

CAPITULO IV.

De la fianza legal y judicial.

Art. 1854 El fiador que haya de darse por disposición de la ley ó de providencia judicial, debe tener las calidades prescritas en el art. 1828 (1).

Art. 1855 Si el obligado á dar fianza en los casos del artículo anterior no la hallase, se le admitirá en su lugar una prenda ó hipoteca que se estime bastante para cubrir su obligación (2).

Art. 1856 El fiador judicial no puede pedir la excusión de bienes del deudor principal.

El subfiador, en el mismo caso, no puede pedir ni la del deudor ni la del fiador (3).

Es trasunto del 1767 proy. 1851, y corresponde á los 2036 Franc.; 1927 Ital. 2119 Ante proy. belga; 3030 Luis.; 1884 Hol. 1516 Vaud.; 310, tít. 14 parte 1ª Prus.;—2060 Bolív. 1840 Méj. 2354 Chil.; 854 Port.

(1) Es copia literal del 1885 Méj. y corresponde á los 1768 (§ 1º) Proy. 1851;—2040 (1ª p.) Franc. 1921 Ital.; 3033 Luis. 1522 Vaud. 2049 Bolív. 2336 (§ 3) Chil.

(2) La L. 41, tít. 2 Part. 3ª admite caución juratoria cuando el deudor no halla fiador y carece de bienes.

Es copia del 1769 proy. 1851, y conviene con los 2041 Franc. 2121 Ante proy. belga; 3034 Luis.—1922 Ital.; 1867 Hol.; 1523 Vaud; 2053 Bolív. 1886 Méj. 2337 (§ 2) Chil. 2072 (§ 2) Urug.

(3) V. las Ls. 1, tít. 5. lib. 46, y 52, tít. 1, lib. 45 Dig.

TITULO XV.

DE LOS CONTRATOS DE PRENDA, HIPOTECA Y ANTICRESIS:

CAPITULO PRIMERO

Disposiciones comunes á la prenda y á la hipoteca.

Art. 1857 Son requisitos esenciales de los contratos de prenda é hipoteca.

1º Que exista una obligación principal válida.

2º Que la cosa pignorada ó hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña ó hipoteca:

3º Que las personas que constituyan la prenda ó hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes, ó, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.

Las terceras personas extrañas á la obligación principal pueden asegurar ésta, pignorando ó hipotecando sus propios bienes (2).

Concuerda con los 1770 Proy. 1851; 2042 y 2043 Franc.; 1923 y 1924 Ital., 3035 y 3036 Luis.; 1524 Vaud.; 2052 Bolív.; 1887 y 1888 Méx.

(2) Su precedente en la L. 3 pr. Ls. 18, 33, tít. 1, lib. 20 Dig.; Ls. 1, 2, tít. 33, lib. 8 Cod.

V. los arts. 20 y 126 de la L. Hipotecaria.

Es anal. en parte al 1773 Proy. 1851. —2076 Franc.; 2149 Ante proy. belga, 1561 Vaud., 1169 Hol., 3129 Luis.; 1889, 1890 y 1902 Méx., 2385, 2387 2388 Chil.; 859, 894 y 895 Port.; 2254 y 2255 Urug.; 1984 Guat.

Art. 1858. Es también de esencia de estos contratos que vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda ó hipoteca para pagar al acreedor (1).

Art. 1859 El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda ó hipoteca, ni disponer de ellas (2).

Art 1860 La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor ó del acreedor.

No podrá, por tanto, el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la prenda ó la hipoteca, mientras la deuda no haya sido satisfecha por completo.

Tampoco podrá el heredero del acreedor que recibió su parte de la deuda devolver la prenda ni cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás herederos que no hayan sido satisfechos.

Se exceptúa de estas disposiciones el caso en que, siendo varias las cosas dadas en hipoteca ó en prenda, cada una de ellas garantice solamente una porción determinada del crédito.

