

El contrato consensual de prenda

Gastón Fernández Cruz

*A mi Padre y, en especial,
a mi Madre,
cuyo recuerdo ilumina mi
vida.*

QUIENES, DESDE LA CATEDRA, hemos tenido alguna vez contacto con la enseñanza del Derecho, hemos podido apreciar que uno de los puntos que en materia civil reviste un mayor problema de entendimiento para los estudiantes se materializa en la distinción existente en el nivel de perfeccionamiento de un contrato con la ejecución del mismo. No debe resultar ajena a nadie la confusión en que, por ejemplo, incurren muchos alumnos cuando afirman que el contrato de compra-venta de bienes muebles se perfecciona con la traditio del bien materia de la venta, olvidando el carácter netamente consensual de este contrato de efectos reales, cualquiera que sea el bien objeto de la venta.

Sin embargo, lo que puede resultar hasta cierto punto curioso es que esta confusión, cuando adquiere nivel sofisticado, se materializa en afirmaciones de calificados juristas, siendo una de ellas precisamente el afirmar el carácter real del contrato de prenda.

El presente trabajo no apunta más allá de demostrar que, en la moderna doctrina civilista, los contratos reales en general han sido dejados de lado; no representando el contrato de prenda una excepción a este

principio. Lo que sucede es que dentro de la legislación comparada aún hay ciertos códigos que mantienen el contrato de prenda como un contrato real, fundamentalmente los códigos latinoamericanos; lo que en ningún modo debe representar un obstáculo para nuestra afirmación de que, conforme a nuestro vigente Código Civil de 1984, acogiendo la nueva vertiente del derecho civil contractual moderno, se haya reafirmado la consensualidad que por definición es el principio general de perfeccionamiento de los contratos.¹

1. *CONTRATO. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS. CONTRATO CONSENSUAL. CONTRATO FORMAL. CONTRATOS DE EFECTOS REALES. CONTRATOS MANUALES.*

La definición que del contrato realiza el Código Civil de 1984, en su artículo 1351, no representa, en modo alguno, un avance doctrinario en relación a la definición misma de contrato, sino una reafirmación del principal elemento esencial de existencia del mismo, que es el consentimiento.

El contrato es considerado como un acuerdo de voluntades. Precisamente, por ser un acto jurídico bilateral, cuando menos, debe requerir la manifestación de voluntad de dos partes, pero siempre con la finalidad de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica. El carácter patrimonial, como elemento cualitativo del contrato sí representa, en la evolución de la teoría contractual, una conquista que le permite diferenciarse ampliamente de la denominada convención, acuerdo de voluntades sin contenido patrimonial. Sin embargo, el consentimiento como principio básico del contrato cedió, en determinadas circunstancias, con el objeto de garantizar seguridad jurídica a ciertas formalidades que, en vía de excepción, debilitaron el principio del consentimiento creando una nueva categoría de contratos que hizo necesario crear la terminología de con-

¹ En nuestro concepto, la supresión de los contratos reales es absoluta también en nuestro Código Civil de 1984; pues incluye la denominada "donación manual" o donación de bienes de escaso valor, que regulaba el artículo 1474 del Código derogado. Para una visión de los motivos de la supresión del discutido carácter real de esta especie de donación, ver: ARIAS SCHREIBER, Max, en "Código Civil". Tomo VI. Exposición de Motivos y Comentarios. 1985. Págs. 285 y 286.

En lo que respecta a las "arras", debe repararse que las mismas constituyen un "acto real" y no un "contrato real". Sobre este punto, ver: MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1971. Volumen IV, Pág. 447. Asimismo, JORDANO BAREA, Juan, "La Categoría de los Contratos Reales". Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958. Págs. 66 y 67.

tratos formales, a fin de diferenciarlos de los que se vinieron a llamar contratos consensuales; aunque esta definición llevare en sí una "contradictio in adjecto"; pues afirmar la consensualidad del contrato como categoría especial es en sí una tautología.

Junto a los contratos consensuales y formales se ubicó a los contratos reales, siendo la diferencia sustancial entre todos ellos el elemento determinante que, a su vez, fijaba el momento del perfeccionamiento del contrato. De esta manera, teníamos contratos que se perfeccionaban por el solo acuerdo de voluntades, en oposición a algunos que exigían como elemento adicional, para su perfeccionamiento, el cumplimiento de determinada forma para los contratos formales, o la entrega del bien materia del contrato tratándose de contratos reales. Si se repara bien, podrá apreciarse que, en rigor, los contratos reales no eran una categoría distinta de los contratos formales; pues lo que se exigía en ellos era el cumplimiento de una determinada forma, consistiendo esta formalidad en la entrega del bien materia del contrato².

De esta manera, se establecieron claramente los elementos que, tratándose de los denominados contratos reales, se hicieron necesarios para su conclusión; no bastaba el consentimiento, sino que era necesario que la entrega fuera coetánea a la manifestación conjunta de voluntad para que existiera el contrato; pues, de existir dicha manifestación de voluntad antes de la entrega del bien, aun habiendo evidentemente acuerdo de voluntades no había contrato: la entrega del bien, en consecuencia, tenía como función en este caso, la de perfeccionar el contrato. Sin embargo, la entrega de un bien en materia contractual tiene funciones diversas, siendo la principal no la de concluir un negocio jurídico sino la de ejecutar la prestación materia de la obligación que se ha contraído por determinado contrato. Esta no es sino la etapa o nivel de ejecución contractual, por lo que la función lógica de la entrega de la cosa es la de producir efectos reales de un contrato que, en principio, ya ha quedado perfeccionado con el solo acuerdo de voluntades. En el plano, pues, de la ejecución o cumplimiento contractual, se creó la categoría de los denominados "contratos con efectos reales"; ubicándose entre ellos a todos aquéllos que tenían por objeto la transmisión de algún derecho real o la producción

2 En el mismo sentido: MESSINEO, Francesco, "Dottrina Generale del Contratto". 3ra. Edición. Milán 1948. Pág. 67. Sin embargo, se presenta discusión al respecto. Para una visión global de los argumentos que niegan la posibilidad de subsumir los contratos reales en los formales, ver: BUERES, Alberto. "La Entrega de la Cosa en los Contratos Reales". Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires. Pág. 56 y sgts.

de alteraciones jurídicas sobre la tenencia, uso o disfrute del bien. Dentro de esta clasificación, no había ningún inconveniente en calificar como contratos de efectos reales a la compraventa, la permuta, el suministro, la donación, el mutuo, el arrendamiento, el comodato, el depósito, el secuestro y la prenda. De esta manera, lo que podríamos venir a llamar "doctrina tradicional" admitió que la entrega de un bien tenía la virtud de perfeccionar determinados contratos o de ejecutarlos, sobre la base de la función que en ambos supuestos debía tener el hecho propio de la entrega en la naturaleza de cada contrato. Sin embargo, no está demás indicar que esta "tradicionalidad" del carácter real de determinados contratos no nace propiamente del derecho "romano", sino a partir de la época de Justiniano, por lo que aquella afirmación tan comúnmente empleada de que en Roma se gestó el concepto de contrato real no es sino cierta a partir de la época Justiniana.

Contra la aparente solidez de lo que hemos denominado "doctrina tradicional" surgió, como primer problema explicativo, la admisión de lo que hoy se entiende como contratos manuales. En esta clase de contratos, como se conoce, la entrega, ubicada dentro del plano de ejecución del contrato, es coetánea a la conclusión del mismo; y, sin embargo, no es considerada como un elemento esencial de existencia del contrato. Ello sucede, por ejemplo, en todos los contratos con efectos reales de ejecución instantánea. Sin embargo, en rigor, dentro del concepto de contrato manual, podemos ubicar todos aquellos contratos en donde algún efecto real, que nace en la etapa de ejecución contractual, se produce en el mismo instante en el que se realiza el perfeccionamiento del contrato. Un ejemplo de nuestra última afirmación lo brinda el contrato de compraventa de bienes inmuebles. En la compra, pues, de bienes inmuebles, el contrato queda perfeccionado con el solo acuerdo de voluntades; concluyéndose con el consentimiento la formación del contrato y, sin embargo, puede haberse diferido para un tiempo posterior a la conclusión del contrato la entrega física del inmueble objeto de la venta. Pese a lo expuesto, sabemos que en nuestra legislación hay un efecto real que nace y surge en el mismo acto de la compraventa del bien inmueble, y este efecto real es el de la transferencia de la propiedad que se produce en favor del comprador con la sola declaración de voluntad de los contratantes. Ello no es otra cosa que la coincidencia en un mismo acto de la etapa de conclusión y ejecución de un negocio jurídico que es importante destacar; pues, lo que aquí sucede es que coincide el momento obligacional y el real en un mismo acto, lo que no significa que se afirme la realidad de este contrato.

