

**Revista Chilena de Derecho Privado**

**Revista Chilena de Derecho Privado**

**ISSN: 0718-0233**

[claudia.bahamondes@udp.cl](mailto:claudia.bahamondes@udp.cl)

**Universidad Diego Portales**

**Chile**

Wegmann Stockebrand, Adolfo

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO  
Y EL PACTO MARCIANO**

Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 13\*, diciembre, 2009, pp. 95-122

Universidad Diego Portales

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838871002>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org



Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO Y EL PACTO MARCIANO\*

## CONSIDERATIONS ON THE BAN ON FORFEITURE OF PROPERTY FURNISHED AS SECURITY (PACTUM COMMISORIUM) CLAUSES AND PACTUM MARCIANUS EXCEPTIONS THERETO

*Adolfo Wegmann Stockebrand\*\**

### RESUMEN

La prohibición del pacto comisorio es una de las instituciones más antiguas del Derecho Privado de garantías, cuyos orígenes se remontan al Derecho Romano. Ahora bien, el estudio de las normas que la consagran demuestra que su disciplina jurídica no expresa adecuadamente sus fundamentos dogmáticos. En efecto, la prohibición de la *lex commisoria*, destinada a impedir que el acreedor se aproveche de su deudor y encubra préstamos usurarios, no se condice con la prohibición absoluta, tanto del pacto comisorio *ex intervallo* como de su modalidad de pacto marciano. Una vez que el contrato de crédito ha sido celebrado, el riesgo se desplaza al acreedor, por lo que la protección del interés del deudor por esta vía ya no se justifica.

Palabras clave: pacto comisorio, garantías, usura.

### ABSTRACT

The prohibition of the Comissory pact is one of the most ancient institutions in private law of guarantees, who's origin goes back to roman law.

\* El presente artículo corresponde a una versión extendida de la ponencia presentada por el autor en las VI Jornadas Chilenas de Derecho Civil, organizadas en la ciudad de Olmué por la Universidad Diego Portales, los días 7, 8 y 9 de agosto de 2008.

\*\* Profesor de Derecho Civil. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 2 de agosto de 2009 y aceptado para su publicación el 23 de octubre de 2009. Correo electrónico: aawegman@uc.cl.

The study of the regulations that establish it demonstrates that its juridical discipline does not properly express its dogmatic fundaments. Furthermore, the prohibition of *lex commisoria*, purposed to prevent the creditor from taking advantage of its debtor and conceal usury loans, does not compare to the absolute prohibition of the Comissory pact *ex intervallo* nor of its similar, the Martian pact. Once the loan contract has been celebrated, the risk is displaced to the creditor, therefore the protection of the debtor's interests through this instrument is no longer justified.]

Key words: Comissory pact, guarantees, usury.

## 1. ORIGEN HISTÓRICO DE LA PROHIBICIÓN

La prohibición del pacto comisorio es, sin lugar a dudas, una de las instituciones jurídicas más importantes y de más larga data dentro del esquema de las garantías reales. En efecto, según un autor,

“pocas instituciones jurídicas de Derecho Privado tienen tanto abuelo en los ordenamientos continentales como el pacto comisorio y su prohibición, establecida en el Cuerpo jurídico común desde la época de Constantino”<sup>1</sup>.

Dicha prohibición encuentra su fundamento en una idea de justicia, la cual se plasma en la defensa de la parte generalmente más débil de la relación crediticia, cual es el deudor.

Esta necesidad de defensa de los derechos del deudor frente a eventuales abusos del acreedor ya había sido reconocida en la antigua Roma, cuando la *fiducia*, en su modalidad destinada a garantizar el cumplimiento de las obligaciones (*fiducia cum creditore*), fue superada y reemplazada por nuevas figuras que permitían una satisfacción más eficaz del interés de ambas partes: la prenda (*pignus*) y la hipoteca (*hypotheca*)<sup>2</sup>. Tanto en uno como

<sup>1</sup> Ramón DURÁN RIVACOBIA, *La propiedad en garantía: prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 15.

