercita —se posee—también el derecho de prenda poseyendo tal cosa a título de acreedor pignoraticio.

MANUEL ALBALADEJO GARCÍA
CATEDRÁTICO
UNIVERSIDAD DE OVIEDO