Esta afirmación, trasladada al plano del contrato de prenda, no es

sino, en la mayoría de los casos, la aseveración de que por lo general al celebrarse un contrato de esta naturaleza, el nivel de perfeccionamiento del contrato coincide con el de constitución del derecho real de prenda, que se ubica en la etapa de ejecución contractual. Ello no obsta, sin embargo, a que, de mediar pacto expreso entre las partes, en la medida de que no hay disposición que haga necesario coincidir el efecto real con el nacimiento de la obligación, sea perfectamente concebible celebrar un contrato de prenda postergando la constitución del derecho real para una etapa ulterior a la de celebración del contrato. Si, por ejemplo, se puede transferir la propiedad sobre un bien inmueble con posterioridad al acuerdo de voluntades —pacto de reserva de dominio— se puede constituir también un derecho real de prenda con posterioridad al nacimiento de la obligación. En la demostración de estas afirmaciones empeñaremos nuestro estudio en lo que resta del presente trabajo.

2. *CONTRATO CONSENSUAL DE PRENDA Y DERECHO REAL DE PRENDA*

2.1. *El Contrato de Prenda*

Si, por lo general, el contrato de prenda es entendido como un contrato manual, la coincidencia del momento de perfeccionamiento del contrato y del derecho real de garantía determina, en muchas ocasiones, la confusión generalizada en torno a los requisitos de existencia y validez que cada uno de dichos momentos requiere. Como veremos más adelante, dicha confusión nace, en principio, de una mal entendida herencia romana en torno a la realidad de ciertos contratos que trajo, como consecuencia, su aceptación como dogma, siendo uno de estos contratos el de prenda. Pero el contrato de prenda, como contrato que es, requiere de ciertos elementos concomitantes para su formación, como son: el consentimiento, la causa o finalidad y el objeto; elementos de formación comunes a todo contrato, no requiriendo en forma adicional el cumplimiento de requisitos especiales o especialísimos.

2.1.1. *El Consentimiento*

El consentimiento en el contrato de prenda se manifiesta como esa voluntad común y coincidente entre acreedor y deudor, conforme a la cual nacerá una obligación fundamental para este último de constituir en favor del primero un derecho real particular y de características

propias que garantice el crédito que dicho acreedor ha otorgado, sea en favor de su deudor o de un tercero que dicho deudor desee proteger. En tal sentido, el consentimiento requerido para el perfeccionamiento del contrato de prenda no se diferencia en forma alguna del típico consentimiento requerido por los restantes contratos para su conclusión. Obviamente, entonces, se necesita para que dicho consentimiento sea perfecto:

- de una pluralidad de parte que, cuando menos, represente el acuerdo de dos voluntades. Ello, de plano, elimina la posibilidad de catalogar la prenda como acto jurídico unilateral, desde que el ofrecimiento que realice determinada persona, para garantizar un crédito ya otorgado o por otorgarse, apunta en el sentido de obligarse no por la sola declaración de voluntad emitida sino por la garantía que su ofrecimiento representa para otra persona; en este caso, el futuro acreedor. De esta forma, dicho ofrecimiento, de realizarse, no es otra cosa que una declaración de voluntad de carácter recepticio, susceptible de ser aceptada; pues, el efecto querido por el agente declarante apunta a que el agente receptor procese su ofrecimiento como una real garantía de pago. En otras palabras, lo indicado no es sino afirmar que dicho ofrecimiento constituirá una oferta, que sólo se transformará en contrato con la declaración de aceptación libremente emitida por el agente receptor, desde que resulta jurídicamente imposible obligar a alguien a aceptar un ofrecimiento de garantía de crédito.
- que, por un lado, la voluntad declarada por cada uno de los agentes sea coincidente con la voluntad querida por cada uno; pues, de lo contrario, sería inexistente la manifestación de voluntad o viciosamente formada, que conllevaría la invalidez de la declaración de voluntad emitida; y que, por otro lado, la voluntad querida y declarada por cada una de las partes sean coincidentes entre sí; pues de lo contrario habría disenso.
- que el aparente consentimiento libremente emitido y que representa la voluntad conjunta de las partes sea válido, además de existente, lo que conlleva la exigencia de que los agentes declarantes de su voluntad sean capaces y no existan vicios de la voluntad en la formación del consentimiento³.

3 Sobre este punto, ver elementos del contrato y elementos del consentimiento en DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Estudios del Contrato Privado". Cultural Cuzco S.A. Editores, 1983. Págs. 124 y sgtes. y 162 y sgtes. Repárese, al respecto, que el Profesor De La Puente incluye la capacidad como un elemento esencial de validez y no de existencia del contrato. Particularmente, y dentro de la clasificación que propugna el Dr. De La Puente, no entendemos el tratamiento

2.1.2. La Causa o Finalidad

El contrato de prenda, como contrato que es, junto al consentimiento y al objeto, elementos intervinientes en su formación, necesita de una finalidad que explique su existencia. Estos tres elementos, consentimiento, causa y objeto son distintos y perfectamente diferenciables; pues, como bien señalan los hermanos Mazeaud, responden a un orden diferente de preocupaciones: el consentimiento: ¿ha querido el contratante?, el objeto: ¿qué ha querido?, la causa: ¿por qué se ha querido? ⁴.

Sin embargo, ese "por qué se ha querido", a que aluden los Mazeaud, puede referirse a la finalidad que persiguen los contratantes al celebrar el contrato de prenda, o a la finalidad que pretenden ellos mismos al obligarse a realizar determinada prestación, que no es sino hablar de la causa del contrato y la causa de la obligación (causa-motivo y causa-final).

En relación a la causa-motivo o causa del contrato de prenda, poco podemos decir, en cuanto ésta responde a los móviles internos y particulares que cada contratante tiene al momento de la celebración del contrato; son los motivos concretos que determinan a cada parte a contratar y éstos pueden ser diversos. Así, el móvil que puede llevar a determinado deudor a otorgar un derecho de prenda puede ser el afecto personal hacia un tercero que lo obliga a garantizar la obligación contraída por éste

diferenciado que se brinda a la causa y objeto, por un lado, y a la capacidad, por otro. La incapacidad absoluta produce la nulidad de la declaración de voluntad emitida por uno o más de los agentes intervinientes en la relación contractual, y al faltar ésta, mal puede hablarse de que exista consentimiento en el contrato. Si en los términos empleados por el Dr. De La Puente, los requisitos esenciales de validez del contrato apuntan más bien a la necesidad de verificarse un consentimiento no viciado (sin vicios de la voluntad), dicha noción, creemos, debe ser cuidadosamente revisada; pues, en algunos casos, determinados vicios de la voluntad producirán la inexistencia del consentimiento.

Al respecto, bien cita el Profesor De La Puente a Sánchez Román, tratando sobre los efectos del error en el consentimiento: "(...) Por ejemplo, el error, según los casos, produce la falta absoluta de consentimiento unas veces, haciendo imposible la existencia del contrato y necesaria la declaración de su nulidad; mientras que otras sólo vicia el consentimiento para hacer también viciosa o defectuosa, pero no imposible, la existencia de aquél, y prestar motivo para su invalidación; y, por último, para producir efectos jurídicos. Así sucede con el error que en la compra-venta recae sobre toda la cosa objeto del contrato o la esencia de la misma que acusa falta de consentimiento, inexistencia del contrato, y representa jurídicamente el estado de nulidad; con el error que recae en la cosa vendida por vicios ocultos de la misma, que afecta también el consentimiento; pero no con relación a la inexistencia del contrato ni a la declaración consiguiente de su nulidad, sino que supone la existencia viciosa del mismo; se refiere, por tanto, únicamente a su validez, y permite su invalidación o rescisión mediante el ejercicio de la acción redhibitoria." Sánchez Román en DE LA PUENTE Y LAVALLE, *Manual*. Ob. Cit. Pág. 129.

4 Henri, Léon y Jean MAZEUD. "Lecciones de Derecho Civil". Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1978. Parte II, Tomo I. "Obligaciones: el contrato, la promesa unilateral". Pág. 291.

o, por el contrario, puede tratarse del deseo expreso de obtener un financiamiento para ampliar una casa-habitación, que lo lleva a otorgar prenda sobre otro bien, mueble, de su propiedad. El móvil concreto del acreedor prendario, por otro lado, puede también ser diverso, con la salvedad de que en la generalidad de los casos casi siempre coincidirá con el deseo de brindarse seguridad en el cobro de su acreencia. Sin embargo, ello no puede llevarnos a "abstraer" este tipo de causa haciéndola aplicable a todo acreedor prendario, desde que éste puede, por ejemplo, querer obtener un bien en prenda para hacer uso de él. Esta última afirmación nos lleva, más bien, al campo del análisis de la causa como elemento de existencia del contrato. Esa causa-motivo particular y concreta, no debe ser ilícita ni contraria al orden público o a las buenas costumbres; pues, de ser ello así, el contrato celebrado sería nulo. En el ejemplo propuesto, en la medida de que quedara fehacientemente comprobado que el motivo determinante de la celebración del contrato de prenda por parte del acreedor fue hacer uso indebido del bien, antes que representar dicha figura un abuso del bien prendado (arts. 1076 y 1079 de nuestro vigente Código Civil), el mismo representaría una causal de nulidad del acto jurídico (art. 219, inciso 4to.) Sin embargo, a fin de cuentas, el análisis de los móviles concretos de las partes que los impulsan a contratar, en la determinación de su ilicitud o inmoralidad, será tarea más judicial que doctrinaria, desde que corresponde a los tribunales el tratar de desentrañar los motivos que cada contrato celebrado ha tenido en consideración en su etapa de formación.