El deudor, en este caso, tendrá derecho á que se extingan la prenda ó la hipoteca á medida que satisfaga la parte de deuda de que cada cosa responda especialmente (3).

(1) Su precedente en las Ls. 41 á 43, tit. 13, Part. 5ª.—V. además las L. 18 pr., tit. 7, lib. 13; L. 20, tit. 1, lib. 20 Dig., L. 4, tit. 17, lib. 8. Ls. 1 y 2, tit. 29, lib. 8, Cód.

L. de Bolsa de 8 Febr. 1854 (art. 37 y de 30), L. de Mar. 1861 (art. 1º) y art. 4 del D. de 12 En. de 1869.

V. el art. 323 del Cód. de Comercio;—y el 131 de L. Hipotecaria.

El *F. de Vizcaya* concede facultad al acreedor para vender la prenda si el deudor no paga, previo requerimiento a éste y licencia judicial, y debiendo verificarse la venta en subasta pública. (L. 3, tit. 19).—En Aragón, el acreedor puede acudir al Juez para que se venda la cosa dentro 10 días si es mueble, y pasados 30 si es raíz; pero el deudor puede redimirla dentro estos plazos.

(2) Por relación, la L. 9, tit. 13, Part. 5ª

Arts. 2078 Franc.; 2150 Ante proy. belga. 1919 Méx., 2397 (§ 2) Chil., 862 Port., 2262 Urug., 2004 Guat.

(3) L. 65 al prin., tit. 2, lib. 21 Dig.

V. los arts. 119 á 125 L. Hipot.; y 97 y 99 á 101 de su reglamento. El prim. § del anotado concuerda, en parte, con los 1780 1798 Proy., 1851; 2083 y 2114 Vaud. (§ 2º) Franc., 1889 Ital.; 3112 y 3233 Argent.;

Art. 1861: Los contratos de prenda é hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ó estén sujetas á condición suspensiva ó resolutoria (1).

Art. 1862 La promesa de constituir prenda ó hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudase á otro ofreciendo en prenda ó hipoteca como libres las cosas que sabia estaban gravadas, ó fingiéndose dueño de las que no le pertenecen (2).

2155 Ante proy. belga; 3138 Luis., 1567 Vaud., 1924 Méx., 2405 Chil. 893 Port., 2273 y 2292 Urug.

(Troplong, *Gage*, núms. 480 y sigs.; Demante, n. 870)

(1) Sus precedentes en las Ls. 3, 5, 33, 14, § 1, tit. 1, lib. 20; L. 2, tit. 3, lib. 20, L. 13, tit. 6, lib. 12, L. 9 pr. § 3, tit. 6, lib. 14. Dig., L. 129, § 1, tit. 17, lib. 50; Ls. 1, 2, tit. 33, lib. 8; Cód.

Por referencia, los arts. 1113 á 1124 del presente Código,—y el 105 L. Hipotecaria.

Corresponde á los arts. 1899 y 1940 Méx. 2256 Urug.

(2) Por referencia, el art. 550 del Cód. penal,—y art. 2260 Urug.

CAPITULO II.

DE LA PRENDA.

Art. 1863 Además de los requisitos exigidos en el art. 1857 se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, ó á un tercero de común acuerdo (1).

(1) Conviene con las Ls. citadas en el art. 1857, y con la 238, § 2º, tít. 16, lib. 5º Dig. Vease la L. 1, tít. 13 Part. 5º.

La prenda y la hipoteca formaron durante siglos una sola institución, y la historia de su desenvolvimiento ha sido forzosamente una de las más laboriosas en los anales del Derecho.

En los primeros tiempos de Roma, la única garantía del acreedor era la confianza que le inspirase su obligado, ó el terror que á éste infundía el precepto legal haciéndole responsable con la libertad y la vida de su solvencia.