<sup>2</sup> En Roma, prenda e hipoteca constituyeron en realidad un único instituto, de origen pretorial, puesto que ésta no aparece sino como un perfeccionamiento de aquélla. Recibía el nombre de prenda cuando la cosa se entregaba al acreedor en el acto de la convención, y se llamaba hipoteca cuando quedaba en poder del deudor. Según el objeto, luego, varió la estructura jurídica del derecho de prenda o hipoteca, el cual se designa como real, cuando lo que se ha dado en prenda es una cosa, pero no cuando lo que se ha empeñado es un crédito. En este último caso, se considera por algunos como objeto de la prenda el Derecho mismo. En este sentido, Pietro BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Reus, 1965, p. 455.

en otro caso, el acreedor adquiría un derecho real sobre la cosa gravada que le permitía –en la legislación justiniana– vender la cosa o derecho constituido en garantía y satisfacer su crédito con el precio, restituyendo el exceso sobre la cuantía de éste (*superfluum* o *hyperocha*)<sup>3</sup>. Esta facultad, denominada *ius distrahendi*, en un principio de carácter meramente accidental, podía ser desplazada por una convención en virtud de la cual las partes estipulaban que el acreedor podía quedarse con la propiedad de la cosa en el evento que el deudor no cumpliera su obligación dentro de plazo. Dicha convención se conocía con el nombre de *lex commisoria*. En este sentido, se puede definir la *lex commisoria* como la cláusula en virtud de la cual si el deudor no paga a tiempo, el acreedor conserva la cosa en su patrimonio, cobrándose, de esta manera, el crédito no satisfecho<sup>4</sup>. Como afirma Ramón Durán Rivacoba, siguiendo en esto a Álvaro D'Ors, la *lex commisoria* era una *lex privata*, basada en una declaración de las partes a través de un negocio jurídico, que representa fundamentalmente un acuerdo por el cual quien no pagaba por la transmisión de una cosa en un cierto tiempo, debía permitir recuperarlo al *tradens*. Por tanto, proviene de la *mancipatio*, en cuanto el tradente determina en virtud de *leges* las limitaciones de su transferencia con alcance real. Además, la *mancipatio* sirve para transferir fiduciariamente un bien y, en este sentido, la *lex commisoria* sirve como garantía del pago, puesto que de no producirse, se consolida la transferencia. Al ser la *fiducia* una figura basada en los medios formales de transferir el dominio (*mancipatio* e *in iure cessio*), extinguidos éstos, se sustituye definitivamente por el *pignus* como medio de garantía. Aquí estriba, pues, la unión y común origen entre los distintos pactos comisorios: en la compraventa sirve como condición resolutoria en caso de no pago del precio, con efecto estrictamente personal y no real, como en la *mancipatio*, y en beneficio del vendedor; en el *pignus*, por su parte, el pacto comisorio es un sistema de garantía que favorece al acreedor, toda vez que le permite quedarse con la cosa empeñada en caso que su deudor no cumpla la obligación en tiempo y forma debidos<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Antes de convertirse en un derecho real, el *pignus* consistía en una suerte de retención, teniendo el acreedor insatisfecho el derecho a vender el bien cuando se convino expresamente; sólo con el cambio de naturaleza jurídica, se reconoce al acreedor la facultad de vender la cosa, aunque no hubiera estipulación alguna en ese sentido (se dice que ello ocurrió en el siglo III d. C., en la época de los Severos). Finalmente, con Justiniano, el derecho de venta pasó a ser de la esencia del contrato de prenda. En consecuencia, la actual configuración de la principal facultad del acreedor prendario (y del hipotecario) tuvo su origen en la autonomía de la voluntad. En este sentido, Manuel Ignacio FELIÚ REY, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, Civitas, 1995, p. 33.

<sup>4</sup> Cfr., Juan IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, Ariel, 1972, p. 356.

<sup>5</sup> Cfr., DURÁN RIVACOBIA (n. 1), p. 17.

La *lex commisoria* en los contratos de garantía se encuentra recogida en el *Digesto* (20,1,16,9), en los siguientes términos:

“Puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio. En este caso, parece ser en cierto modo una venta bajo condición, y así lo dispusieron por rescripto los emperadores Septimio Severo, de consagrada memoria, y Antonino Caracalla”<sup>6</sup>.