Problema de distinta naturaleza representa el análisis de la causa de la obligación en el contrato de prenda. En este nivel, ya no nos preguntamos por la razón particular que cada parte interviniente ha considerado vital para contratar, sino por la razón o causa que motiva el hecho de cumplir determinada obligación ejecutando la prestación a su cargo. De hecho, nos resulta de imperiosa necesidad preguntarnos, en forma previa, por la clase y cantidad de obligaciones que surgen, o pueden surgir de la celebración de un contrato de prenda: ¿se trata de un contrato de prestaciones recíprocas o de uno con prestaciones a cargo de una sola de las partes?

En rigor, ya hemos definido el contrato de prenda como aquél que tiene por objeto la creación de un vínculo jurídico particular entre dos partes, que adquieren la calidad de deudor y acreedor, en virtud del nacimiento de una obligación básica y fundamental del primero en favor del segundo: constituir un derecho real, mediante la entrega en garantía de un bien mueble de su propiedad. Ello significa que con la cele-

bración del contrato de prenda nace la obligación con cargo al deudor de entregar en prenda un bien, pero ¿a cambio de qué?; ¿qué recibe el deudor como contrapartida de la obligación a su cargo?.

Repárese que estrictamente en el contrato de prenda nace, en el mismo instante de su perfeccionamiento, una sola obligación a cargo del deudor: la de constituir un derecho real de garantía. La obligación fundamental del acreedor de restituir el bien prendado una vez sea satisfecho su crédito, sólo nace en una etapa muy ulterior, posterior inclusive a la etapa del cumplimiento de la obligación a cargo del deudor; pues, ésta sólo surge en la medida de la satisfacción integral de la obligación principal a la cual ha servido de garantía la prenda.

En este sentido, la teoría clásica causalista de Domat encuentra un gran obstáculo teórico en la explicación de la causa de la obligación del deudor prendario. Al no configurar el contrato de prenda un contrato de prestaciones recíprocas⁵, la razón de la obligación a cargo del deudor no puede encontrarse en la obligación a cargo de la parte acreedora⁶.

5 Según Henri, Léon y Jean MAZEAUD, la aparente omisión de la teoría causalista de Domat en los contratos consensuales a título oneroso que son unilaterales, tipo promesa unilateral, en donde la obligación que nace con cargo al deudor está unida a otra obligación que nacerá en lo futuro, queda salvada en la medida que "si el deudor se obliga, es con miras o por razón de esa otra obligación", y ella es la causa. (Ob. Cit. Parte II. Tomo I. Pág. 297). No creemos que ello suceda así en el contrato de prenda, ya que estrictamente no existe reciprocidad en las prestaciones; inclusive, el argumento esgrimido por los hermanos Mazeaud es, en nuestro criterio, aplicable más bien a los contratos preparatorios, tipo opción o compromiso de contratar, en donde la causa de la obligación asumida por cada una de las partes encuentra su justificación en la obligación definitiva y futura que asumirá la otra. En la promesa unilateral, la obligación a cargo del promitente encuentra su justificación en la expectativa creada en la persona o personas destinatarias de la promesa.

6 En el contrato de prenda, de hecho, hay más de una obligación: por parte del deudor prendario la obligación de constituir el derecho real de prenda que conlleva la obligatoriedad de la entrega, física o jurídica, del bien, y la obligación de satisfacer los gastos de conservación; por parte del acreedor prendario, la obligación de conservar el bien, cuidarlo diligentemente, no hacer uso de él, cuidar de su explotación, si se trata de un bien fructífero, y, finalmente, devolverlo cuando se cumpla la obligación a la cual ha servido de garantía la prenda. Sin embargo, la clasificación como contrato unilateral o bilateral, sabemos, responde en relación a las obligaciones principales que surgen de los contratos. La donación es un contrato unilateral, en razón de que sólo hay obligación para el donante. En la compraventa, la obligación principal del pago del precio tiene su correlato en la obligación de entrega del bien; de allí su reciprocidad en las prestaciones. En el contrato de prenda, en cambio, al momento de su celebración surge una sola obligación principal y a cargo del deudor: la de constituir en favor del acreedor prendario el derecho real de prenda. No creemos en la categoría de los llamados contratos bilaterales imperfectos, en los cuales, en palabras de Guillermo Borda: "... sólo se prevén obligaciones a cargo de una de las partes; no hay contraprestación, pero la otra parte puede eventualmente resultar obligada por el acaecimiento de hechos posteriores..." (BORDA, Guillermo. "Tratado de Derecho Civil". Obligaciones. Volumen II. Pág. 135. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1976. Cuarta edición). Así, el contrato de prenda, en la medida de que con posterioridad surge para el acreedor prendario la obligación de restituir el bien dado en prenda, cuando ve satisfecho su crédito, podría

Entonces, ¿dónde encontrar la causa de la obligación del deudor prendario?. No pretendemos romper con el sagrado principio de la tesis causalista, que encuentra la causa de la obligación, abstracta y similar para cada tipo de contrato. Lo respetamos, no por dogma heredado, sino por cierto. El error consiste en considerar la causa de la obligación similar en todos los contratos unilaterales. Es similar, sí, pero en todos los contratos accesorios el deudor se obliga en razón de la existencia y garantía de una obligación principal.

En este orden de ideas, la causa de la obligación que asume el deudor prendario no es otra que la determinación de garantizar el cumplimiento de una obligación y la accesoriedad del contrato de prenda no es otra cosa que la justificación de la obligación que surge de él.

2.1.3. El Objeto

Dentro del contrato de prenda, hablar de su objeto no es sino establecer su contenido; lo que se ha querido establecer al celebrar el contrato. Dicho objeto no es, tampoco, diferenciable del general y común de todos los contratos: el de crear una relación jurídica patrimonial.

En tal sentido, el objeto del contrato de prenda apunta a establecer una relación jurídica entre acreedor y deudor, conforme al cual este último se encuentra en el deber de constituir en favor del primero un derecho real de garantía, denominado prenda. Obsérvese que el contenido de este contrato apunta a la constitución de un vínculo jurídico de naturaleza real: la constitución de un derecho real y no a la mera entrega de una cosa.

configurar un contrato bilateral imperfecto. Sin embargo, creemos, como el Profesor Spota, que "para saber si un contrato es unilateral o bilateral debemos colocarnos en el instante en que se celebra, ya que aquel carácter depende de la esencia jurídica del vínculo". (SPOTA, Alberto. "Instituciones de Derecho Civil. Contratos". Volumen I. Pág. 138. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1981. Tercera Reimpresión). Como quiera que al perfeccionarse el contrato de prenda sólo surge la obligación básica a cargo del deudor prendario, consideramos este contrato como unilateral.

Posiciones y argumentos contrarios a los expuestos: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (Ob. Cit. Tomo I. Pág. 560), quien considera el denominado contrato bilateral imperfecto como una variante de los contratos con prestaciones correlativas. Ello puede ser admitido desde que el destacado maestro nacional intenta crear una categoría de contratos claramente diferenciables de los contratos de prestaciones recíprocas.

Creemos de necesidad efectuar esta apreciación, pues, consideramos que el vínculo jurídico creado entre acreedor y deudor prendario es más fuerte que un simple vínculo obligacional. Recordemos que, en doctrina, hay quienes han pretendido reformular la noción del "jus ad rem", ubicándolo como un tipo intermedio entre la "obligatio" y el "jus in re"⁷. "Tradicionalmente, se consideró que el "jus ad rem" no era diferenciable del simple derecho de crédito. A lo más Feltmann⁸ distinguió la "obligatio" del "jus ad rem", pero no en el sentido de considerarlo como un término intermedio entre el primero y el "jus in re", sino como parte del "efecto personal" del contrato. Así, la "obligatio" vendría a ser la causa, referida a la persona del deudor, y el "jus ad rem" el efecto, referido a la persona del acreedor; conceptos ambos diferentes al "jus in re" que sólo correspondía al adquirente cuando se transformaba en titular de un derecho real, con el cumplimiento del modo respectivo (. . .)".