La L. Papiria templó este rigor reservando la pena para los delitos y concediendo sólo al acreedor el trabajo y los bienes del deudor; y más tarde, el Derecho honorario introdujo el procedimiento de hacer efectivas las deudas dando exclusivamente la posesión de los bienes. De otro lado los acreedores buscaron la seguridad del crédito en la garantía personal de un tercero, mediante las obligaciones solidarias y la *caución*; más, bismbradas con el tiempo las superiores ventajas de la *garantía real*, se hizo un ensayo de ésta mediante la enajenación de la cosa, pero con obligación por parte del adquirente (por pacto especial de *fiducia*) de restituirla satisfecho el crédito. Parecida esta convención á nuestra venta con pacto de retro, tenía aun mayores inconvenientes, porque, sobre percibir el acreedor los frutos con perjuicio del deudor, y quedar éste expuesto á perder la cosa por el importe del crédito, si no pagaba la cantidad estipulada, tenía además el inconveniente de que, si el acreedor transfería la cosa, el deudor, ni aún pagando el precio, podía reivindicarla de un tercero, pues la acción que le asistía era puramente personal.

Para salvar estos inconvenientes, consecuencia de una verdadera transferencia del dominio, se inició, en contraposición á esta, el *pignus*, contrato de cesión que hacía el deudor entregando simplemente la posesión material de la cosa sin enajenarla ni conceder derecho alguno sobre ella al acreedor. Pero, la mera tenencia no daba acción para reclamar la posesión de la

Art. 1864 Pueden darse en prenda todas las cosas muebles

cosa si se perdía, lo que vino á ser para el acreedor un grave inconveniente: era necesario garantizar al acreedor, sin desposeer del dominio al deudor, lo cual resolvió Salvio, concediendo á aquél un interdicto para reclamar la posesión material de la cosa pignorada. Con esto, quedó caracterizado el nuevo derecho real que se perseguía; más se le descubrió todavía un defecto, cual era que, estando el deudor privado de la posesión, no podía levantar nuevos créditos sobre la prenda, como que no se hacen á un tiempo compatibles dos posesiones. Se desconocía el nuevo derecho *in re*, que hoy merced á estos precedentes romanos, consideramos tan sencillo y tan claro; el derecho sobre la cosa que, sin poseerla, garantiza eficazmente el pago al acreedor. Servio halló la solución investigándola en interés del colono que, no pudiendo desprenderse de los utensilios del trabajo, no encontraba medio con que afianzar su deuda; y la solución fué conceder acción al acreedor sobre la cosa en virtud de simple pacto y sin tradición. Resuelto el problema, los jurisconsultos generalizaron el principio introduciendo una acción para todos los casos, llamada casi serviana, *serviana útil* ó *hipotecaria*. y desde entonces todos los acreedores pignoraticios pudieron, aun sin haber recibido la posesión, reclamar por medio de la acción real las cosas empeñadas cualquiera que fuese su poseedor; y de ahí, el derecho de hipoteca. Quedan así deslindadas dos instituciones; la hipoteca, garantía real sobre la cosa que continuaba en posesión del deudor, y la prenda, según la cual era necesaria la tradición de las cosas si eran muebles, y la posesión si inmuebles. *Pignus* dice Cayo, *appellatum á pugno; quia res quae pignori dantur; manu traduntur* (§ 2, L. 238, tít. 16, lib. 5º del Dig.), y Ulpiano. *Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit; hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem* (§ 2, L. 9, tít. 7, lib. 13 del Dig.)

Para los efectos del derecho era indiferente que las cosas fueran muebles ó inmuebles, de lo que dimanó que los jurisconsultos romanos dijieran que la prenda y la hipoteca sólo se diferencian en el sonido. (§ 1 de la L. 6 tít. 1, lib. 20 Dig.)