El pacto comisorio, por tanto, surge en un comienzo como una mera renuncia de la acción pignorática de parte del deudor, lo que convertía la tenencia del acreedor en propiedad. De este modo, el pacto comisorio distorsionaría la naturaleza de la prenda, convirtiéndola prácticamente en una compraventa con fin de garantía<sup>7</sup>. Posteriormente, en la época romano-helénica, la *lex commisoria* fue prohibida por Constantino, mediante un edicto del año 320 d. C., cuyo texto señala lo que sigue:

“El emperador Constantino, Augusto, al pueblo. Por cuanto entre otros engaños crece principalmente la aspereza de la ley comisoria de las prendas, nos ha parecido bien invalidarla, y que para lo sucesivo quede abolido todo su recuerdo. Así pues, si alguno padeciera por tal contrato, respire por virtud de esta disposición, que rechaza juntamente con los pasados los casos presentes, y prohíbe los futuros. Porque mandamos que los acreedores, habiendo perdido la cosa, recuperen lo que dieron”<sup>8</sup>.

El edicto de Constantino habría sido motivado por tres razones: en primer lugar, porque la elaboración de la figura del *pignus* había llegado

<sup>6</sup> D. 20,1,16,9: “Potest ita pignoris datio hypotcaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, uire emptoris possideat rem iusto pretiotunc aestimandam. Hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio, et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt”. Aquí se permite el pacto comisorio, pero limitado a un justiprecio, lo que se denominó “pacto marciano”, cuestión a la que nos referimos más adelante.

<sup>7</sup> De esta manera, se vuelve, pues, al punto inicial. La compraventa con fin de garantía es la hipótesis más común de negocio fiduciario o *fiducia* (específicamente, de *fiducia cum creditore*), figura que, precisamente, se pretendió sustituir en la antigua Roma por medio de la prenda.

<sup>8</sup> Imp. Constantinus A. ad populum: “Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboliri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt”.

a un punto tal que por sí misma era suficiente garantía, en virtud de la facultad irrenunciable de la venta. En segundo lugar, porque a través del pacto comisorio se encubrían prestamos usurarios, puesto que el valor de la cosa era, por lo general, muy superior al del crédito garantizado<sup>9</sup>. En efecto, los acreedores se servían de esta estipulación para apropiarse de los bienes de sus deudores a un precio mucho menor del real, obteniendo un enriquecimiento a sus expensas e infiriendo una lesión grave a su patrimonio. Esta tesis sería ratificada por la limitación a la tasa de interés impuesta por el mismo Emperador el año 325 d. C. En tercer lugar, no hay que olvidar la creciente influencia de la Iglesia Católica, tolerada y reconocida en virtud del edicto de Milán de 313, también de Constantino (y convertida en oficial por el edicto de Tesalónica de Teodosio el Grande, del año 380), la cual sancionaba moralmente la usura. En efecto, ya desde los primeros tiempos de la Iglesia primitiva, tanto los apóstoles como los santos padres de la Iglesia tomaron cartas en el asunto, prohibiendo la usura por considerarla pecado. Ésta era la interpretación que se daba por parte de la jerarquía eclesiástica a un pasaje del Evangelio de Lucas, que señala: “Si prestáis a aquellos de quienes esperáis recibir, ¿qué gracia tenéis? También los pecadores prestan a los pecadores para recibir de ellos igual favor”<sup>10</sup>.

Esta prohibición fue recogida por la tradición jurídica medieval, y prueba de ello es que el emperador Carlomagno, mediante la *Ad initio Generalis* del año 789 y la capitular de Nimega del 806, trató de extender la prohibición del concilio de Nicea (de 325, que prohibió la usura a los clérigos) a los laicos, mediante el establecimiento de multas. Posteriormente, la prohibición del pacto comisorio fue confirmada por el papa Inocencio III, en el año 1198, en su decisión *Significante R. cive pisano*<sup>11</sup>. Por su parte, en 1569, el papa Pío V, mediante bula promulgada *motu proprio*, insiste en condenar, entre otras cláusulas convencionales, el pacto comisorio.

99

En cuanto al Derecho español medieval, la prohibición del pacto comisorio se encontraba consagrada, principalmente, en la *Partida* v, título XIII, leyes 41 y 42. Ello, a diferencia del fuero real, que aceptaba la validez de este pacto en la ley 2 del título xx del libro III sobre “como vale la postura que el deudor ficiere con su credor que le pueda tomar los bienes si a tiempo no pagare”. Sin embargo, a pesar de que las *Partidas* condenaban expresamente la inclusión de este pacto en los contratos de garantía, no ocurría lo mismo con el denominado *pacto marciano*, es decir, aquella convención

<sup>9</sup> En este sentido, IGLESIAS (n. 4), p. 357.

<sup>10</sup> Lucas, 6, 34: “Et si mutuum dederitis his, a quibus speratis recipere, quae vobis gratia est? Nam et peccatores peccatoribus fenerantur, ut recipient aequalia”.