En el contrato de prenda, el derecho del acreedor a la entrega de la cosa no es una simple ("obligatio"); es un "jus ad rem"; un derecho a la cosa que puede llegar a tener seguridades de tipo real al llegar a constituirse el derecho real de prenda. Es pues, empleando palabras del Profesor Ossorio, "un tipo de derecho intermedio, personal en su origen, posiblemente real en su aplicación"⁹. ¿Cuándo el acreedor prendario transformará ese derecho a la cosa ("jus ad rem") en derecho *sobre* la cosa ("jus in re")? — Cuando se transforme en titular del derecho real de prenda con el cumplimiento del modo respectivo.

En este orden de ideas, si dentro de un contrato determinado un deudor firma aceptando letras de cambio, pagaderas a ciertos días vista y llegada la fecha de vencimiento no cumple con su obligación de pago, el derecho de su acreedor se limita a uno de naturaleza personal que lo calificará como acreedor quirografario, pero no le dará facultad para perseguir en forma directa ningún bien determinado de propiedad del deudor. En cambio, en el contrato de prenda surge un derecho en favor del acreedor prendario más fuerte que la simple "obligatio". Es personal en su

7 En mi tesis de bachiller en Derecho, "El Papel de la Buena Fe en la Transferencia de la Propiedad Inmueble", Lima, 1984, cité al destacado jurista español Angel Ossorio y Gallardo, en el sentido de que, con el fin de aplicarlo al contrato de opción, realiza una interesante disertación acerca de los términos "jus ad rem" y "jus in re", en su libro "El Contrato de Opción" (Editorial Uteha-México, México D.F. 1963. Págs. 147-156).

8 Feltmann. En OSSORIO Y GALLARDO, Angel. Ob. Cit. Pág. 150. Citado en mi tesis de bachiller. Ob. Cit. Pág. 151

9 OSSORIO Y GALLARDO, Angel. Ob. Cit. Pág. 154

origen en tanto surge de un contrato, pero en tanto le da la facultad al acreedor de exigir el cumplimiento del contrato, como un efecto de las obligaciones asumidas por el deudor, puede exigir la ejecución forzada del mismo: constitución del derecho real de prenda, lo que significa un medio indirecto de persecución de los bienes muebles de propiedad del deudor. No significa, en cambio, un medio directo de persecución mobiliaria en tanto el acreedor prendario tiene titularidad real alguna sobre el bien mueble de propiedad del deudor; mal podría, entonces, exigir el remate del bien para el cobro de su acreencia; pues no posee derecho alguno *sobre* la cosa, o "jus in re". Este "jus in re" sólo operará en favor del titular del derecho real de prenda, al cual accederá el acreedor prendario una vez que haya verificado el modo respectivo: la entrega física o jurídica del bien.

En conclusión, pues, resulta ahora fácil advertir que, al hablar del objeto del contrato de prenda, no hablamos sino de la *obligación* del deudor de constituir, en favor del acreedor, un derecho real de prenda y que la constitución de ese derecho real, al ubicarse en el plano de ejecución contractual, no es sino el objeto de la obligación que asumió el deudor. Esta *prestación* no consiste, contra lo que puede en un inicio pensarse, en una de hacer, sino de dar; pues, la constitución del derecho real de prenda sólo opera con la tradición del bien mueble; entrega que supone el cumplimiento del modo respectivo.

La obligación de constituir un derecho real de prenda en favor del acreedor supone para éste un "jus ad rem". En cambio, el "jus in re" sólo operará en favor del acreedor en la etapa de ejecución contractual.

Finalmente, no está demás indicar que la cosa mueble misma, objeto materia del derecho real de prenda, no puede ser confundida como objeto del contrato de prenda. Los objetos físicos, en rigor, no pueden ser "objetos" de actos jurídicos¹⁰.

10 La teoría tradicional, que considera como objeto del acto jurídico tanto los bienes físicos como las relaciones jurídicas, se encuentra en doctrina, ampliamente superada; no obstante, es mantenida en nuestro Código Civil (arts. 140, inciso 2do., y 219, inciso 3ro.), en abierta contradicción con lo preceptuado para materia de obligaciones y contratos (art. 1351). Ver, en cuanto sustento de la teoría tradicional para el Código Civil de 1984: VIDAL RAMIREZ, Fernando. "Teoría General del Acto Jurídico". Cultural Cuzco S.A. 1985. Lima-Perú. Págs. 109-114. En rigor, consideramos que el objeto de todo acto jurídico consiste en la relación jurídica que se crea, modifica o extingue con su formación y ejecución. Por lo demás, el propio Código Civil Peruano, en su artículo 140, así lo define. Cuando esa relación jurídica tiene contenido

En la medida que la cosa mueble es el objeto materia de la prestación, que se ha obligado a entregar el deudor al celebrar el contrato de prenda, no puede constituir el objeto de éste. El objeto del contrato de prenda consiste —repetimos— en la *obligación* que asume el deudor de constituir en favor del acreedor el derecho real de garantía denominado prenda. Dicha obligación tendrá, a su vez, un objeto: la prestación de dar que debe ejecutar el deudor entregando el bien mueble para constituir el derecho real de prenda; y, como dicha prestación supone la entrega de una cosa mueble, este bien mueble no será sino el objeto de la prestación que debe ejecutar el deudor prendario.

2.2. *El Derecho Real de Prenda*

Creemos haber llegado ya al punto de poder afirmar que todo el debate, en torno a cuáles son los elementos necesarios para lograr el perfeccionamiento del contrato de prenda, se da en relación a la confusión generalizada sobre los conceptos de título y modo en su aplicación en este particular contrato. Como ya lo enunciara Salvat¹¹, el título es perfectamente diferenciable del modo de adquisición. Por título debemos entender la causa, el acto jurídico que motiva una adquisición de derechos. En cambio, el modo será el hecho que determina, da nacimiento a la adquisición. En cierta clase de contratos resulta fácil su distinción, como es el caso de la compraventa de bienes muebles, en que nadie duda de que el título se perfecciona con el solo consenso, operando el modo con la tradición del bien objeto de la venta. En cambio, en la compraventa de bienes inmuebles sucede que en forma coetánea coinciden título y modo, requiriéndose el solo consenso para perfeccionar el contrato y la cesión como modo de transferencia, que operan en el mismo momento. En forma similar, en el contrato de prenda sucede que el título queda perfeccionado con el solo acuerdo de voluntades; y el modo de trans-

patrimonial, estamos ante la obligación como objeto del acto jurídico con contenido patrimonial que, cuando es bilateral, cuando menos, califica como contrato. A su vez, esa obligación creada por el contrato tiene otro contenido u objeto: la prestación, que puede consistir en un dar, hacer o no hacer. A su turno, la prestación —según su naturaleza— tendrá otro objeto: si se trata de prestaciones de dar, su objeto serán los bienes o cosas, muebles o inmuebles; si se trata de prestaciones de no hacer, su objeto quedará constituido por la abstención. De esta manera, la cosa no es objeto del acto jurídico; es objeto de la prestación de dar que, a su vez, es objeto de la obligación que, a su turno, es objeto del acto jurídico con contenido patrimonial.

11 SALVAT, Raymundo. "Tratado de Derecho Civil Argentino". Tomo VII, "Derechos Reales" Tomo I La Ley. Buenos Aires 1946. Pág. 428. En: AVENDAÑO V., Jorge. "Derechos Reales" Materiales de Enseñanza. P.U.C. Lima 1979. Pág. 178.

ferencia, constituido por la tradición del bien objeto de la prestación que ha asumido el deudor prendario. Dicho modo puede darse en forma coetánea con el perfeccionamiento del título, lo que simple y llanamente calificaría el contrato de prenda como un contrato manual; pero, puede darse el caso en que el modo opere con posterioridad al perfeccionamiento del título, en cuya situación nos ubicaremos exclusivamente en la etapa de ejecución contractual. El acreedor prendario, que no ve satisfecha su exigencia de garantía mediante la constitución del derecho real de prenda en su favor por parte del deudor, podrá optar por cualesquiera de los medios de ejecución de las obligaciones. Esto es, optar por la resolución del contrato o exigir su ejecución forzada, o por un tercero (caso que el bien a darse en prenda esté en poder de terceros), lo que significa exigir, judicial o extrajudicialmente, la constitución en su favor del derecho real de prenda, con independencia de la consecuente indemnización que pudiera haber.

