

FORMAS DE GARANTÍA REAL EN ROMA: DESDE LA *FIDUCIA* A LA *HYPOTHECA*

Forms of Real Guarantee in Rome: From the Trust to the Hypotheca

SANTIAGO ZÁRATE GONZÁLEZ¹

Universidad Central de Chile, Santiago, Chile

Resumen

En el presente trabajo se exponen, de una manera breve, cuáles fueron las formas de garantía más utilizadas en el Derecho Romano, con especial referencia a la *fiducia* y a la *hypotheca*, las que tuvieron un desarrollo lento al principio, vinculadas a otras instituciones que los romanos sí aplicaban en sus negocios jurídicos. Luego adquirieron un gran protagonismo en el marco de la *Rezeption* del Derecho Romano en Europa, un producto del trabajo de glosadores y comentaristas, que influirá de una manera determinante en las codificaciones de fines del siglo XVIII y principios del XIX en todo el orbe. Se trata de instituciones que, sin perder su esencia, han evolucionado hacia formas más complejas que hoy en día ayudan a sostener de impecable manera, la circulación libre del crédito y de los bienes en este mundo globalizado.

Palabras clave

Fiducia, Hypotheca, Formas de garantía, Evolución, Codificación.

Abstract

In the present work, we briefly describe the forms of guarantee most used in Roman Law, with special reference to the *fiducia* and the *hypotheca*, which had a slow development at the beginning, linked to other institutions that The Romans did apply them in their legal affairs, and they later acquired a great role in the framework of the *Rezeption* of Roman Law in Europe, a product of the work of glossators and commentators, which will have a decisive influence on the codifications at the end of the century. 18th and early 19th centuries throughout the world. These are institutions that, without losing their essence, have evolved into more complex forms that today help to impeccably sustain the free circulation of credit and goods in this globalized world.

Keywords

Fiducia, Hypotheca, Forms of Guarantee, Evolution, Codification.

1. Introducción.

Es común en congresos y seminarios, tanto nacionales como internacionales, dedicados a los derechos reales, que se aborde, al menos de manera tangencial, el tema de las garantías mobiliarias e inmobiliarias. Este enfoque resulta particularmente relevante para las instituciones financieras, para las cuales estas garantías operan de manera eficaz y sin contratiempos.

De esta manera, mientras los dogmáticos se pelean por los efectos del registro de propiedad, estas instituciones de crédito tienen la convicción, basada en una larga tradición, de que el sistema de garantías siempre juega a su favor y fuera de las complejidades de la tradición por inscripción del dominio sobre bienes raíces.

¹ Profesor Asociado Regular de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Chile. Abogado y licenciado en derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: santiago.zarate@uccentral.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5364-9298>.



Ello es así, pues desde que surge el registro inmobiliario en la Edad Media, el objeto de protección ha sido el derecho real de hipoteca y no el dominio. De ahí la importancia de conocer la esencia y evolución de esta singular institución jurídica, que, dicho sea de paso, no es romana, sino algo más antigua: Mesopotamia y Grecia (Zárate, 2007; Zárate 2019).

Distinto es el caso de la *fiducia*, un negocio jurídico propiamente romano, ligado a la *fides* y que, sin embargo, se separa del desarrollo dogmático de los demás derechos o formas reales de garantía, para instalarse como una forma más bien *propter rem*, o personal, en algunos casos o legislaciones². En efecto, la *fiducia*, o el negocio fiduciario, cambiará su fisonomía desde una concepción amplia de transferencia de la propiedad con retro transferencia, hasta comportarse como una forma de garantía en algunas legislaciones que la ven como un modelo de financiamiento o financiación.

Asimismo, la relevancia de una y otra institución, y su permanencia en nuestros sistemas, está basada en su naturaleza, características y efectos, lo cual se relaciona directamente con sus orígenes, los que, como hemos señalado, se vinculan con su historia. Para iniciar, la *fiducia* es una institución propiamente romana, que solo cambiará su fisonomía jurídica a partir del *Ius Commune*. Luego, se continuará con la revisión de los orígenes y el desarrollo de la *hypotheca*, que no es romana de cuna, pero que se adoptó al mejor estilo de los emperadores romanos.