<sup>11</sup> Decretales de Gregorio IX, II.21.7.

en virtud de la cual las partes podían limitar los efectos del comiso a un precio justo<sup>12</sup>. Luego, la *lex commisoria* en sí misma sí estaba permitida, con la limitación –no menor– de que no podía exceder del valor de la cosa. En este sentido, si bien es cierto que el Derecho histórico castellano mantuvo firme la prohibición del pacto comisorio, desde antiguo se ha intentado su admisión mediante la morigeración introducida por el pacto marciano, el cual permitía conservar la conmutatividad y equilibrio de las prestaciones al garantizar al deudor la diferencia existente entre el valor del bien dado en pago y el monto de la deuda<sup>13</sup>. Dicho pacto, contemplado en *Digesto* 20,1,16,9<sup>14</sup>, fue recogido en la ley 41 del título v de la *Partida* v<sup>15</sup>, y en la ley 12, título XIII, de la *Partida* v<sup>16</sup>. Así, Gregorio López, en su glosa, se refiere expresamente a la validez del pacto, en la medida de que el justo precio sea determinado por *boni viri*, señalando que “res fit empta creditorio hominum arbitrio taxado: valet conventio”; y con respecto a la ley 41 del título v de la *Partida* v, afirma: “pactum legis commissorie in pignoribus reprobatur: nisi convenerit partes quod pro pignorie detur iustum pretium arbitrio boni viri”. Apoyarían esta interpretación, según Luis de Molina, las opiniones de Bartolo, Panormitano, Covarrubias y Navarro<sup>17</sup>. También en el *Febrero Novísimo*, tras oponerse en términos generales a la validez del pacto comisorio basándose en las *Siete Partidas*, se admite que el acreedor pueda apropiarse de la cosa empeñada pagando un justo precio fijado por peritos<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. Gonzalo MONTECINOS MONTALVA, *Del pacto comisorio y de su aplicación en los contratos*, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, Santiago, Dirección General de Prisiones, 1938, N° 10, p. 29.

<sup>13</sup> Cfr. FELIÚ REY (n. 3), p. 43.

<sup>14</sup> El pacto recibe ese nombre porque este texto del *Digesto* contiene una consulta dirigida al jurista Marciano.

<sup>15</sup> Ley 41, título v, *Partida* v: “...Empeñando un ome a otro alguna cosa a tal pleyto, que si no la quitase a dia cierto, que fuese suya comprada, de aquel a que la rescebio a peños: dando o pagando sobre aquello que auia dado quando la tomo a peños tanto quanto podria valer la cosa segund aluedrio de omes buenos: tal pleyto como este deue valer...”.

<sup>16</sup> Ley 12, título XIII, *Partida* v: “...Pero si el pleyto fuese puesto, de guisa, que si el peño no le quitasse, fasta dia cierto, el que lo empeño, que fuese suyo, vendido, e del otro, comprado, por tanto, precio, quanto lo apreciasen los omes buenos, tal pleyto, dezimos que valdria...”.

<sup>17</sup> MOLINA, Luis de, *Tratado sobre los préstamos y la usura* (Cuenca, 1597), edición e introducción de F. Gómez Cobacho, Madrid, ICI, IEF, 1989 dice lo siguiente: “Bartolo, citado por Panormitano y otros, dice que si el pacto fuese que la prenda se considerará vendida una vez pasado el plazo, el pacto se considerará válido, porque se interpretaría que el sentido del pacto es que quedará vendida al justo precio estimado por un varón prudente. Esta opinión me agrada y es la sentencia común, aprobándola, entre otros, Covarrubias”.

<sup>18</sup> En el *Febrero Novísimo. Librería de Escribanos e instrucción jurídica theoico práctica de Principiantes* (Madrid, 1789), Madrid, edición facsimilar a cargo del Consejo General del

En cuanto al Derecho histórico francés, Robert Pothier sostiene que la conservación de la prohibición del pacto comisorio es necesaria para impedir los fraudes de los usureros, quienes encontrarían en esta cláusula un medio abierto para obtener un excesivo provecho por las sumas de dinero que presten<sup>19</sup>. De los términos empleados, se desprende que el autor rechazaría la *lex commisoria* de manera absoluta, aun en el caso del pacto marciano, que no es sino una variante del mismo. Sin embargo, en el antiguo Derecho francés se autorizaba a las partes para convenir que la cosa empeñada pasara al acreedor, no en virtud de un precio fijado con anterioridad, sino según una estimación a hacer por expertos después del vencimiento del plazo (pacto marciano).