Todo ello determina, pues, que la entrega del objeto materia del derecho real de prenda no constituya un requisito indispensable para perfeccionar el contrato de prenda. Al respecto, el prestigioso Profesor español Juan Jordano indicaba: "... Naturalmente, quienes admiten el posible carácter consensual del contrato de prenda no ponen en duda la necesidad de que el objeto material del mismo se encuentre en las manos del acreedor (o que, por lo menos, sea sustraído a la libre disposición del deudor) a fin de que puedan actuarse la garantía y el privilegio, efectos típicos de la prenda (. . .). Con otras palabras, nadie pone en tela de juicio que sea necesaria la entrega para que pueda constituirse válidamente el DERECHO REAL DE PRENDA.

No debe, pues, extrañar que el contrato de prenda se considere como contrato real cuando no se separa con claridad el EFECTO de su CAUSA, la fuente del derecho y el derecho mismo. Antes de la entrega no puede constituirse ciertamente el derecho de prenda, pero podría perfeccionarse el contrato de prenda, con el efecto obligatorio de vincular al deudor a la entrega de la prenda prometida.

De esta suerte, el contrato se perfeccionaría antes de la entrega, que entraría en juego no en la fase de formación del contrato, sino en el período de su ejecución (. . .)"¹².

¹² JORDANO BAREA, Juan. Ob. Cit. Pág. 61.

Lo que debe llamarnos la atención, entonces, es cómo si en el contrato de prenda resulta evidente diferenciar perfeccionamiento del título y cumplimiento del modo, nuestros tratadistas del Código Civil de 1936 no repararan nunca en ello; calificando el contrato de prenda, en repetidas ocasiones, como contrato real. Creemos que ello se ha debido, fundamentalmente, a una malentendida herencia romana y a una inexacta interpretación de las normas que sobre el derecho real de prenda traía el Código Civil de 1936, repetidas y mejoradas en el Código Civil vigente.

En cuanto a la herencia romanística, de la cual estamos hablando, ella apunta al hecho de asumir, sin crítica alguna, la calificación de los contratos que desde fines de la República realizaron en Roma. Como bien ilustra el Profesor Petit¹³, "desde fines de la República se distinguieron cuatro clases de contratos, según las formalidades que debían acompañar a la convención: 1) los contratos "Verbis", que se formalizaban con la ayuda de palabras solemnes, siendo la principal la estipulación; 2) los contratos "Litteris", que exigían menciones escritas; 3) los contratos "Re", que no eran perfeccionados sino por la entrega de una cosa por parte del deudor, y que eran el "mutuum" o préstamo de consumo, el "comodato" o préstamo de uso, el "depósito" y la "prenda"; y, por último, 4) los contratos "sólo consensu", que eran los formalizados por el solo acuerdo de las partes: la venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato".

Sin embargo, la clasificación de los contratos efectuada por Petit, no debe olvidarse, proviene de la época clásica, cuando se distinguió entre el *creditum* y *contractus*. Es tan sólo en la época post-clásica Justiniana, cuando se pueden afirmar que el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda son en realidad contratos. Así lo consagra Justiniano en el Siglo VI, en sus famosas Instituciones (Instituciones: 3, 13, 2; 3, 14; Digesto: 44, 7, 1)¹⁴

Con el transcurso del tiempo, fue "jurídicamente asimilada" la categoría de los contratos reales, sin que nadie —menos aún nuestros juristas nacionales— cuestionara sobre su fundamento. Por esta razón, los grandes comentaristas del Código Civil Peruano de 1936 no dudan, en ningún instante, en calificar la prenda como contrato real, sin reparar que dicha afirmación no resistiría el más mínimo análisis lógico-funcional.

13 PETIT, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Editorial "Saturnino Calleja" S.A., Madrid, 1926. Págs. 286-287.

14 JORDANO BAREA, Juan. Ob. Cit. Pág. 23.

—¿Y por qué?. Porque, como bien afirma el Profesor Jordano, comentando la situación de la civilística europea, ello se debió al “conservadurismo” que siglo tras siglo se ha arrastrado sin que nadie, hasta época reciente, se haya atrevido a poner en tela de juicio el falso dogma de la “realidad” de ciertos contratos ¹⁵.

Ejemplo de nuestra afirmación se encuentra, en principio, en la opinión del Dr. Jorge Eugenio Castañeda, quien, al referirse a los requisitos que deben cumplirse en la *celebración del contrato* de prenda, señala lo siguiente:

“... Por ser un contrato la prenda debe reunir no sólo los requisitos de validez de todo acto jurídico, sino el consentimiento que es exigible en la esfera contractual y el cumplimiento de requisitos específicos que son: (...) 2) Que se entregue la cosa al acreedor o a un tercero...” ¹⁶.

De otro lado, la Profesora Lucrecia Maisch Von Humboldt afirmaba, al tratar sobre los caracteres del contrato de prenda: “. . . Es un contrato real, ya que se establece una vinculación directa entre el titular del derecho: el acreedor prendario y el objeto materia de esta garantía. Como todo contrato real sólo se perfecciona con la entrega del objeto prendado, salvo el caso de prenda sin desplazamiento (. . .)” ¹⁷.

Nosotros, respetando las opiniones de los maestros antes citados, nos permitimos discrepar de las mismas; personalmente creemos que, aún bajo el Código Civil de 1936, no podía sostenerse el carácter real del contrato de prenda. Ello nos lleva a referirnos a lo que consideramos la segunda gran falacia de la cual se parte para afirmar la “realidad del contrato de prenda, cual es, la afirmación referida a que, según las normas del Código Civil, la prenda se regularía como contrato real.

En principio, por prenda —como es sabido— podemos entender tres significados distintos o, lo que es lo mismo, podemos asignarle al vocablo jurídico “prenda” tres acepciones diversas: el de contrato, el de cosa (que se da en garantía) y el de derecho real.

El Código Civil Peruano de 1852, si bien dio preferencia a la noción

¹⁵ JORDANO BAREA, Juan. Ob. Cit. Pág. 23.

¹⁶ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. “Instituciones de Derecho Civil”. Tomo III, Editorial Imprenta Amauta. 1967, Lima. Perú. Pág. 35.

¹⁷ MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. “Los Derechos Reales”. Editorial Sesator. 1980. Lima. Perú. Pág. 128.

contractual de prenda, reguló esta institución en sus tres acepciones. Dicho cuerpo legal definió, en principio, la prenda, antes que como un derecho, como una cosa que se entregaba para garantizar un crédito o una obligación. El artículo 1985 de dicho cuerpo legal definió la prenda como: "... la cosa mueble que se da en seguridad de una obligación contraída". Nótese, entonces, que para constituirse en garantía de una obligación la cosa mueble debía entregarse, lo que de por sí implicaba ya una referencia velada al derecho real de prenda. Sin embargo, el Código Civil de 1852, al tratar sobre la prenda, la ubicaba dentro de la sección sexta del Libro Tercero, referido a las obligaciones y contratos, tratando dicha sección "de los pactos y contratos que aseguran el cumplimiento de otras obligaciones". Por lo demás, el propio artículo 1989 se refería a la prenda como contrato: "... Del contrato de prenda resulta en favor del que prestó algo sobre ella, el derecho de ser pagado con su precio antes que los demás acreedores. Para gozar del derecho de prelación, se requiere que la prenda se haya constituido por pacto expreso, y que ella permanezca en poder del acreedor o de la persona que deba guardarla según el contrato". Este artículo no es sino un claro ejemplo de la confusión creada en torno a la prenda como contrato y derecho real.

De las normas expuestas brota, en forma clara, que pese a la forma tan poco técnica que lo caracterizó, el Código Civil de 1852 reguló la prenda en sus tres acepciones jurídicas; pero que, en la medida de que la misma se constituía para garantizar el cumplimiento de otras obligaciones, se hacía necesaria su entrega (la entrega de la cosa) al acreedor o, cuando menos, que saliera del ámbito de disposición del deudor. Ello implicaba considerar el contrato de prenda como contrato real ante el dogma romano de "realidad" hasta entonces imperante sobre dicho contrato.

Esta afirmación, referida al Código Civil Peruano de 1852, se ve reforzada si recordamos la clara influencia napoleónica que tuvo dicho Código, el que en forma expresa reconoció la prenda como contrato real al definir en su artículo 2071 la pignoración como "... el contrato por el cual un deudor *entrega* una cosa a su acreedor para garantía de la deuda.", señalando a continuación, en su artículo 2072, que "... la pignoración de una cosa mueble se llama prenda.". (El subrayado es nuestro).

El Código Civil Peruano de 1936, a diferencia del derogado Código de 1852, ubicó la prenda dentro de la sección cuarta de los derechos de garantía, del Libro Cuarto, referido a los derechos reales; y, obviamente, al

regular sobre este derecho, en sus artículos 981 y siguientes, lo hizo en el sentido de reputarlo derecho real de garantía. De esta manera, cuando en su artículo 981, inciso 1.º, estableció como requisito de la prenda el que se entregue el bien al acreedor o a la persona que deba guardarlo, no hizo otra cosa que establecer como requisito consustancial para la existencia del *derecho real* de prenda, la traditio del bien, requisito del que nadie duda esencial para constituir el derecho real de prenda, mas no para perfeccionar el contrato de prenda. Los requisitos de existencia y validez del derecho real de prenda son distintos a los requisitos de existencia y validez del contrato de prenda, que responden a las normas generales de los contratos, como ya hemos indicado.

