

## CAPÍTULO XIX.

## SUMARIO.—Derechos reales limitativos del dominio. (Continuación.)—C. Derecho real de PRENDA.

## Art. I. DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del derecho real de PRENDA.*—1. Los derechos reales de prenda é hipoteca.—2. Sus acepciones.—3. Razón de plan.—4. Concepto racional, común y diferencial de los derechos de prenda y de hipoteca.—5. Concepto histórico legal de los derechos de prenda é hipoteca.—6. Precedentes (pueblo judío, Grecia, Roma).—7. Desarrollo histórico legal patrio antes del Código civil, respecto de estos derechos de garantía (Códigos de la Monarquía visigoda, Fueros Municipales, Fuero Viejo, Fuero Real, Partidas, Leyes del Estilo y de Toro, Peticiones de Cortes, Ley Hipotecaria y su Reglamento).

§ 2.º *Doctrina vigente sobre el derecho real de prenda ANTES del Código civil.*—8. Fuentes legales.—9. Concepto legal del derecho real de prenda.—10. Contenido del derecho real de prenda (Reglas de Derecho).—11. Elementos personales.—12. Elementos reales.—13. Elementos formales (de constitución y de extinción).—14. Efectividad del derecho real de prenda (acciones relativas á la prenda como contrato y como derecho real).

§ 3.º *Jurisprudencia anterior al Código civil.*—15. Derecho real de prenda.

## Art. II. CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto.*—16. Derecho real de prenda.

§ 2.º *Explicación.*—17. *Derecho real de prenda.* Indicaciones relacionadas con lo dicho en otro lugar. A. En cuanto á las disposiciones comunes á la prenda y á la hipoteca. B. En cuanto á las especiales de la prenda.

## Art. III. RÉGIMEN VIGENTE.

§ 1.º *Criterio de transición.*—18. Reglas de Derecho.

§ 2.º *Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.*—19. Enumeración de las aplicables á las materias de este Capítulo.

## ART. I.

## DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

## § 1.º

**Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del derecho real de PRENDA.**

1. Discurremos acerca del concepto racional de los derechos reales de *prenda* y de *hipoteca*.

Hé aquí dos instituciones que son idénticas en su fines, las mismas en naturaleza *subsidiaria*, equivalentes en acepciones, y cuyos conceptos han marchado, por mucho tiempo, unidos en el desenvolvi-

miento histórico del Derecho positivo. Mas se distinguen notablemente, atendiendo á los medios que presiden, en cada una de ellas el cumplimiento de su fin último, y se nos presentan con diversa organización legal. Esas afinidades de primer origen y naturaleza recomiendan el ingreso en su estudio, bajo un punto de vista *común*, con una sucesiva *diferenciación*.

2. La *prenda* y la *hipoteca* se ofrecen bajo tres distintas acepciones: como *derecho real* ya constituido; como *contrato*, ó uno de los medios de constituir aquel derecho; y como la *cosa* misma dada en prenda ó en hipoteca. Así se dice, derecho real de prenda, derecho real de hipoteca; cosa hipotecada, cosa empeñada; contrato de prenda, incluyéndole en los reales, y contrato de hipoteca, en los consensuales. Muy general es la práctica, en los códigos y escritores modernos, de estudiar estas instituciones en la *contratación*, sin duda porque la forma frecuente de otorgar la prenda ó hipoteca es el contrato. Por ese criterio el dominio, la servidumbre y todas las modificaciones del derecho de propiedad deberían comprenderse en el tratado de las *obligaciones*; pero no observan aquéllos que cosa distinta y más accidental es el modo de constitución, que el derecho ó la relación jurídica ya constituida. En hora buena que los requisitos particulares ó privativos de esta clase de contratos se anoten, bajo su nombre, entre las convenciones; mas como no es sólo el contrato la forma de su creación, y, por otra parte, lo que más importa es el contenido de la relación jurídica de prenda ó de hipoteca, no cabe duda que, originando unas especies de *derechos reales*, entre los *derechos reales* deben ser tratadas.