## 2. LA PROHIBICIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

El *Código Civil* francés, siguiendo el criterio de las legislaciones anteriores (desde el siglo XVI), dispuso, como era de esperar, la ineffectuacía (nulidad) del pacto comisorio en el contrato de prenda. En efecto, el artículo 2078 del *Code* establece lo siguiente: “Toda cláusula que faculte al acreedor para apropiarse de la prenda o para disponer de ella sin las formalidades legales, es nula”. Por su parte, el artículo 2073 del *Code*, al definir la prenda, se refiere al derecho de vender y de cobrar sobre el precio como el efecto esencial y necesario de este contrato<sup>20</sup>.

---

Notariado, 1990, se afirma lo siguiente: “Y si para tal dia no me hubiere pagado el citado Antonio dichos dos mil reales, quede por el propio hecho vendida la hipoteca afectada da a su responsabilidad por lo que fuere justo, y valúen Peritos, que unánimemente eligiremos (...) pues, se tiene por celebrada la venta, y con el suplemento del justo precio se perfecciona, como se prueba de las mismas Leyes”.

<sup>19</sup> Cfr. MONTECINOS MONTALVA (n. 12), p. 30.

<sup>20</sup> El legislador francés intervino desde un principio para que la enajenación fuera efectuada en las condiciones regulares propias para impedir el fraude a que alude Robert Pothier y para evitar que el acreedor venda a un precio demasiado bajo; es por ello que el acreedor pignoraticio fue obligado a dirigirse a la justicia con el fin de pedirle que ordene que el objeto empeñado sea vendido en pública subasta o para que se le adjudique en pago (artículo 2.078). No es posible, por tanto, convenir que el acreedor pueda vender privadamente ni que estará dispensado de solicitar que se dicte sentencia (cláusula *voie parée*). En consecuencia, la venta no protege suficientemente al deudor más que si se lleva a cabo de la manera que señala la ley. Si el acreedor pudiera efectuar una venta amistosa, entonces los derechos del deudor podrían verse burlados, en cuanto podría contentarse con obtener el precio necesario para satisfacer su acreencia. Esta regla es, por tanto, de orden público, lo que significa que la intervención del tribunal y el cumplimiento de las exigencias legales es indispensable para la validez del acto; las partes no pueden convenir que el acreedor se convierta en propietario de la cosa empeñada a falta de pago, ya que ello significaría la estipulación de un pacto comisorio,

Con todo, cabe hacer presente que la ordenanza N° 2006-346, de 23 de marzo de 2006, entre otras reformas introducidas al Derecho de Garantías en Francia<sup>21</sup>, suprimió la prohibición del pacto comisorio tanto para la prenda como para la hipoteca, permitiendo a las partes convenir, ya sea al momento de la constitución de la garantía como con posterioridad a ésta, que en caso de incumplimiento de la obligación principal, el acreedor se convierta en dueño de la cosa dada en seguridad<sup>22</sup>. El valor de los bienes dados en garantía será determinado por peritos, nombrados de común acuerdo por las partes o judicialmente. De esta manera, si el valor de la cosa es superior al monto de la obligación garantizada, la diferencia corresponderá al deudor. Como puede verse, la atribución de la propiedad representa un gran beneficio para el acreedor (salvaguardando los derechos del deudor)<sup>23</sup>, ya que se evitan las desventajas de un procedimiento ejecutivo, especialmente cuando existen otros acreedores privilegiados<sup>24</sup>.

---

que se encuentra prohibido. Cfr., Henri, Léon y Jean MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, parte tercera, tomo v, vol. 1, N° 77, p. 114.

<sup>21</sup> Sobre la reforma al Derecho de Garantías en Francia y, en especial, la supresión de la prohibición del pacto comisorio, véase Philippe DELEBECQUE, “L'hypothèque”, en *Commentaire de l'Ordonnance du 23 mars 2006, relative aux suretés*, *La Semaine Juridique*, 17 de mayo de 2006; Sophie HÉBERT, *Le pacte commissoire après l'Ordonnance du 23 mars 2006*, Paris, Dalloz, 2007; Sebastián RÍOS LABBÉ, “La reforma del Derecho de Garantías en Francia. Puesta al día necesaria y fracaso parcial de una reforma de conjunto”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 7, Santiago, diciembre 2006, pp. 89 y ss.; Bruno CAPRILE BIERMANN, “La reforma al derecho de las cauciones en Francia: perspectivas para un devenir en Chile”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (editor), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, LegalPublishing, 2008, p. 531 y ss.