Por lo demás, el Código Civil de 1936, si bien se ocupaba de la prenda como derecho real (interpretación elemental de ubicación de la norma o "sedes materiae"), se refería también al contrato de prenda en forma expresa, en el artículo 985, al regular la preferencia en el pago del acreedor prendario y, en forma tácita, en el artículo 991, al tratar sobre la exigibilidad de la obligación principal por falta de entrega de la prenda. Particularmente, creemos que es este último artículo el que, de manera indubitable, enerva el aparente carácter real del contrato de prenda. En efecto, dicho artículo estableció que "si el *deudor* no da prenda *después de pactada* esta obligación o si *no entrega* la pactada (. . .), el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación principal aunque el plazo no esté vencido." (El subrayado es nuestro). Resulta obvio que si reconocemos el carácter real del contrato de prenda en el Código Civil de 1936, este artículo no podría haber existido si no es bajo la tesis de considerar que se refería al contrato preliminar o preparatorio de prenda, lo que no brotaba de dicho precepto legal. Si la prenda era un contrato real antes de la traditio del bien mueble objeto de la prenda no había contrato. ¿Cómo, entonces, hablaba el artículo 991 del Código Civil de 1936 de deudor que no da prenda? Si no daba prenda, simplemente no era deudor, pues no existía contrato.

Ella pues, implica hoy reconocer que, aún bajo el Código de 1936, la prenda, regulada ya como derecho real de garantía, suponía la preexistencia de un contrato en el cual se pactaba la obligación de entregar; y que dicha obligación tenía vida propia, independientemente del derecho real de prenda que se iba a constituir cuando se entregara el bien objeto de prenda.

Bajo el Código Civil vigente de 1984, la prenda no ha sufrido modificaciones sustanciales en cuanto a la regulación que sobre ella contemplaba

el Código de 1936. Fundamentalmente, lo que realiza el nuevo Código es mejorar el tratamiento de la institución misma. Así, sigue regulando la prenda como un derecho real de garantía, ubicándola en el Título I, de la Sección Cuarta, del Libro V, de los Derechos Reales.

En cuanto a los requisitos exigidos a la prenda para su existencia como derecho real, se indica, en primer lugar, que dichos requisitos son los que otorgan "validez" a la prenda; precisando la denominación genérica "requisitos" que al respecto traía el Código Civil de 1936. En rigor, sin embargo, los requisitos exigidos para la formación del derecho real de prenda son de existencia; pues, son los elementos esenciales requeridos para su formación. Dicho en otras palabras, en ausencia de uno de estos elementos no se constituye el derecho real de prenda. Pese a lo expuesto, solamente dentro de un campo eminentemente teórico, es importante diferenciar la existencia de la validez de la prenda, término este último que presupone un derecho real existente.

El artículo 1058 del Código Civil de 1984 señala como requisitos de validez de la prenda:

- a. Que grave el bien quien sea su propietario o quien esté autorizado legalmente; y,
- b. Que el bien se entregue física o jurídicamente al acreedor, a la persona designada por éste o a la que señalen las partes.

A dichos requisitos, el artículo 1055 agrega uno adicional que es consustancial al derecho real de prenda mismo:

- c. Que la prenda se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

Fuera de los tres requisitos de carácter esencial antes enunciados, existe uno cuarto referido no ya a la validez del derecho real de prenda, sino a su eficacia frente a terceros. Es el contemplado en el artículo 1061 del Código de 1984: que conste en documento de fecha cierta.

Todos los requisitos antes indicados no constituyen innovación del nuevo Código Civil, con excepción de la entrega jurídica del bien mueble objeto del derecho real de prenda; pues, ya estaban incluidos como tales en el Código Civil de 1936 derogado, artículos 981 y 983¹⁸. Asimismo,

18 Al respecto, ver: AVENDAÑO, Jorge, Ob. Cit. Págs. 313 y sgtes.

tales requisitos, repetimos, son de validez y eficacia del derecho real de prenda y no del contrato de prenda, ubicándose en su actuación dentro de la etapa de ejecución contractual.

Sin embargo, estos requisitos que ahora ya podemos entender con meridiana claridad cuando se tornan realizables, son materia de error en cuanto a su exigibilidad por renombrados autores nacionales que insisten en otorgar naturaleza real al contrato de prenda. Es más, hasta cierto punto resulta incomprensible que en la propia exposición de motivos del libro de derechos reales del Código Civil, la Profesora Maisch Von Humboldt, integrante de la Comisión Reformadora encargada del referido libro, escriba comentando el inciso 2) del artículo 1058 del Código Civil: "... La segunda condición para la validez del derecho real de prenda es la entrega del bien, lo que reafirma su carácter de contrato real, que sólo se perfecciona con la entrega física o jurídica del bien ..." ¹⁹.

Creemos que, luego de los conceptos vertidos a lo extenso del presente trabajo, huelgan comentarios en torno a la afirmación antes transcripta.

3. *EL CONTRATO DE PRENDA EN LA LEGISLACION COMPARADA*

Al inicio de este artículo, habíamos expresado que uno de los graves inconvenientes legislativos que influían dentro del error generalizado de reputar la prenda como contrato real, radicaba en el tratamiento que como muchos códigos, principalmente latinoamericanos, otorgaban a la institución. Sin embargo, hay muchos ordenamientos legislativos que no se ocupan de la prenda en su acepción contractual, sino que la regulan en su calidad de derecho real de garantía. Aquí, precisamente, se incurre en error por parte de muchos intérpretes que creen ver, con este tratamiento particular, un reconocimiento a la realidad del contrato de prenda; olvidando que la regulación como derecho real de dicha institución es solamente una opción legislativa sobre la que se ha tomado partido; siendo ello totalmente indiferente a la posición que se tenga acerca de la naturaleza jurídica del contrato de prenda. En el presente punto de nuestro trabajo no vamos a analizar el porqué determinado país ha optado por regular la prenda como derecho real. Lo que sí dejaremos absolutamente

¹⁹ MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. "Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios". Ob. Cit. Tomo V. Págs. 240 y 241.

claro es el hecho de que dicha opción no implica, en absoluto, afirmar el carácter real del contrato de prenda, desde que legislaciones eminentemente "espiritualistas" han creído conveniente regular la prenda no como contrato, sino como derecho real.

Dentro de los tres códigos civiles considerados base en la legislación comparada como son el francés, el alemán y el italiano, sólo el primero de ellos regula la prenda como contrato real, mientras que los dos restantes se ocupan del derecho real de prenda:

a. Respecto del Código Civil Napoleónico, ya hemos indicado que sus artículos 2071 y 2072 reconocen expresamente el carácter real del contrato de prenda, dada la clara influencia romanística que tuvo y tiene dicho cuerpo legal. Bajo el Título XVII: de la Pignoración, ubicado en el Libro Tercero, referido a las maneras de adquirir la propiedad, el Código Civil Francés se ocupa, en el Capítulo I, de la prenda. Al declarar expresamente el carácter real de este contrato, "exporta" dicho concepto a todos los códigos que nacieron y se promulgaron bajo su égida protectora como son, por ejemplo, el Código Civil Belga (art. 2071) y el Código Civil Dominicano (art. 2071), por citar sólo dos que no hacen sino reproducir todo el orden normativo legal que trae el Código Civil Francés. Fuera de estos códigos, muchos otros de clara influencia francesa, sin reproducir el articulado del Código Civil Francés, regulan la prenda como contrato real:

- El Código Civil Español, dentro del Libro IV: De las Obligaciones y Contratos, bajo el título XV: De los Contratos de Prenda, Hipoteca y Anticresis, Capítulo II, se ocupa de la prenda, reconociendo en su artículo 1857 los requisitos comunes a la prenda y la hipoteca, que son básicamente los mismos que nosotros reconocemos para constituir el derecho real de prenda; agregando, sin embargo, en el artículo 1863; lo siguiente: "... Además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo".

- El Código Civil Chileno, dentro del Libro IV: De las Obligaciones en General y de los Contratos, bajo el Título XXXVII se ocupa del contrato de prenda definiendo a este convenio en su artículo 2384: "... Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario".

Asimismo, en su artículo 2386, reconoce en forma expresa el carácter real de este contrato: "... Este contrato no se perfecciona sino por la entrega de la prenda al acreedor". Obviamente, todos los Códigos Latinoamericanos, que se inspiran en el gran Código de Andrés Bello, no hacen sino reproducir en sus textos los mismos artículos citados, bajo otra numeración. Estos son, a saber: El Código Civil Colombiano (artículos 2409 y 2411), el Código Civil Ecuatoriano (artículos 2310 y 2312); y el Código Civil Uruguayo (artículos 2292 y 2294).