3. Reservamos, pues, para los *contratos* (1) lo que sea privativo de ellos en la constitución de la *prenda* ó de la *hipoteca*, y procedemos á su estudio en este lugar, como *derechos reales limitativos del dominio*. Mas antes de penetrar en el examen detenido y circunstanciado de cada uno de ellos, preciso es que nos elevemos á su *común concepto*, analizando su característica naturaleza y presentando, al mismo tiempo que la idea madre que les engendra, el principio cardinal que les da propia y sustantiva existencia.

4. La necesidad de una garantía, que no haga ilusorio el cumplimiento de las obligaciones y que dé al crédito una existencia real y positiva, es predicado de la razón y exigencia de la historia. La confianza en la ejecución de lo pactado no puede ser plena y completa, sin una garantía viva y efectiva, que convierta en hermosa realidad esa esperanza que anima, en el comercio humano, al poseedor de un

(1) Caps. XXXIV y XXXVII, Tom. IV.

derecho, que ve dibujarse en el mañana la plenitud que constituye su verdadera esencia. Poco importa que la garantía sea *personal ó real*; lo que el sujeto activo del derecho quiere, es la seguridad en el cumplimiento de la obligación por parte del sujeto pasivo.

Sin embargo, la órbita de acción y desenvolvimiento de la garantía personal es muy estrecha y limitada, algunas veces es insuficiente, y con frecuencia ineficaz en sus resultados. El anticipo del consumo de valores requiere, por su propia esencia, que esos valores tengan una realización fija y determinada; y los medios que aseguren á esta función activa del crédito una amplia y rica existencia han de ser tan eficaces y tan generalmente tenidos por tales, que ni una sombra de duda pueda empañar la relación económico-jurídica que les da vida. Es preciso que esta garantía esté por encima de la pérdida de intereses, de la ruina ó de la mala fe del deudor. De aquí es que, al lado de la garantía personal, de *aquella seguridad que ofrece una reputación y honradex inmaculadas, ó la posesión de grandes intereses materiales por la persona que debe el derecho ó por un tercero que afiance su cumplimiento*, aparece la garantía real, *aquella seguridad que nos da, para la ejecución de lo pactado, especial afectación de valores que, teniendo propia existencia, no pueden ser llamados á cubrir preferentemente otras distintas responsabilidades*.

Á esta garantía *real* para la efectividad de la obligación se la ha revestido de diversas formas y se la ha dado distintos nombres, así como al derecho que, recayendo sobre cosa determinada corporal ó incorporeal, mueble ó inmueble, merece como ella la consideración de *real*, y es su lógica y necesaria consecuencia.

Á tres formas podemos reducir las diversas manifestaciones de toda garantía real: 1.<sup>a</sup> La cosa, ofrecida en garantía, sale de la posesión material del dueño y pasa á manos de un tercero ó del acreedor, pudiendo éste instar la venta de los valores entregados si la obligación no se lleva á debido cumplimiento. 2.<sup>a</sup> La garantía se constituye en cosas que no salen de la posesión de su dueño, mas el acreedor puede pedir la venta de ellas si la obligación no fuera cumplida. 3.<sup>a</sup> El acreedor adquiere tan sólo el derecho al aprovechamiento de los frutos de la cosa ofrecida en garantía ó de parte de ellos para la extinción de su crédito, ya la cosa se le entregue, ya se deposite en manos de un tercero, ya permanezca en poder de su dueño (1). Las dos primeras formas tienen un elemento común, cual es el derecho real que engen-

(1) Esta doctrina encuentra su confirmación en el art. 874 del Código civil portugués. Es de notar que este Código designa á la *anticresis* con el nombre de *consignación de rentas*.

dra: en una y otra el acreedor tiene la facultad de instar la venta de la cosa, como medio de hacer efectiva la obligación garantida. Se diferencia, no obstante, en que en la primera la cosa sale de la tenencia material de su dueño y pasa á poder del acreedor ó de un tercero, que contrae la obligación de conservarla de manera que no se pierda ó empeore, mientras que en la segunda la cosa permanece en la posesión del que constituye este derecho.