2. De la *fiducia* en general, de la *fiducia cum creditore contracta* y del negocio fiduciario moderno

La palabra *fiducia*, que significa etimológicamente “confianza”³, se deriva en su doble acepción del vocablo *fides*: una parte relativa a la confianza, en general, y otra, relativa al tipo jurídico conocido ampliamente por los romanos y del que derivan adjetivos, como *fiduciarius*. Sin embargo, la confianza no define el objeto de la *fiducia*, ya que se relaciona con un elemento subjetivo en Roma que es la *fides*, vocablo del cual proviene la voz confianza (Bello K., 2011; De Arespachoga, 2000; Lizoprawski, 2007-E). De hecho, la simbología de una y otra son diversas. Por un lado, la *fides* es un elemento general y por tanto de aplicación genérica; en cambio, la *fiducia* es un acto específico cuya finalidad es otra: el asegurar el cumplimiento de una obligación.

De ahí, que sea fácil reconocer el carácter específico de garantía en esta última, pero no así en la *fides*. Esta, en tal caso, constituye un halo de legitimidad que rodea a todos los actos o negocios jurídicos en Roma.

La *regula iuris* es más afín a la *fiducia* y la *principiae iuris* es más afín a la *fides*. En esta dinámica, la *fiducia* se desenvuelve con más ventaja en el ámbito de las obligaciones, lo que demuestra que, en materia de contratos, el principio de la *fides* siempre se encuentra presente, porque es una regla de vida entre los romanos. Su símbolo es el ósculo o el apretón de antebrazos. Pero en lo concerniente al acto mismo, la regla propiamente jurídica es la *fiducia cum creditore contracta* que encontramos ya en Gayo 2, 60 (Fuenteseca, 2016, pp. 33 ss.; Samper, 2017).

Por ello, el negocio fiduciario, como lo conocemos hoy (Villagra, 2021, p. 2004), dista de la visión romana de la *fiducia*, ya que esta noción no se reduce al ámbito personal de las obligaciones, sino que también se extiende a los derechos reales. Las obligaciones *propter rem* justamente trasladan hacia un modelo de *obligatio* que no solo refería a los sujetos, sino también a los objetos, aun cuando en uno y otro caso, tanto las obligaciones personales como aquellas *propter*

² Las obligaciones *propter rem* son aquellas derivadas de la titularidad de un determinado derecho real. Literalmente, las obligaciones ‘a causa de la cosa’ existen como consecuencia de un derecho real previo.

³ Aunque algunos autores advierten sobre un significado distinto. Véase Tomás M., Gema, *Fiducia: posible influencia de su sentido jurídico*, en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo V* (Madrid, AIDROM-BOE, 2021) pp. 1277-1286. En este texto, la autora cita a Puccioni quien sostiene que “el sentido que debe darse a la palabra *fiducia* debe ser el de garantía y debe descartarse aquí, a su juicio, la tradicional acepción de confianza” (Puccioni, 1954, pp. 431-438). Según la autora “la palabra *fiducia*, además de la acepción de confianza [como aspecto subjetivo], evolucionó para significar también la persona o cosa [sentido objetivo] que da confianza o certidumbre” (p. 1284).

rem, recaían sobre un determinado objeto (objeto de la obligación *versus* objeto del contrato *versus* objeto-cosa). Es decir, si bien es la titularidad lo que importa en las obligaciones *propter rem*, no podemos dejar fuera de la ecuación al objeto-cosa de esta.

Por tanto, es en esa medida que la *fiducia* pasa a ser una garantía más real que personal hacia el siglo II d. C., debido al efecto de transferencia del dominio que ella producía. En efecto, ya que, al expandirse Roma, primero hacia la bota itálica, y luego hacia el resto del *Orbe*, se le dio más importancia a los tipos reales de garantía, como el *pignus*, figura que vendrá a remplazar en cierta medida a la *fiducia* (al menos en la forma), ya que sustantivamente, el *pignus* tendrá un componente personal que lo ligará al sujeto, ya no directamente, sino *propter rem*.

De esta manera, se puede entender que la *fiducia* no haya desaparecido del todo, ante la aparición de la *hypotheca* en algún momento del período clásico (tal vez en el siglo II d. C.). Para el siglo III d. C., la palabra empeñada deja de tener importancia en la contratación; así, la *fides* siguió siendo el principio rector en esa materia.