- El Código Civil Venezolano, dentro del Libro Tercero: De las Maneras de Adquirir y Transmitir la Propiedad y demás Derechos, bajo el Título XIX, se ocupa de la prenda, definiéndola en su artículo 1837, como contrato real: "... La prenda es un contrato por el cual el deudor da a su acreedor una cosa mueble en seguridad del crédito, la que deberá restituirse al quedar extinguida la obligación".
- b. Respecto de los Códigos Civiles Alemán e Italiano, debemos indicar que los mismos regulan la prenda como derecho real de garantía:
- El Código Civil Alemán, dentro del Libro Tercero: Derechos de Cosas, en su sección novena, se ocupa del derecho de prenda, estipulando en su artículo 1205: "... Para la constitución del derecho de prenda es necesario que el propietario entregue la cosa al acreedor y que ambos estén de acuerdo ²⁰ en la circunstancia de que el derecho de prenda debe corresponder al acreedor (...)"
 - El Código Civil Italiano, dentro del Libro Sexto: De La Tutela de Los Derechos, Título III: De la Responsabilidad Patrimonial, de las Causas de Prelación y de la Conservación de la Garantía Patrimonial, en la Sección II: De la Prenda de los bienes muebles, capítulo III, se ocupa de la prenda, regulando, en su artículo 2786, la constitución del derecho de prenda: "... La prenda se constituye con la entrega al acreedor de la cosa (...)"

Aquí nos preguntamos: ¿es ello un reconocimiento al carácter real del contrato de prenda? Repárese que el término "prenda", así

20 La alusión al "acuerdo" que hace referencia el artículo 1205 del Código Civil Alemán, es coherente con la teoría del "acto abstracto", recogido por dicho cuerpo legal. Así, en forma previa a la constitución del derecho real de prenda ("jus in re"), es necesario el acuerdo abstracto que le da nacimiento: "Einigung" ("jus ad rem").

como la referencia a su constitución, aluden al derecho y no al contrato mismo de prenda, como bien nos lo hace notar el Profesor Jordano. En rigor, un código eminentemente espiritualista, como el Italiano²¹, no otorga carácter real al contrato de prenda al regular esta institución como derecho. Es más, en su artículo 1376, se definen los denominados "contratos con efectos reales", indicando que son los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, *la constitución o la transferencia de un derecho real* o la transferencia de otro derecho, en donde la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por *efecto del consentimiento* de las partes legítimamente manifestado (art. 1465) (El subrayado es nuestro). Entonces, ¿Cómo no considerar la prenda como un contrato consensual atípico de efectos reales?

De otro lado, otros códigos, eminentemente espiritualistas, también se ocupan de la prenda como derecho y no como contrato, resultando, sin embargo, incuestionable, dentro de ellos, la posibilidad de celebrar contratos consensuales de prenda anteriores a la constitución del derecho real. Entre ellos están, por ejemplo, el Código Civil Mejicano, el Código Civil Suizo, el Código Civil Japonés y el Código Civil Portugués.

- El Código Civil Mejicano, dentro de la Segunda Parte: De las Diversas Especies de Contratos, bajo el Título Décimo Cuarto se ocupa de la prenda, definiéndola en su artículo 2856, como el "... derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago"; agregando en su artículo 2858: "Para que se tenga por constituida, la prenda deberá ser entregada al acreedor, real o jurídicamente."
- El Código Civil Suizo, dentro del Libro IV: De los Derechos Reales, bajo el Título Vigésimo Tercero: De la Prenda Mobiliaria, Capítulo I: De la Prenda Manual y del Derecho de Retención, se ocupa de la prenda, estipulando en su artículo 884: "... Salvo las excepciones previstas por la ley, una cosa mueble puede ser constituida en prenda, con la transferencia de la posesión al acreedor pignoraticio. (. . .)

21 Para muchos, el carácter "espiritualista" del Código Civil Italiano de 1942 no es tal desde que aparentemente se reconoce el carácter real de los contratos de depósito, comodato y mutuo (artículos 1766, 1803 y 1813). Sin embargo, se admite, casi en forma unánime, que "las partes pueden crear expresamente figuras de contratos definitivos consensuales atípicos, correspondientes a los previstos como contratos reales". Ver JORDANO BAREA, Juan. Ob. Cit. Pág. 46 y la referencia a la doctrina italiana de post-guerra: Forchietti, Chironi, Montel, Rubino, Osti y otros.

El derecho de prenda no se constituye mientras el constituyente de la prenda conserva la cosa en su exclusivo poder . . .”.

- El Código Civil Japonés, dentro del Libro II: Derechos Reales, en el Capítulo IX, se ocupa de la prenda, señalando en su artículo 344 que “. . . la prenda se hace efectiva con la entrega al acreedor de la cosa prendada”.
- El Código Civil Portugués, al referirse a las Garantías Especiales de de las Obligaciones, se ocupa de la prenda, estableciendo su noción conceptual en el artículo 666, inciso 1ro.: “. . . La Prenda confiere al acreedor el derecho a la satisfacción de su crédito, así como de los intereses, si los hubiere, con preferencia sobre los demás acreedores, por el valor de cierta cosa mueble, o por el valor de créditos u otros derechos, no susceptibles de hipoteca pertenecientes a un deudor o a un tercero”. En cuanto a la constitución misma de la prenda como derecho real, el artículo 669 preceptúa lo siguiente: “1.- La prenda sólo produce sus efectos por la entrega de la cosa prendada o de documento que confiera la exclusiva disponibilidad de ella al acreedor o a un tercero”.

Los artículos transcritos del Código Civil Portugués son importantes de destacar, en contraposición al propio Código Civil Portugués derogado, que, en su artículo 858, reconocía al contrato de prenda el carácter de contrato real cuando señalaba que el contrato de prenda sólo producía efectos por la entrega de la cosa empeñada. Esta variación que la legislación civil portuguesa experimenta no se ve, en cuanto al reconocimiento expreso, como contrato consensual a la prenda, desde que es regulada como derecho real; pero, resulta obvio que al abandonar el nuevo Código Civil Portugués la noción de contrato real, se reconoce implícitamente la consensualidad de todos los contratos, nominados e innominados, con la sola excepción de aquéllos que necesiten el cumplimiento de una especial formalidad para perfeccionarse.

- c. En lo que atañe a otras legislaciones que se ocupan de la prenda como derecho real, podemos citar las siguientes:
 - El Código Civil Argentino estipula, en su artículo 3204: “. . . Habrá constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda”.

- El Código Civil Brasileño, bajo el Título III, referido a los derechos reales sobre cosas ajenas, se ocupa de la prenda en el capítulo IX, art. 768, señalando que "... se constituye la prenda por la tradición efectiva de un objeto mueble susceptible de alienación que, en garantía de la deuda, hace el deudor o alguien por él al acreedor o a quien lo representa."
- El Código Civil Boliviano, bajo el Título II: De la Garantía Patrimonial de los Derechos; Capítulo IV: De la Pignoración, Sección II: De la Prenda, estipula en su art. 1403: "... La Prenda se constituye con la entrega de la cosa al acreedor o a un tercero designado por las partes. ..."
- El Código Civil de Costa Rica, dentro del Libro II: De los Bienes y de la Extensión y Modificación de la Propiedad; Título VI: De la Hipoteca y de la Prenda, en su capítulo III, art. 443, se ocupa de la prenda como derecho real: "... Para que valga la prenda es preciso la entrega real de la cosa empeñada al mismo acreedor o al tercero que acuerden las partes."

Como no pretendemos, en el presente punto, citar en forma exhaustiva toda la legislación comparada, creemos que lo hasta aquí mencionado nos puede servir de índice general para apreciar, sin lugar a dudas, la conclusión a la que pretendemos arribar:

Muchas de las legislaciones civiles que regulan la prenda como derecho real de garantía, responden en esencia a sistemas espiritualistas o consensuales de perfeccionamiento de los contratos. Asimismo, algunos de ellos recogen aún dentro de la clasificación de los contratos a los reales, dándole a la tradición, adicionalmente a su función de modo de transferencia de la posesión y de la propiedad (en general, en algunos casos), la de fungir de requisito especial de existencia los contratos. Pero, ¿ello se desprende de su regulación normativa como derecho real de garantía? En absoluto. Se trata entonces de una opción legislativa que pretende ubicar la prenda estrictamente en su función real y objetiva. No debemos olvidar que, finalmente, lo que persigue el contrato de prenda es constituir una garantía efectiva de protección al acreedor frente a terceros, lo que sólo se logra cuando se constituye el derecho real de prenda. Su tratamiento legislativo, en este sentido, responde a la misma razón que recibe, por ejemplo, la figura de la transacción, que es un contrato, pero muchas legislaciones optan por regularlo como medio de extinción

de las obligaciones, en razón precisamente a la función real y objetiva que realiza en el acontecer.