En la tercera de estas formas no se adquiere el derecho de pedir la venta de la cosa, y en esto se distingue de las dos anteriores; pero en cambio tiene el acreedor el aprovechamiento de sus frutos ó de parte de ellos, y se aproxima á la una ó á la otra, según que los valores, que garantizan la obligación, quedan en poder de su dueño ó pasan al del acreedor ó al de un tercero, y á veces se combina con ellas, apareciendo como un pacto agregado en su constitución.

Diferéncianse también atendiendo á la clase de obligaciones garantidas. Toda clase de obligaciones, en cuanto su cumplimiento pueda ser garantido por una responsabilidad pecuniaria ó resolverse en una entrega de valores, puede caer bajo el dominio de las dos primeras manifestaciones de este derecho. Más estrecho es el círculo de acción de la de la tercera, pues se limita al pago de *deudas*, cualquiera que sea su legítimo origen, y de los intereses que puedan devengar.

Todas ellas están subordinadas á los principios de *especialidad, determinación y publicidad*. Los bienes sobre que se constituyen han de ser especial, individualmente determinados, así como la extensión de las responsabilidades aseguradas, y esta afectación y responsabilidad han de poder ser por todos conocidas. Mas en la segunda, dada su característica naturaleza de permanecer la cosa afecta en la tenencia de de su dueño, este último principio de publicidad toma tal extensión y tiene tal fuerza y eficacia, que exige necesariamente que todos los bienes sobre que recae sean susceptibles, en cualquier momento, de una plena y verdadera identificación, y que sea tan notorio el gravamen real que sobre ellos pesa que no quepa duda alguna de su existencia, ni pueda ser ocultado por un dueño de mala fe. De otra manera, falto de base, el crédito arrastraría una vida miserable y mezquina, puesto que, en gran número de ocasiones, la garantía real sería por completo ilusoria.

Poco importa que la cosa sea *corporal ó incorporeal, mueble ó inmueble*; lo esencial es que la garantía se realice, subordinada á estos principios, afectando una de las tres formas sobredichas. Que la naturaleza de la garantía real, en cualquiera de sus manifestaciones, lo mismo se revela en las cosas *inmuebles* que en las *muebles*, en las *incorporales* que en las *corporales*.

Hay, sin embargo, una excepción: la tercera de las formas que venimos estudiando requiere que la cosa sobre que recae sea *fructifera*, toda vez que su esencia consiste en el derecho al aprovechamiento de los frutos. Pero desde luego se comprende que, mueble ó inmueble, corporal ó incorporeal, siempre que tenga esta cualidad de *fructifera*, podrá ser objeto especial de este derecho, por más que en las dos primeras esta cualidad no sea necesaria en la cosa para la constitución de la garantía (1).

Ahora bien: estas tres manifestaciones de garantía real, confundidas y no bien deslindadas en la historia, han recibido diferentes nombres, más ó menos apropiados á su esencial naturaleza. La primera ha sido y es conocida con el nombre de *prenda*, *pignus* (de *pignus*, puño) (2), palabra que revela la idea esencial que entraña, cual es que la cosa que sirve de garantía pase al poder del acreedor ó de un tercero. *Quia res quæ pignori dantur, manu traduntur*.

La segunda ha sido denominada *hipoteca*, palabra griega ὑποθήκη (de ὑπό, *sub*, *subter*, y τίθημι, *pono*, *colloco*, *constituo*), que significa *suppositio*, el acto de poner debajo, el sometimiento de una cosa á otra.

La tercera ha recibido el nombre de *anticresis*, también palabra griega, ἀντιχρησις de ἀντί, *pro*, *contra*, *vice* y χρέω, *mutuo*), que significa *mutuus usus*, uso recíproco, *ut cum ei, a quo res aliqua utenda accipitur, alia vicissim utenda datur*.