Así, tanto el *pignus datum*, como el *pignus conventus* o *hypotheca*, contenían a la *fiducia* (en su forma “*cum creditore contracta*”, debido a que esta estaba íntimamente conectada con el *pignus* y la *hypotheca*, en su fundamento basal relativa a la propiedad).

El *pignus*, que es una figura real y accesorio, tiene su fundamento en la contratación con desplazamiento posesorio. Así, el *pignus* no puede sobrevivir sin esa relación o nexo causal que caracterizaba a todos los actos jurídicos romanos. La *fiducia*, al desaparecer de los textos romanos al final del período clásico (Kaser, 1968, p. 139), la encontramos conectada siempre con el *pignus* (garantía real por excelencia), pues esta tiene el mismo fundamento basal: la garantía o seguridad de un negocio jurídico. Dice el autor: “La *fiducia cum creditore contracta* comparte con el *pignus* la función de servir como negocio pignoraticio; por consiguiente, en el período clásico ambos negocios tienden a asimilarse” (Kaser, 2022, p. 325).

Por ello, cuando Kaser habla de ambas figuras (*fiducia* y *pignus*), las relaciona a nivel de los efectos de los contratos en tanto y en cuanto ambas pueden dar origen a una transferencia dominical, sea a través de la *traditio*, sea a través de la *usucapio*. Es decir, en virtud de ambas instituciones, se podía transferir el derecho asegurado en propiedad, ya que no les pertenecía ni al fiduciario ni al pignorante, lo que generaba un derecho limitado sobre un bien ajeno.

En cuanto a la *fiducia*, nos comenta Joan Miquel, consta de dos actos: uno formal de transferencia de la propiedad por *mancipatio* o *in iure cessio*; y, de un acto informal, el convenio de fidelidad o *pactum fiducia* que obliga al acreedor a retransferir la propiedad satisfecha que ha sido la deuda, y que está basada en la *fides (principiae iuris)*. Daba lo mismo si la cosa era *mancipi* o *nec mancipi*, ya que para que se diera la *fiducia* debía utilizarse obligatoriamente la *mancipatio* o la *in iure cessio*. Como estas formas solemnes desaparecen con Justiniano, ello determina así mismo la desaparición de la *fiducia* del Derecho Romano (Miquel, 2016, p. 211).

Asimismo, reaparecerá luego durante la Baja Edad Media de la mano de las limitaciones al dominio, vinculadas al contrato de compraventa y con los mismos efectos que la antigua forma clásica romana (Kiverstein, 2023, p. 255), aunque algunos autores lo emparentan con las substituciones fiduciarias (Rengifo, 2001, p. 44). De hecho, Oscar Rabasa señala que “cuando en la edad media el derecho romano se fusionó con el sistema jurídico europeo, el fideicomiso puro y simple se transformó en el régimen de las substituciones fideicomisarias”; esto habría provocado una estancación inmobiliaria en manos de las familias que el autor describe como aristocráticas (1944, p. 274).

De hecho, los codificadores la incluirán en esas limitaciones. Sin embargo, no queda claro si esto obedeció a la necesidad de garantizar la seguridad personal del crédito frente a la clandestinidad de las garantías reales, como la prenda y la hipoteca.

La propiedad fiduciaria —como se la conoce en nuestro país—, se basa en la *fides (principiae iuris)* del propietario fiduciario. La acción del fideicomisario está orientada a la transferencia final del dominio sobre el inmueble en concreto a este, salvo que la condición no se dé en la realidad, que es una de las posibilidades que señala Rengifo en su texto (2001, p. 44).

Es decir, el modelo aplicado por el Código Civil chileno es el de un pacto fiduciario de transferencia dominical bajo condición, y no una forma de garantía. Esta distinción es relevante ya que difiere de otras legislaciones como la mexicana y la española, en que el pacto de *fiducia* tiene una connotación de seguridad del crédito. En estos sistemas, la transferencia —o transmisión— de la propiedad es un efecto tal vez no deseado derivado del acto mismo, que surge del incumplimiento del contrato. Esta característica remite a los orígenes de la *fiducia cum creditore contracta* (Kiverstein, 2023, p. 254; Orrego, 2016, p. 2).