<sup>22</sup> El nuevo artículo 2.348 del *Code* dispone lo siguiente: “Podrá acordarse, durante la constitución de prenda o posteriormente a ésta, que en caso de no ejecución de la obligación garantizada el acreedor se convierta en el propietario del bien dado en prenda. El valor del bien, en ausencia de una tasación oficial del mismo en un mercado regulado en el sentido del Código Monetario Financiero, será determinado el día de su transferencia por un perito tasador designado de forma amistosa o judicial. Toda cláusula en contrario se considerará no escrita.

Cuando este valor sea superior al del importe de la deuda garantizada, la cantidad correspondiente a la diferencia será abonada al deudor o, en el caso de haber otros acreedores pignoraticios, será consignada”. El texto citado corresponde a la traducción española del *Código Civil* francés disponible en [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>23</sup> Como señala CAPRILE (n. 21), p. 547, el legislador francés introdujo ciertos mecanismos destinados a evitar eventuales abusos de parte del acreedor, a saber: la obligación de que el valor de la cosa sea establecido por peritos, a fin que la garantía no pueda constituir un enriquecimiento para el acreedor; y la imposibilidad de recurrir a medios simplificados de ejecución cuando el inmueble dado en garantía sirve de residencia principal del deudor.

<sup>24</sup> Cfr. Laurent AYNÈS - Pierre CROQ, *Les suretés, la publicité foncière*, Paris, Defrénois, 2006, p. 220.

En la práctica, lo que en realidad se permite es el pacto comisorio en su modalidad de pacto marciano, en términos similares a *D. 20,1,16,9*.

En cuanto al *Código Civil* español, su artículo 1.859 dispone lo siguiente: “El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas”.

Fiel a la tradición romana desde Constantino, el *Código Civil* español mantuvo la prohibición del pacto, a pesar de que, según Manuel Albaladejo, el artículo 1859, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 1884 (relativo a la anticresis), no contiene una prohibición expresa, ni tampoco admite en términos explícitos la posibilidad del mismo. En efecto, el artículo 1884 del *Código Civil* español establece lo que sigue:

“El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto contrario es nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble”.

Existe, pues, una diferencia patente entre ambos preceptos, siendo el segundo (relativo a la anticresis) mucho más explícito en cuanto a la prohibición del pacto comisorio que el primero. En razón de ello, Manuel Albaladejo expresa que la no apropiabilidad es, al tenor de lo dispuesto por la ley, innegable si no se ha establecido nada al respecto. Ahora bien, es dudosa la cuestión de si es posible acordar al momento de constituir la garantía que, si se incumple la obligación, el acreedor pueda, en vez de solicitar la enajenación, quedarse con la cosa. Este acuerdo (pacto comisorio) no se encuentra prohibido –al menos expresamente– en el artículo 1859, para la prenda y la hipoteca, a diferencia de lo que ocurre con la anticresis, en el artículo 1884. Sobre el particular, hay que determinar si el espíritu del artículo 1859 lo prohíbe, porque lo engloba, o, por el contrario, si este artículo sólo ordena la no apropiabilidad, para el caso de haberla pactado, de manera que, rigiendo el principio de la autonomía de la voluntad, el pacto comisorio pueda sustituir al precepto legal que debiera estimarse como dispositivo, mas no imperativo. Con todo, lo cierto es que prácticamente la unanimidad de la jurisprudencia ha rechazado la posibilidad del pacto comisorio en los contratos de prenda e hipoteca<sup>25</sup>. Creemos que debe primar la primera alternativa, vale decir, que la prohibición del pacto sí se encuentra establecida en el artículo 1859, puesto que su precepto, siendo más amplio que el artículo

---

<sup>25</sup> Cfr. Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1997, tomo III, vol. 1, p. 244.

1884, la engloba. Además, así ha sido en el Derecho histórico español, en la historia fidedigna del establecimiento del *Código Civil* español<sup>26</sup>, en la doctrina de los autores y en la interpretación judicial.