Fijado de este modo el concepto racional del derecho real limitativo del dominio constituido en una cosa ajena, para garantía de un crédito, en las tres formas naturales de su manifestación, *prenda*, *hipoteca* y *anticresis*, las exigencias metódicas nos llevan á investigar cuáles han sido sus vicisitudes en la historia de nuestro Derecho positivo.

5. Determinada hasta aquí la naturaleza esencial de la garantía real, veamos cuál fué su génesis en la historia, fijándonos especialmente en lo que se refiere á nuestra legislación.

La existencia de una garantía para la efectividad de las obligaciones tiene orígenes tan remotos como la contratación misma. Pero sus formas de realización han sido y son tan variadas, como las condiciones históricas en que se han manifestado. La mera palabra del deudor, por la confianza que su probidad inspirara; el compromiso de una tercera

(1) Entendemos aquí por *infructiferas*, para esta distinción, aquellas cosas que, siendo verdaderos valores, no son susceptibles de aumento, acrecimiento ó producto sin ser transformadas ó sin alterar su propia naturaleza. Ejemplo: una piedra preciosa en bruto, un mineral de oro, hierro, etc.

(2) *Pignus appellatum a pugno: quia res, quæ pignori dantur, manu traduntur*.—Párr. 2.º, L. 238, tit. 16, lib. L, Dig. (Frag. de Gaio.)

persona con el carácter de fiador; el juramento del obligado, que, haciendo sagrada la deuda, la prestaba una sanción religiosa; la pena y vejaciones para intimidar al deudor moroso y de mala fe; y por último, la seguridad real obtenida con la entrega de bienes al acreedor ó á un tercero ó con el sometimiento y afectación especial de determinados valores para la efectividad del pago; tal es la génesis de la idea de garantía, desde lo más elemental y sencillo hasta lo más perfecto y científico.

6. El pueblo judío conoció la *prenda*, y las leyes de Moisés iniciaron reglas respecto de ella que hoy son verdades legales en todos los pueblos cultos, cual sucede con la excepción de responsabilidades para *prenda* ó embargo en los útiles de la industria y ropas de uso diario del deudor. Grecia fué más allá, presintiendo el sistema de las hipotecas públicas y especiales, mediante la colocación de la columna expresiva del gravamen en la finca afecta á esa responsabilidad. Roma realiza más bien retroceso que progreso en este punto, y sólo cuando, después de los primitivos tiempos, no se estimó bastante garantía la religiosa y moral, de cuya verdad son testimonio los templos levantados por Numa Pomilio á *La Probidad* y *Buena Fe*, apareció el sistema del apremio individual como primera forma de las garantías personales, de que fueron variantes la fianza y la obligación solidaria. Lleno de horrores el apremio individual, contrarios al respeto debido á la personalidad é ineficaces ó insuficientes para el mismo acreedor (1), aparecen las garantías *reales*, siendo su primera manifestación una especie de venta, con pacto de retro, á lo que se llamaba *fiducia*, por la cual el dominio transferido se rescindía, volviendo al deudor los bienes en el momento de satisfacer la deuda; no sin ensayarse también la *missio in possessionem* y la *venditio bonorum*, cuyas fórmulas servían para poner en posesión de los bienes del deudor al acreedor y venderlos á los sesenta días, si no satisfacía la deuda, con una especie de infamante sucesión universal en vida que denigraba su condición.

Al lado de la *fiducia* ó mancipación fiduciaria nacida del Derecho civil, que ofrecía el peligro de las enajenaciones que pudiera hacer el acreedor puesto que ganaba el dominio de la cosa, surgió la *prenda* ó *pignus* de Derecho natural por la influencia pretoria; pero esta nueva forma tenía también grandes inconvenientes, sobre todo respecto de los predios agrícolas, porque impedía su cultivo, y ése fué el

(1) Como el atentado á su libertad apoderándose de él, el deshonor de su exhibición pública, la esclavitud del trabajo para con su servicio reintegrar al acreedor, el destierro más allá del Tíber, la exoneración de sus derechos de ciudadanía y hasta la privación de la vida.

motivo de que se pactase la conservación de los bienes en el poder material del deudor por vía de precario ó arrendamiento.