3. Del *pignus* en general, del *pignus conventus* y de la *hypotheca*, en general y en el nacimiento del registro inmobiliario (Fuenteseca, 2013)

Por su parte, el *pignus* es una forma de garantía que se basa en la afectación de una cosa al cumplimiento de una obligación, propia o ajena. Durante el período clásico tardío, una vez satisfecho el crédito al que el *pignus* es accesorio (período clásico tardío), la posesión natural —o simple tenencia— que detenta el pignorante no le alcanza para adquirir la propiedad de la cosa, salvo que el crédito no se haya satisfecho en tiempo y forma.

De esta forma, las garantías personales, como la *fiducia* o la fianza, preferían a las reales por la clandestinidad de estas. Esto dio pie a la incorporación de actos traslativos sin posesión de la cosa, de modo que el crédito podía ser satisfecho reteniendo la cosa hasta su venta, si así se requería, pero sin que pueda adquirirse en propiedad (*suam propria datio*) por el pignoraticio.

En particular, ello tiene cierta lógica desde que la cosa es ajena desde un comienzo. Por ello, cuando se habla de la *fiducia*, se entiende que tanto el derecho personal emanado del contrato —el antecedente—, como el del pignoraticio, en el caso del *pignus*, podían ser enajenados, de suerte que los terceros adquirirían el derecho, pero no así la cosa pues esta no les pertenecía. Así, satisfecha la obligación, la cosa regresaba a su dueño.

Ahora bien, el *pignus* se aplicaba a toda clase de cosas, de tal modo que solo con la separación de las cosas en muebles e inmuebles realizada por Ulpiano en el siglo III, se puede también separar al *pignus datum* del *pignus conventus* o *hypotheca* (De Ruggiero, Roberto, 1945, pp. 496-497)⁴. En efecto, pues hasta ese momento, la *hypotheca* no era más que un pacto relativo a los utensilios de labranza usados en el arrendamiento (*invecta e inlata* [señala Kaser], o *illata*, según sostienen Samper y Castresana), como garantía del pago de las rentas (D'Ors, 1991, p. 503; Cuq, 1910, p. 254).

Así, como lo afirma Catón en *De Agri cultura* que “hasta que se efectúe el pago o se facilite la caución en la forma indicada, servirán de garantía los utensilios que se hayan llevado a la propiedad; que no se saque ninguno de ellos de la propiedad: si saca alguno, pasará a pertenecer al dueño” (2009, 150, 3). Con todo, y como enseña Castresana, “entre la prenda y la hipoteca la diferencia es solo nominal -D. 20, 1, 5, 1-” (2017, p. 162).

Como sea, la *hypotheca* comenzará a tener importancia más allá del arrendamiento de predios rústicos, dado que se va a producir la separación entre cosas muebles e inmuebles, de tal que Ulpiano señala que la prenda se refiere a cosas muebles, mientras que la hipoteca se refiere a cosas inmuebles (D. 50, 16, 238, 2). De la misma manera, el desplazamiento es un rasgo distintivo en uno y otro caso (Ulp., 28 *ed.* D. 13, 7, 9, 2; Ulp., 40 *Sab.* D. 13, 7, 1, *pr.*).

⁴ Aunque el autor señala que la clasificación fue casi ignorada en el derecho clásico, “se fue dibujando en el postclásico y el justiniano, que la practicaron y la reconocieron importante” (p. 496).

Al parecer, y hasta el período clásico tardío, tales características no eran determinantes en el uso del *pignus datum* o de la *hypotheca* (Guzmán B., 2009, p. 112; Bussi, 1937, pp. 143-165). Los juristas romanos, por tanto, no vieron ninguna diferencia funcional entre el *pignus datum* y el *pignus conventus* o *hypotheca*. Lo mismo en cuanto al carácter mueble o inmueble de la cosa que, para ellos, es irrelevante (Guzmán B., 2009, p. 108).

Sin perjuicio de lo señalado, hay interesantes casos de hipotecas mobiliarias en el Derecho Romano. Una de ellas es la de los utensilios de labranza introducidos por el arrendatario de un predio rústico en este mismo, para poder explotarlo (Guzmán B., 2009, p. 110; Guzmán, 1996, p. 654); o el de la hipoteca de piedras de mármol para el financiamiento de operaciones comerciales (D. 20, 4, 21, 1).