Con respecto al *Código Civil* italiano, su artículo 2774 dispone lo siguiente:

“Es nulo el pacto por el cual se conviene que, faltando el pago del crédito en el término fijado, la propiedad de la cosa hipotecada o entregada en prenda pase al acreedor. El pacto es nulo aunque sea posterior a la constitución de la hipoteca o de la prenda”.

En una perspectiva histórica, las fuentes de esta prohibición en el ordenamiento jurídico italiano se remontan, al igual como ocurre en Francia y España, al Derecho Romano. En consecuencia, en sus líneas generales, presenta las mismas características apuntadas precedentemente. Las particularidades podemos encontrarlas al momento de analizar el desarrollo

<sup>26</sup> El artículo 1.775 del Proyecto de 1851 disponía lo siguiente: “El acreedor no puede apropiarse la cosa recibida en prenda ni disponer de ella aunque así se hubiere estipulado; pero cuando haya llegado el tiempo en que deba pagársele, tiene derecho a hacerla vender en subasta pública, o a que se le adjudique a falta de postura legalmente admisible, por el precio mismo en que un tercero habría podido rematarla con arreglo a la ley”. El artículo 6 del título relativo a la prenda del Anteproyecto de 1882-1888 (de Florencio García Goyena), por su parte, señalaba lo siguiente: “No puede el acreedor apropiarse la cosa recibida en prenda, ni disponer de ella, salvo pacto en contrario. No existiendo este pacto, y una vez vencido el plazo del pago, tiene el acreedor derecho a que se venda en pública subasta, o a que se le adjudique, en defecto de postura legalmente admisible, por el mismo precio en que un tercero hubiera podido rematarla con arreglo a la ley”. La diferencia entre estos dos textos es notoria. Mientras el proyecto isabelino de 1851 establecía expresamente que el acreedor no puede apropiarse de la cosa recibida en prenda, ni disponer de ella aunque se hubiera estipulado, ratificando, por lo tanto, la tradicional solución de la prohibición del pacto comisorio, el anteproyecto del *Código Civil* introduce el criterio contrario (basado probablemente en el artículo 2.150 del anteproyecto belga), al menos en cuanto a la prenda. Sin embargo, el artículo 1859 del *Código de 1889* sigue la tradición jurídica española, y por ende, la prohibición del pacto comisorio, ya que así se desprende de las Bases del proyecto de Código Civil, las cuales desempeñan un importante papel interpretativo de los textos legales, y éstas se remiten al Derecho histórico español. En efecto, la *Exposición de motivos de la Ley de Bases*, obra de don Francisco Silvela, señala lo que sigue: “No es nuestro ánimo reformar instituciones, ni innovar costumbres, ni aclimatar novedades; y deliberadamente renunciamos a utilizar esta ocasión, que a algunos parecerá propicia para recoger los trabajos y proyectos más recientes del extranjero, ensayando entre nosotros la última palabra de los escritores (...) Entendemos que hay en España mayor urgencia en regularizar lo ya reformado, armonizar lo útil que de nuevo se ha traído, con lo que por acaso ha librado intacto o renacido vigoroso, que en perseguir mayores y más peregrinas conquistas; y para lograr estos fines modestos, pero positivos, lo verdaderamente práctico es tomar la obra en el punto en que la encontramos y seguirla, variando poco su plan, hasta conseguir su remate”.

de la doctrina moderna en cuanto a los fundamentos de la prohibición, cuestión a la que nos referimos más adelante.

### 3. LA PROHIBICIÓN EN EL DERECHO CHILENO

El artículo 2397 del *Código Civil* establece la prohibición del pacto comisorio en los siguientes términos:

“El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios. [2] Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados”.

La norma citada consagra el derecho que, como sabemos, constituye la esencia de la prenda: el derecho de venta. Según esta norma, que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2424 es aplicable también a la hipoteca<sup>27</sup>, el acreedor no sólo tiene el derecho sino que especialmente la obligación de pedir que el bien que se encuentra sujeto al gravamen se venda en pública subasta, para que del producto de la realización se le pague, o que a falta de postura admisible, sea apreciado por peritos y se le adjudique en pago hasta concurrencia del valor de su crédito. Decimos que se trata de una obligación porque el precepto citado dispone que no valdrá estipulación alguna en contrario, y tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la cosa o de apropiársela por otros medios que los ahí señalados. Luego, este artículo, junto con establecer el derecho de venta del acreedor, dispone la prohibición del pacto comisorio en el contrato de prenda y, por aplicación del artículo 2424, en la hipoteca. Vemos entonces cómo el legislador, que en el inciso primero del artículo garantiza los derechos del acreedor, en el inciso segundo vela por los intereses del deudor prohibiendo dicho pacto<sup>28</sup>. La sanción que

<sup>27</sup> El artículo 2424 del *Código Civil* dispone lo siguiente: “El acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda”.