Lo importante era arbitrar recurso por el cual no fuera necesaria la *mancipación* y posesión material de las cosas dadas en garantía, y conseguir ésta mediante la atribución al acreedor de un derecho real en las mismas por el simple efecto de la convención. Á ese fin respondió la introducción de las acciones *serviana* y *cuasi serviana*, que daban poder al acreedor para reclamar del tercer poseedor la efectividad de su derecho en las cosas muebles é inmuebles respectivamente.

De esta manera se revela ya el concepto puro del derecho de hipoteca; pero todo es inútil é ilusorio no existiendo una institución como la del Registro de la Propiedad que dote á aquellas garantías de la indispensable nota de la *publicidad* y las revista del principio de *especialidad*. Roma no conoció el Registro, ni se preocupó de esos dos principios, bases elementales y precisas de todo el sistema hipotecario. Así es que fueron estériles é impropias las clasificaciones de las garantías pignoraticias é hipotecarias, más ó menos privilegiadas, por razón del origen de la deuda, por la solemnidad de su constitución y por la generalidad ó extensión de los bienes á que afectaban, así como impropias las sanciones de carácter penal que se establecieron para castigar el fraude de deudores que tenían comprometidos sus bienes por anteriores deudas, y los afectaban nuevamente como libres por otras posteriores. Otra cosa hubiera sido si en lugar de calificar semejante hecho de delito de *estelionato*, hubiesen asegurado la eficacia de las garantías sobre inmuebles con la institución civil del Registro, manteniendo además el genuino concepto de la prenda, que pedía inexcusablemente la entrega de la cosa por el deudor.

Por otra parte, estas dos formas de garantía real, prenda é hipoteca, vivían en sus conceptos confundidas, de tal manera que había jurisconsultos, como Marciano, que tan sólo en el nombre las diferenciaban. *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt* (1). Sin embargo, empezaban á deslindarse los campos y á conocerse la naturaleza especial de cada uno de estos derechos, que iban obteniendo poco á poco propia y sustantiva existencia. Así vemos que Ulpiano (2) daba el nombre de *prenda* á la garantía que pasaba á manos del acreedor, y el de *hipoteca* á la que permanecía en la posesión del deudor. *Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit: hypothecam cum non transit, nec possessio ad creditorem*. Al mismo

(1) Lib. Singul. ad formulam hypothecariam, L. 5.<sup>a</sup>, tít. 1.<sup>o</sup>, lib. xx, Dig.—En realidad, con la palabra *pignus* designaban los romanos ambos derechos.

(2) Lib. xxviii, ad Edictum, L. 9.<sup>a</sup>, tít. 7.<sup>o</sup>, lib. xiii del Dig.

tiempo se iniciaba la tendencia—tan predominante en la actualidad—de considerar que la prenda se constituye únicamente en cosas *muebles* y la hipoteca, principalmente, en las *inmuebles*. Gaio nos lo dice textualmente: *pignus proprie rei mobilis constitui* (1).

Finalmente, haremos notar que la acción *pignoraticia* nacida del contrato real de prenda era *personal*, y competía al que había dado la cosa en prenda, contra el que la había recibido, para compelerle á su devolución, una vez cumplida la obligación asegurada; y que la acción *hipotecaria* surgía del derecho *in re* creado por la constitución de la prenda y de la hipoteca, y correspondía al acreedor para hacer efectivo su derecho sobre la cosa hipotecada ó empeñada, cualquiera que fuere su poseedor.