Hacia el siglo XI d. C. (Alta Edad Media), existe un texto que habla del *pignus*, el cual se refiere a la separación acorde a la naturaleza de la cosa dada en garantía. Si ella era mueble, se correspondía con la prenda; si era inmueble, con la hipoteca. Se trata de una glosa de Acursio, *ad hoc* al D. 50, 16, 238, 1, en que se dice que la voz *pignus* proviene de “*pugno*” que significa “puño”, por lo que se colige que el *pignus* se constituye sobre muebles, porque solo estos y no los inmuebles pueden asirse con la mano. Lo mismo en Odofredo (*ad hoc* de D. 20,1,5,1; Butrigarius *ad hoc* de D. 13,7,1; de Rosate *ad hoc* de D. 20,1,5,1), para quien la única diferencia entre prenda e hipoteca es con relación a la acción, lo que deriva de la naturaleza mueble o inmueble de la cosa (Baldo *ad hoc* de Inst. 4,6,7; etc.). En definitiva, tanto glosadores como post glosadores se atuvieron a las fuentes (Guzmán, 2009, p. 108 ss.).

Luego, en los cuerpos legales de la segunda mitad del siglo XVIII y principios del XIX, se estableció una separación con las fuentes. Esto podría obedecer a la expansión y aplicación de los derechos propios o vernáculos, de huelga que aquellas posibilidades que nos entregó el Derecho Romano (clásico y posclásico), se perdieron. Para Guzmán Brito (2009, p. 118 ss.), tales cuerpos son:

- a) En el Proyecto de Cuerpo Jurídico Federiciano (Federico II de Prusia) de 1749, la 1.^a parte, y, de 1751, la 2.^a parte, debidas al jurista Cocceius;
- b) En el *Codex Theresianus* de 1753 [pero 1766], que distingue dos tipos de pignoración: por la entrega de la cosa (*Pfand*), o por la escrituración (hipoteca), pero en este último caso, solo respecto de inmuebles. Dos modificaciones posteriores de Horten y Martini, no innovaron mucho en el modelo; y, en el BGB de José II de Austria de 1797, que se basó en el modelo de Martini, tampoco hubo innovación al respecto.
- c) En Prusia hacia 1794, Federico Guillermo II promulga el *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* en que la hipoteca solo recae sobre inmuebles.
- d) En el ABGB de 1811 (parágrafo 451) solo se reconoce la prenda constituida sobre muebles, con desplazamiento posesorio, y a la hipoteca sobre inmuebles, pero sin desplazamiento. Esta norma se remite en el caso de la hipoteca al parágrafo 431 por lo que se requiere inscripción en el registro o gran libro *-Grundbuch-*.
- e) En el *Code* de 1804 en Francia, en el artículo 2072 existe una institución fundiaria llamada *Nantissement* que es un contrato real que cuando recae sobre cosa mueble se denomina *gage*, y cuando recae sobre una cosa inmueble se llama *antichrèse*.

En el sistema jurídico francés, la *hypothèque* se aplica exclusivamente a los bienes inmuebles y exige inscripción, aunque únicamente como requisito para su oponibilidad frente a terceros (artículo 2114).

En los dos últimos casos (Austria y Francia), la registración es sin duda el rasgo más importante y que no se conecta con la tradición jurídica ni romana ni del derecho común.

Este aspecto es el que demuestra la autonomía del derecho registral, no solo en el ámbito de la protección del dominio de los inmuebles, sino que más importantemente, en el de la hipoteca.

4. La prenda e hipoteca en Chile. Aspectos generales

En el ordenamiento jurídico chileno, la prenda se constituye solo respecto de bienes muebles (artículo 2384 del CC), con algunas excepciones más modernas promovidas por el legislador en la ley 20.190 de 2004 sobre prenda sin desplazamiento (artículo 14), reservando la hipoteca en el CC solo a los bienes inmuebles (artículo 2407), y, excepcionalmente, a las naves —barcos— de más de 50 toneladas (artículo 20 DL. 2222); con lo cual se siguen los modelos francés y germano, aunque en forma bastante aleatoria, en ambos casos, con registro.