Por ello, nosotros creemos que, ya particularmente trasladándonos al caso de la legislación peruana, cuando el Código Civil de 1984 regula la prenda como derecho real de garantía lo hace precisamente en razón de esa función real y objetiva, de la que antes hablábamos, y ello no representa óbice alguno para calificar asimismo la prenda, a la luz del vigente Código, como un contrato innominado de efectos reales.

4. *EXACTA INTERPRETACION DEL CONTRATO DE PRENDA EN EL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984. SU UTILIDAD PRACTICA*

El Profesor Gustav Boehmer dijo, alguna vez, que "un Código significa para el derecho positivo y para la ciencia del derecho el término de una evolución"²². En este sentido, la insigne opinión vertida a inicios del presente siglo por el eminente jurista alemán cobra singular vigencia en el análisis de las disposiciones que trae nuestro nuevo Código Civil.

Hemos podido comprobar cómo los propios ponentes del Código, integrantes de la Comisión Reformadora o Revisora, se han pronunciado en favor del carácter real del contrato de prenda. Creemos que, respetando tales opiniones y aún pese a ellas, podemos sostener lo contrario. No olvidemos que, finalmente, una obra siempre se independiza de su autor y, en todo caso, en materia de interpretación jurídica, la intención del legislador representa el último peldaño interpretativo, el de más bajo valor obligatorio. El Profesor Boehmer —a quien hemos citado al inicio del presente punto— en 1913, hace más de sesenta años, criticaba la jurisprudencia alemana por convertir los modelos jurídicos romanos en sagrados dogmas, afirmando que ello se convertía en "lamentable debilidad cuando se llegaba al extremo de querer someter los fenómenos de la vida económica moderna a construcciones romanas que han sobrevivido, pero que no se adaptan a ellos".

Por ello, el Profesor Boehmer combatió la existencia de los contratos reales y criticó, asimismo, la afirmación que creía ver en el origen de la

²² ATARD, Rafael; Boehmer, Gustav: "Los Contratos Reales en el Derecho Actual". Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tomo 122. Madrid, 1913. Pág. 523.

obligación de devolver un bien, al presuponer una entrega, la explicación y fundamento de la existencia de los contratos reales; él mencionaba: "... el que la obligación de devolver-fenómeno derivado-sólo pueda existir mediante la entrega de la cosa no prueba la naturaleza real del contrato.

Son muchas las obligaciones especiales nacidas de un contrato que sólo se desarrollan orgánicamente más tarde, cuando una de las partes ha hecho ya lo que le correspondía; y así se observa en casi todas las obligaciones que requieren para su cumplimiento algún espacio de tiempo. El sastre no nos hace un traje sin que nos prestemos a la medida y la prueba, ni el criado cumple su servicio sin recibir nuestras órdenes. Y ¿pierden, por esto, su naturaleza consensuales los contratos de obra y servicio?. Una cosa es la perfección del contrato y otra distinta su cumplimiento. (. . .)"²³.

El contrato de prenda es, pues, un contrato consensual, en donde la traditio del bien objeto de la prenda es un requisito esencial para la constitución del derecho real de prenda, que originará, a su vez, la obligación de devolver satisfecho que sea el crédito para el cual sirve de garantía; todo ello originado en la etapa de ejecución contractual, distinta al nivel de perfeccionamiento del contrato.

La afirmación antedicha es válida —como creemos haberlo demostrado— aun bajo nuestro vigente Código Civil de 1984, desde que este cuerpo legal regula la prenda como derecho real; no existiendo incompatibilidad alguna entre el reconocimiento de la prenda como derecho real y su origen contractual. Es más, creemos que el artículo 1071 del nuevo Código, que en su aspecto sustancial es repetición del artículo 991 del derogado, al establecer el derecho del acreedor prendario de exigir el cumplimiento de la obligación principal aunque el plazo no esté vencido, por incumplimiento del deudor prendario en *la entrega del bien ofrecido en prenda* (el subrayado es nuestro), reconoce el origen consensual del contrato de prenda, ya que si fuera real su naturaleza, antes de "la entrega del bien ofrecido en prenda", simplemente no existiría vínculo obligacional alguno al no existir contrato, y mal podría hablarse de acreedor y deudor prendario.

En consecuencia, bajo el Código Civil Peruano de 1984, podemos afirmar la existencia del contrato de prenda y, asimismo, bajo las dispo-

23 ATARD, Rafael; Boehmer, Gustav. Ob. Cit. Págs. 524, 526 y 527.

siciones generales de los contratos en general, contemplados en el Título I, de la Sección Primera, del Libro VII: Fuentes de las Obligaciones, principalmente a la luz de los artículos 1352, 1353 y 1354, podemos afirmar sus características de contrato atípico, consensual y con prestación a cargo de una sola de las partes.

Sin embargo, surge aquí el debate si todo el planteamiento doctrinario y legislativo que hemos esgrimido para sustentar el carácter consensual del contrato de prenda no es, hasta cierto punto, un tema puramente teórico, sin aplicación práctica, desde que la efectiva protección del acreedor prendario se consigue sólo con la constitución en su favor del derecho real de prenda. Creemos que la respuesta es negativa desde que la naturaleza consensual del contrato de prenda permite concretar, bajo esta figura contractual, diversas situaciones jurídicas de indudable trascendencia en la satisfacción de intereses en la etapa negocial, aun por encima de no ver realizada en forma inmediata una garantía real de protección del crédito.

Ello se ve reflejado, por ejemplo, en todo lo que significa el vasto campo de la prenda sobre créditos futuros. Al respecto, un gran sector doctrinario niega la posibilidad de que el derecho real de prenda recaiga sobre créditos futuros, bajo el argumento de que ello va en desmedro del principio de especialidad de la prenda. En rigor, sabemos que "tanto la hipoteca como la prenda gozan de la especialidad, la cual adopta dos formas: especialidad en cuanto al bien afectado y especialidad en cuanto al crédito. Por la primera, debe entenderse que la prenda sólo puede recaer sobre un bien mueble individualizado y determinado; por la segunda, que la prenda debe constituirse en garantía de un crédito también concretamente determinado."²⁴

Ahora bien, nosotros no dudamos de la bondad y necesidad de cumplimiento del principio de especialidad de la prenda, aunque dejamos claramente establecido que creemos que pueden admitirse excepciones y no reviste el rigor exigido a la hipoteca; lo que se ve reflejado en nuestro orden normativo ante la inexistencia de una norma similar para la prenda, de la contemplada en el artículo 1106 del Código Civil que prohíbe la constitución de hipoteca sobre bienes futuros. Pero, al estar en principio en discusión no el derecho real de prenda sino el contrato de prenda, no interesa aún el principio de especialidad y nada obsta para que dicho contrato pueda versar sobre bienes futuros, a la luz de lo dispuesto por

²⁴ AVENDAÑO, Jorge. Ob. Cit. Pág. 313.

los artículos 1409 y 1410 del Código Civil, que permiten que la prestación materia de la obligación creada por el contrato pueda versar sobre bienes futuros; estando, en este caso, la obligación de entrega —esto es, la constitución del derecho real— subordinada a que dichos bienes lleguen a tener existencia. Tales contratos no son, en absoluto, poco prácticos ni implican falta de certeza jurídica; pues, si bien no otorgan una garantía real en favor del acreedor prendario, responden a necesidades que el comercio jurídico señala como dignos de tutela; cuales son, por ejemplo, la prenda sobre derechos mineros futuros, o, minerales que van poco a poco extra-yéndose de un denuncio o yacimiento o, en el aspecto netamente comercial, la prenda sobre cuentas por cobrar y la prenda sobre créditos en cuenta corriente, que hoy en nuestro medio —a diferencia del derecho anglo-sajón— son más aspiración que realidad.

Creemos, finalmente, que la normatividad civil vigente permite, hoy por hoy, asegurar y afirmar la existencia del contrato consensual de prenda; y, dentro de esta categoría, la posibilidad de celebrar contratos de prenda sobre bienes futuros, sin que ello signifique enfrentamiento alguno con el principio de especialidad del derecho real de prenda.

De otro lado, la reafirmación de la consensualidad de los contratos, como regla general, implica reconocer la superación total y actual del falso dogma romano de la "realidad" de ciertos contratos; y, con ello, un reconocimiento de que el Derecho sólo en su aplicación encuentra su razón de ser: la tradición en muchos casos, lejos de representar una virtud, actúa como rémora que nos impide visualizar la verdadera naturaleza jurídica de ciertas instituciones.