7. En el Estado gótico-hispano continuó rigiendo la legislación romana antejustiniana, hasta que el Fuero Juzgo abolió las leyes romanas, sustituyendo á la ley de castas la unidad legislativa. Sin embargo, son tan rudimentarias é imperfectas las disposiciones sobre el derecho pignoraticio, que encontramos en el tít. 6.<sup>o</sup> del lib. V de este inmortal Código, que nos parece indudable que un derecho consuetudinario, basado tal vez en la ley romana, servía de regulación á estos derechos de garantía real que, habiendo sido ya conocidos, no podían ser tan fácilmente olvidados.

Seis leyes tan sólo contiene el citado tít. 6.<sup>o</sup> del lib. V bajo el epígrafe «*De pignoribus et debitis*», y, de ellas, las cuatro primeras son las únicas que regulan la prenda, sin que encontremos en tan exiguas prescripciones la palabra *hipoteca*, por más que de esto no podamos deducir otra cosa sino que continuaba una plena confusión de conceptos, y que ambas garantías reales eran conocidas con el nombre de *pignus*; equivalente á *penno* en el código romanceado (2). De estas leyes, las más importantes son la 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, en las que se establecen las reglas para el pago de la deuda y para la devolución de la cosa prendada.

Rota la unidad legislativa con la invasión musulmana y la destrucción del imperio de Toledo, concretándonos á la legislación de Castilla, observamos que en aquellos pequeños Códigos, que se llaman Fueros municipales, apenas se encuentra alguna que otra disposición que re-

(1) Lib. vi, ad Legem XII Tabularum, L. 233, tít. 16, lib. I del Dig.—Dionisio Godofredo, en sus comentarios al lib. xx del Dig., procura distinguir la prenda de la hipoteca, y entre los elementos que tiene en cuenta al establecer su paralelo, se halla la tendencia indicada en el texto. Así dice: «*At pignus mobilis: hypotheca rei immobilis est.*»

(2) En las fórmulas visigótico-romanas conservadas por el obispo D. Pelayo, y dadas á conocer por Ambrosio Morales, no encontramos, respecto al derecho pignoraticio, más que una especie de acta en que uno confiesa haber recibido prestados de otro cinco sueldos, y que, mientras no los paga, deberá pasar al servicio del acreedor un siervo propio del deudor.

cuerde la existencia de garantías reales para asegurar el cumplimiento de las obligaciones, predominando la idea esencial y característica de la *prenda* sobre la de la *hipoteca*; y la ausencia de esta última palabra, en estos cuadernos legales, nos hace inferir que, si el derecho pignoraticio tenía propia existencia, sus formas de manifestación vivían confundidas por completo en su concepto general.

Buena prueba de nuestros asertos es el Fuero Viejo de Castilla (1), síntesis de la legislación foral de aquellos tiempos. En él encontramos el genuino concepto de la *prenda* constituida, ya en cosas muebles ó semovientes, ya en inmuebles, pasando siempre la garantía real á manos del acreedor. Mal podía en aquella época de fuerza en que la guerra privada venía frecuentemente á resolver las contiendas jurídicas, encontrar condiciones de desenvolvimiento y de vida un derecho de garantía como es el de hipoteca, en el que los valores que aseguran el cumplimiento de la obligación permanecen en manos de su dueño. Era lógico que el acreedor no encontrase suficiente garantía, sino apoderándose de las cosas del deudor y manteniéndolas en su poderío hasta que la obligación fuera cumplida. Así es que, cuando la ley quiere asegurar los derechos de la mujer, en cuanto á los bienes por ella poseídos antes de contraer matrimonio, concede á ésta, más bien que un derecho de hipoteca legal sobre los bienes del marido, un verdadero derecho de reivindicación sobre los mismos bienes por el marido enajenados (2). Sin embargo, conforme el Estado castellano va ensanchando sus fronteras y afianzando el imperio del Derecho; conforme aquella sociedad turbulenta y guerrera va subordinando la fuerza material á la fuerza moral, y el reinado de la ley va poco á poco sustituyendo al despotismo del más fuerte, renacen instituciones jurídicas que yacían olvidadas casi por completo. Entre éstas, la *hipoteca* no podía menos de ocupar un importante lugar, y á medida que la tranquilidad se afianzaba en aquel pequeño Estado, encontraba condiciones más propias para su manifestación y desenvolvimiento. Así es que, si su nombre no aparece, su esencia es reconocida y consignada en uno de los primeros trabajos legislativos del Rey Sabio, en el Fuero Real. El tít. 19 del lib. III de este Código, bajo el epígrafe «*De los empeños y prendas*», contiene diez interesantes leyes, en las que al lado de la garantía real, *que pasa á la tenencia material del acreedor*, encontramos la que *permanece en la posesión del deudor*. En la ley 6.<sup>a</sup> se establecen dos verdaderas hipotecas tácitas y generales, la una en los bienes del Obispo para asegurar una prudente adminis-