En ese orden de cosas, la hipoteca sigue teniendo las mismas características que hemos anotado:

- a) Que solo se refiere a bienes inmuebles, con excepción de las naves, como señalamos más atrás para el caso chileno. En efecto, la ley de navegación, contenida en el DL. 2222 de 1978, cuyo artículo 20 dispone que: “En el Registro de Hipotecas, Gravámenes y Prohibiciones, que estará a cargo de la Dirección, deberán inscribirse, para su validez, las hipotecas y demás derechos reales que graven a las naves que midan más de cincuenta toneladas de registro grueso”.
- b) Que no hay desplazamiento posesorio, debido a la naturaleza propia de la cosa. En efecto, ya que un terreno o una casa —salvo en el caso de la *minga* en Chile⁵— no puede moverse de un lugar a otro. Esa inercia es la que permite que la hipoteca sea la mejor de las garantías reales.
- c) Que hay afectación accesoria de la cosa raíz al cumplimiento de una obligación principal, de modo que extinta esta, la hipoteca deja de tener una razón de existencia.
Lo mejor es que esa afectación proviene de la naturaleza inamovible de la cosa, lo que permite al acreedor despreocuparse, por ejemplo, de la apropiación del inmueble por parte de terceros adquirentes u ocupantes ilegales, pues si bien el artículo 2415 del CC permite la enajenación del bien raíz con hipoteca vigente, el derecho real seguirá a la cosa en manos de quien la posea, materialmente (derecho de persecución).
- d) Que la inscripción conservatoria en el caso de la hipoteca es constitutiva del derecho real, pero sin tradición. Es decir: que, frente al registro, el acreedor constituye su derecho por inscripción, la cual, a pesar de estar tratada en el título de la tradición del CC, no constituye enajenación del derecho, sino solo su constitución (artículo 686, inciso 2). En efecto, al decir la norma: “de la misma manera”, se refiere a la ‘inscripción’ y no a la tradición. Encontramos la misma razón en el ABGB (Código Civil austriaco de 1811) en que el derecho real de hipoteca para constituirse debía acceder al registro de la misma manera que la propiedad: “Con esto último, el ABGB. remite implícitamente a su § 431, el cual dice que la transferencia de bienes inmuebles exige que el negocio de adquisición (*Erwerbungs-geschäft*), vale decir, el título traslativo del dominio (venta, permuta, donación, etcétera), deba ser registrado en un ‘protocolo o libro público’ (*öffentliche Buch*); y denomina ‘incorporación’ (*Einverleibung* o *Intabulation*) a tal registración” (Guzmán, 2009, p. 120).
- e) Resulta de interés el tema del objeto, pues, como hemos dicho más atrás, la diferencia entre hipoteca y prenda existe debido al objeto que garantizan. Si el bien es mueble, puede ser garantizado con prenda; si es inmueble, con hipoteca.

⁵ La *minga* es una forma de traslado de una casa prefabricada en un lugar distinto del suelo donde finalmente terminará. La lleva a cabo el constructor por cuenta y riesgo del dueño de la obra.

Nuestra jurisprudencia ha marcado estos aspectos, de tal forma que, frente a la duda de si una cosa puede prendarse o hipotecarse, debido a su naturaleza, ha resuelto que, en cada caso, deberá regirse a lo que el legislador entiende por prenda o por hipoteca; sin perjuicio, como se ha señalado, de que hoy se puedan prender “inmuebles” (caso de la ley 20.190), o se puedan “hipotecar” muebles (como en el caso de las naves).

En relación con la prenda, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso⁶ dispuso que la prenda sobre una póliza de seguros no era válida, mientras que, en otra sentencia, esta vez, de la Corte Suprema⁷, la prenda de acciones sí era válida.

Esta contradicción se basa en lo que el artículo 2384 del CC señala respecto del objeto sobre el cual recae la prenda: cosas muebles: “Art. 2384. Por el contrato de empeño o prenda se entrega *una cosa mueble* a un acreedor para la seguridad de su crédito” [cursivas propias].

De este modo, una póliza de seguros no se considera un mueble, mientras que las acciones, que son valores (cosas inmateriales), son consideradas cosas muebles. No porque contengan un derecho personal —caso en el cual serían consideradas cosas incorporales—, sino que aluden al carácter de movilidad que les otorga la ley a esos títulos valores⁸.