Moderadamente el derecho de prenda y de hipoteca se distinguen, no tan sólo en que aquella supone la entrega ó la posesión, y ésta la inscripción, sino que la primera versa sobre bienes muebles y la segunda sobre inmuebles; pero en el fondo convienen ambos derechos, pudiendo decirse de uno y otro; que consisten en el derecho real que uno tiene sobre cosa ajena en garantía de un crédito con facultad de enajenarla, en legal forma, para hacerse pago con el precio.

El F. Juzgo, Ls. del tít. 6, lib. 5, el F. Viejo, tít. 5 lib. 3 el F. Real, tít. 15, lib. 3; las Partidas tít. 13, Part. 5ª y las demás leyes antiguas del Der. patrio, dada la identidad de efectos de los dos derechos, no hacen apenas distinción entre la prenda y la hipoteca.

Desde el siglo xvi la institución del Reg. de la Propiedad acabó de perfeccionar, no sin una prolija y difícil elaboración, el derecho de hipoteca que por su carácter real y absoluto ó obligatorio para todos en exclusivo beneficio del acreedor exige la publicidad de su existencia y la especialidad de la cosa en que está cifrado. Véase nota al Reg. de la Prop., sobre el art. 605 Arts, 430, 438; 1191 presente Cód., y 321 y 322 Cód. Comercio.

que están en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión (1).

Art. 1865 No surtirá efecto la prenda contra tercero, si no consta por instrumento público la certeza de la fecha. (2).

Art. 1866 El contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder ó en el de la tercera persona á quien hubiere sido entregada, hasta que se le pague el crédito.

Si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor que contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquél prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda á la seguridad de la segunda deuda (1).

Art. 3204 Argent.; 1892 Méx. 2386 Chil. 858 Port.; 2261 Urug.; 1983 y § 2 del 1987 Guat.

Zachariæ, § 779, nota 7, Troplong. *Gage*, núms. 194 y sigs, Duranton, t. xviii, núm. 518.)

(1) En un principio la prenda sólo tenía lugar con relación á las cosas muebles según se deduce de la L. 238., § 2º, tít. 16, lib. 50 Dig.; pero también se aplica á las incorporales L. 6, § 1, L. 8 pr. L. 25; tít. 7, lib. 13; L. 11, párs. 1, 2, Ls. 12, 31, tít. 1, lib. 20 Dig., y Ls. 4, 7, tít. 24, lib. 4 Cód. La L. 1, tít. 13. Part. 5ª admitía los muebles raíces.

V. los arts. 335, 336, 430 á 432; 438 de nuestro Cód. y el 320 Cód. Comercio.

Concuorda nuestro art. con el 1772 Proy. 1851; y con los 2072. 1ª parte. Franc. 1878 Ital.: 2211 Argent.; 2141 1ª parte y 2144 Ante proy. belga; 1196 Hol. 1873 Méx. 856 Port.; 2259 Urug.

V. Troplong.; núms. 54 y sigs.

(2) Por Der. rom. podía celebrarse la prenda con ó sin escritura. L. 4; tít. 1; lib. 20 Dig. lo que aceptó la L. 6; tít. 53. Part. 5ª

V. los arts. 1216 á 1218. 1225 y 1227 del presente Código,

El anotado conviene con el 1774 § 1º Proy. 1851; 2074 Franc.; 1880 Ital. 3217 Argent. 1559 Vaud. 1197 Hol. 3125 Luis. 2093 Boliv. 1904 y 1905 Méj.; 858 Port. 1986 Gua. — (Zachariæ, § 779, nota 7 y 8).

(1) Ls. 5; § 1, tít. 1, lib. 20, y 238, § 2, tít. 16, lib. 50. Dig.; — y tít. 13, Part. 5ª, con respecto del prim. § del artículo.