(1) Véanse los tít. 5.<sup>o</sup> y 7.<sup>o</sup> del lib. III.

(2) LL. 7.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup>, tít. 1.<sup>o</sup>, lib. v, F. Viej.

tración de los bienes de la Iglesia, y la otra en el patrimonio de aquellos que tienen alguna cosa del Rey como garantía para su devolución; y en la 7.<sup>a</sup> se permite la hipoteca general convencional. De esta manera, al lado de la *prenda* entregada al acreedor se regula el *empeño*, que puede garantizar obligaciones sin que salga la cosa del poderío del deudor, pudiendo recaer indistintamente ambos derechos sobre bienes muebles ó raíces (1).

Mas no por esto desaparece el sistema de desconfianza que preside en el desenvolvimiento de las instituciones que historiamos; antes por el contrario, se nos presenta bajo un nuevo aspecto. En verdad que las condiciones necesarias para la transformación del derecho real de garantía de *prenda* en *hipoteca* no eran aún tan completas y eficaces que del tránsito de la una á la otra, en un solo momento y de improviso, se hubieran hecho desaparecer todas las incertidumbres y desconfianzas. Aquella sociedad se resentía aún de su carácter turbulento, y el Poder público carecía en ocasiones de fuerza suficiente para mantener el imperio de la ley. Ciertamente que la esencia de la garantía hipotecaria la hemos visto reconocida y consignada en el Fuero Real; mas permaneciendo el empeño en poder del deudor, ¿cómo la ley inspira la confianza necesaria para la tranquilidad del acreedor? Las leyes del Fuero Real fueron en este punto interpretadas y aplicadas, introduciendo restricciones que no podríamos en manera alguna explicar sin el reconocimiento de estas causas generales, que venimos señalando como determinantes del desarrollo del derecho pignoraticio. La ley 243 del Estilo nos hace ver con toda claridad los medios á que acudieron los legisladores é intérpretes de nuestro Derecho para hacer compatible la restauración de la hipoteca con las condiciones históricas en que desarrollaba su vida el Estado castellano. En efecto: esta importante ley establece *«que el que ficiere deuda ó fiadura sobre lo que ha, que no puede vender ninguna cosa dello fasta que aquel que hoviere la deuda sobre ello sea pagado. E si alguna cosa vendiere él dello, mandará el Rey que se pueda tornar á ello, y que sea entregado en ello; y vendida que ficieren no vale. Pero así se juzga, que si este deudor es raygado, y valiado en los otros bienes que fincan, que puede vender de los otros bienes, que vala la vendida, salvo si los bienes que vendiese fuese seña-*

(1) Es un error el suponer que sólo se conocieron por el Fuero Real hipotecas generales, toda vez que en la ley 9.<sup>a</sup>, tít. 19, lib. III, se prohíbe que *se empeñe una cosa en dos lugares*, lo cual desde luego no se comprende que el legislador lo prescriba respecto á la *prenda* en su verdadero sentido, sino al *empeño*, en el que los bienes que sirven de garantía permanecen en la posesión del deudor, es decir, á la *hipoteca*; y, hablando de una cosa especial y determinada, es claro que la ley no se refiere á *empeño* ó *hipotecas generales*.