Respecto de la hipoteca, la cuestión no ha sido muy debatida en la jurisprudencia, debido a que está muy arraigada la relación entre ella y el inmueble que afecta, en términos de garantía. O sea, nadie discute en Chile que la hipoteca recaiga sobre bienes raíces.

Por de pronto, el artículo 2407 del CC, la define como un derecho real en los siguientes términos: “Art. 2407. La hipoteca es un derecho de prenda, *constituido sobre inmuebles* que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor” [cursivas propias].

Una sentencia del 2.º Juzgado de Letras de Osorno, confirmada por la Corte de Apelaciones de Valdivia, la que, luego de ser recurrida ante la Corte Suprema, quedó a firme; refiriéndose a la institución de la cláusula de garantía general hipotecaria, dispuso que: “Es claro que la hipoteca con garantía general es un contrato válido ya que no es posible afirmar que el objeto de la hipoteca sea garantizar obligaciones futuras, *el objeto de la hipoteca es el inmueble hipotecado* que servirá de garantía ya sea por obligaciones presentes o futuras” [cursivas propias], enfatizando en la característica inmueble de la cosa hipotecada⁹.

De este modo, se evidencia que, aunque la prenda y la hipoteca, diversas en su origen, coexistieron en Roma, ambas instituciones siguieron caminos distintos que las codificaciones modernas adoptaron con ciertas transformaciones. Estas modificaciones, en general, responden a particularidades propias de cada sociedad, como ocurre en Francia y Alemania, cuyos sistemas de garantía difieren significativamente debido a la aplicación de sus *usages* y *coutumes* (Guzmán, 2009, p. 128 y ss.).

Así, distinción entre muebles e inmuebles, concebida como una barrera rígida entre ambos, resulta hoy día innecesaria. Esto se debe a que tanto la prenda como la hipoteca pueden aplicarse a otro tipo de bienes.

En Chile, el caso más patente es el establecido en la ley 20.190 de 2007, la que reguló en su artículo 14 la llamada prenda sin desplazamiento¹⁰.

⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 25 de junio de 1924, en Gaceta de los Tribunales N.º 65, Primer Semestre, 1924, pp. 368 ss.

⁷ Sentencia Corte Suprema, de fecha 24 de abril de 1958, en Revista de derecho y Jurisprudencia, tomo 55, Secc. 1.ª, pp. 62 ss.

⁸ Hoy inclusive se habla de desmaterialización de esos títulos.

⁹ Sentencia del 2º Juzgado de Letras de Osorno, rol C-1004-2022 de fecha 19 de enero de 2023. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 163-2023 de fecha 3 de agosto de 2023. Sentencia de casación de la Corte Suprema, rol 200.023-2023 de fecha 23 de octubre de 2023.

¹⁰ Ley N.º 20.190 de fecha 5 de junio de 2007. En su artículo 14 dicta normas sobre prenda sin desplazamiento y crea el registro de prendas sin desplazamiento.

Por tanto, esta norma derogó una serie de leyes especiales que, desde principios del siglo XX, habían regulado prendas sin desplazamiento de posesión. Sin embargo, en el artículo 6 de la ley aparecieron como objetos de prenda, lo que demuestra que el legislador no hizo más que concentrar las antiguas prendas en una sola. Es más, ya que, entre esas prendas derogadas y resucitadas, había varias que se referían a inmuebles; así, el legislador ya rompió el corral que significaba que la prenda recayera solo sobre cosas muebles (Zárate, 2017, pp. 179 ss.).

Solo resta que el legislador chileno se atreva, tal como se hizo en España, a crear una hipoteca de bienes muebles¹¹.