El 2º § tiene su precedente en la L. única, tít. 27., lib. 8 Cód., que fue trasladada á la 22. tít. 13, Part. 5ª

Concuorda con los 1771 y 1779 proy. 1951; y 2071, 2073 y 2082 (2º §) Franc., 1879 y 1888 (§ 2º) Ital. — 3218 Argent. 2142 y 2154 (§ 2º) Ante proy. belga; 3100 y 3102 Luis., 1557 y 1558 Vaud. 1196 y 1205 Hol., 447 Austr. 1, tít. 20, parte 1ª Prus. 2087, 2088 y 2105 Boliv.; 1906 Méx. 2396 Chil.; 2258 Urug. 1988 Guat.

(Vinnio, § 4, tít. 15, lib. 3 Instit. Voet, núms. 1 y 24, tít. 1, lib. 20; Troplong, *Gage*, núms. 463 y sigs. Aubry y Rau, § 434, n. 1; Demante, n. 869; Duranton, t. XVIII, n. 546.)

Art. 1867 El acreedor debe cuidar de la cosa dada en prenda con la diligencia de un buen padre de familia; tiene derecho al abono de los gastos hechos para su conservación, y responde de su pérdida ó deterioro, conforme á las disposiciones de este Código (1).

Art. 1868 Si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y si no se le deben, ó en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital (2).

Art. 1869 Mientras no llegue el caso de ser expropiado de la cosa dada en prenda, el deudor sigue siendo dueño de ella.

Esto no obstante, el acreedor podrá ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla ó defenderla contra tercero (3).

Art. 1870 El acreedor no podrá usarla sin autorización del dueño, y si lo hiciere ó abusare de la cosa en otro concepto, puede el segundo pedir que se la constituya en depósito (4).

Art. 1871 No puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor, mientras no pague la deuda y sus intereses, con las expensas en su caso (5).

(1) Conviene con las Ls. 15 y 24, § 3, tít. 7, lib. 13; 6, tít. 14, lib. 8 Cód. y el § 4, tít. 15, lib. 3 Inst. — V. las 20 y 21, tít. 13 parte 5ª.

Arts. 1122, 1123, 1774, 1777, 1779 y 1780 del presente Código.

Concuorda con el 1776 proy. 1851; 2080 Franc., 1885 Ital. 3225 y 3228 Argent. 2152 y 2156 Ante proy. belga; 1565 Vaud. 1203 Hol. 3135 Luis. 2096, 2097 y 2098 Boliv. 1909 Méx. 861, núm. 1 Port. 2394. Chil. 2265 Urug. 1995 y 1994 Guat.

(Aubry y Rau. § 435, n. 1, y 434, n. 3; Zachariæ, § 781, nota 1; Troplong núms. 466 y sigs. Duranton, t. XVIII, n. 529.)

(2) Conviene con las Ls. 1, tít. 24, lib. 4 Cód. 4, § 3, lib. 46 Dig. y es anal. á la 20, tít. 13, part. 5ª

Equivale al 1777 proy. 1851, y corresponde á los 2081 Franc. 1886 Ital. 3231 Argen; 2153 Ante proy. belga, 3136 Luis, 1204 Hol, 2101 Boliv, 1913 Méx, 867 Port, 2403 Chil, 2272 Urug, — (Duranton, n. 544)

(3) Por referencia, el 321 Cód. Comercio.

El prim. § del presente art. conviene con los 2079 Franc. 2151 Ante proy. belga 860, núm. 2 Port. 2393 Chil. 1263 Urug. 1989 Guat.

(4) 778 Proy. 1851-3230 Argent. 1205 Hol. 1887 Ital., 1910 Méx. 862 Port. 2395 Chil. 2265 § 2 Urug. 1995, 1996 y 1997 Guat. — V. Aubry y Rau. § 435.

(5) Ls. 9, § 3 al pr.; 11; § 2 y 5; 8, 20, § 2 y 24, tít. 7, lib. 13 Dig-13, 21 y 36, tít. 13, Part. 5ª.

Arts. 1157, 1191 del presente Cód. — 320 y 324 del de Comercio.

Concuorda en parte con el 1778 Proy. 1851, y con los 2082 Franc. 3229