Referencias bibliográficas

Libros

- Bussi, E. (1937). *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*. Padua: Imprenta CEDAM.
- Castresana, A. (2020). *Derecho Romano. El arte de lo bueno y de lo justo* (4ª edición). Madrid: TECNOS.
- Catón, M. P. (2009). *De agri cultura* (A. Castresana, Trad.). Madrid: TECNOS.
- Cuq, E. (1910). *Las instituciones jurídicas de los romanos*. Tomo II. Santiago: Imprenta y encuadernación.
- D'Ors, Á. (1991). *Derecho Privado Romano*. Navarra: EUNSA.
- De Arespachoga, J. (2000). *El trust, la fiducia y figuras afines*. Madrid: Marcial Pons.
- De Ruggiero, R. (1945). *Instituciones de derecho civil. Derechos reales* (4ª edición) (R. Serrano S. et al., Trads.). Madrid: REUS.
- Fuenteseca D., M. (2016). *El negocio fiduciario en Roma*. Madrid: Marcial Pons.
- Guzmán B., A. (1996). *Derecho privado romano*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Kaser, M. (1982). *Derecho Romano Privado* (5ª edición) (J. Santa Cruz T., Trad.). Madrid: REUS.
- Kaser, M. (2022). *Derecho Romano Privado* (P. Lazo G. et al., Trads.). Madrid: BOE.
- Kiverstein, A. (2023). *Derecho civil. Los bienes*. Santiago: Editorial El Jurista.
- Miquel, J. *Derecho Romano*. Madrid: Marcial Pons.
- Orrego A., J. A. (2016). *Derechos reales limitados. Apuntes*. Santiago: s. e.
- Rabasa, O. (1944). *El derecho angloamericano*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rengifo, R. (2001). *La Fiducia. Legislación nacional y derecho comparado*. Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT.
- Samper P., F. (1993). *Derecho Romano* (3ª edición). Santiago: Ediciones Universidad SEK.
- Samper P., F. (2017). *Las Instituciones de Gayo* (1ª edición). Santiago: Ediciones UC.
- Zárate G., S. (2007). *Reflexiones hipotecarias*. Santiago: Editorial Librotecnia.
- Zárate G., S. (2019). *Tratado de derecho inmobiliario registral*. Santiago: Editorial Metropolitana.

Artículos de revista

- Fuenteseca D., M. (2013). La hipoteca en Roma. En *Estudios de derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez* (Vol. 2, pp. 1253-1276). Madrid: Editorial Dykinson.
- Guzmán B., A. (2009). La pérdida del concepto romano de hipoteca mobiliaria en los derechos moderno y codificado y su recuperación a lo largo de los siglos XIX y XX con especial referencia al caso de Francia.¹ *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXXIII, 103-148.

¹¹ Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prendas sin desplazamiento.

- Lizoprawski, S. (2007). Fideicomiso: ni ángel, ni demonio. *Revista Jurídica Argentina La Ley, E*, 1038-1053.
- Puccioni, G. (1954). Quaec sit fiducia capto. *Revista ParPass*, 9, 431-438.
- Tomás M., G. (2021). *Fiducia: posible influencia de su sentido jurídico*. En *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo V* (Vol. 1, pp. 1277-1286). Madrid: AIDROM-BOE.
- Villagra, M. (2003). La trascendencia de la fiducia y el fideicomiso romano frente a la globalización del trust anglosajón en el derecho comparado y en la actual legislación argentina. En *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo VIII* (pp. 2003-2028). Madrid: AIDROM-BOE.
- Zárate G., S. (2017). El registro de bienes y derechos reales inmuebles, por naturaleza, por destinación y por adherencia, creados por la ley 20190 sobre prenda sin desplazamiento en Chile. *Anuario de Derecho Registral Iberoamericano*, 2. Lima: Editorial Praeter Legem.

Tesis

- Bello K., S. (2011). Fideicomiso público. (Tesis doctoral). Salamanca: Editorial USAL.

Leyes

- Código Civil de la república de Chile, en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986>
- Ley N°20.190 de 2007, que introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continua el proceso de modernización del mercado de capitales, en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=261427>
- Decreto Ley (DL) N°2222 de 1978, que sustituye la ley de navegación, en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6855>
- Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prendas sin desplazamiento, en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1954-15448>

Sentencias

- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 25 de junio de 1924, en Gaceta de los Tribunales N°65, Primer Semestre, 1924, pp. 368 ss.
- Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 24 de abril de 1958, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 55, Secc. 1.ª, pp. 62 ss.
- Sentencia del 2 Juzgado de Letras de Osorno, rol C-1004-2022 de fecha 19 de enero de 2023, en www.poderjudicial.cl
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 163-2023 de fecha 3 de agosto de 2023, en www.poderjudicial.cl
- Sentencia de casación de la Corte Suprema, rol 200.023-2023 de fecha 23 de octubre de 2023, en www.poderjudicial.cl