<sup>28</sup> Cfr. Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA, *Tratado de las cauciones*, Santiago, Ediar Conosur, s/a, N° 433, p. 433.

nuestro ordenamiento jurídico contempla en caso de estipulación del pacto es, obviamente, la nulidad absoluta por objeto ilícito, toda vez que se trata de un acto prohibido por las leyes (artículo 1682, en relación con el 1466 del *Código Civil*).

No habiendo duda alguna de que la disposición transcrita condena al pacto comisorio, se discute si la prohibición se extiende o no a lo que la doctrina ha denominado pacto comisorio *ex intervallo*, vale decir, aquél que las partes convienen una vez que se ha celebrado el contrato y constituido la garantía, pero antes de su vencimiento<sup>29</sup>. Si bien la discusión de la doctrina comparada al respecto, así como los fundamentos en favor y en contra de dicha prohibición, los trataremos más adelante, hay que decir aquí que en nuestro Derecho el problema está hasta cierto punto resuelto desde la dictación del decreto ley N° 776, de 19 de diciembre de 1925, sobre realización de la prenda<sup>30</sup>, conforme al cual el pacto no podrá estipularse al tiempo del contrato ni en ningún momento posterior. En consecuencia, en Chile, la prohibición del pacto comisorio rige en todo momento, por lo cual su celebración *ex intervallo* conlleva su nulidad al igual que si hubiera nacido *ab initio*. Así lo considera Fernando Alessandri, quien señala que en lo que respecta a nuestra legislación, el precepto del artículo 2397 del *Código Civil* se aplica también a las estipulaciones que se celebran entre el acreedor y el dueño de la cosa con posterioridad a la constitución del gravamen<sup>31</sup>. A juicio de este autor, los términos del artículo 2397 bastan para dar a ese precepto el carácter de una disposición prohibitiva muy general, atendido que la ley establece que no vale estipulación alguna en contrario, y el inciso segundo de este artículo dispone que tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o apropiársela por otros medios que los señalados. Como el legislador no

<sup>29</sup> Cfr. DURÁN RIVACOBA (n. 1), p. 72.

<sup>30</sup> El artículo 1º del decreto ley N° 776 dispone lo siguiente: “El acreedor de una obligación caucionada con prenda podrá pedir, vencido el crédito principal a que acceda, que dicha prenda sea realizada con arreglo al procedimiento establecido en la presente ley. Se comprenden en las disposiciones de esta ley toda clase de garantías sobre bienes muebles que se entreguen a un acreedor, sea bajo la forma de una venta condicional, de un pacto de retroventa o de otra manera; sin que valga estipulación alguna en contrario. Tampoco podrá estipularse así a la fecha del contrato principal, como en ningún momento posterior, que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, de apropiársela o de realizarla en otra forma que la prescrita en esta ley”.

<sup>31</sup> Fernando ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *La hipoteca en la legislación chilena*, Santiago, Sociedad Imprenta y Litografía Universo, 1919, N° 196, pp. 196 y 197. Cabe destacar que este autor se inclina por la prohibición del pacto comisorio *ex intervallo* a pesar de que, cuando escribe su obra, todavía no se había dictado el decreto ley N° 776, de manera que no existía en nuestra legislación norma alguna que estableciera de manera expresa tal prohibición.

ha hecho al respecto ninguna distinción, tampoco sería lícito que la haga el intérprete, de modo que la prohibición debiera aplicarse en términos amplios y generales, puesto que así está redactada<sup>32</sup>. La aceptación de la doctrina contraria permitiría –a su juicio– que se burlara la disposición, puesto que sería muy fácil para los contratantes convenir, con posterioridad al contrato, que el acreedor pueda quedarse con el bien gravado sin cumplir las exigencias de este artículo<sup>33</sup>. Si la ley prohíbe que se convenga alguna cosa en un contrato, no puede permitir que mientras éste subsista pueda ser alterado en la materia sobre la que recae una prohibición, a menos que el legislador claramente haya limitado el precepto prohibitivo al momento mismo de la celebración del acto<sup>34</sup>. En consecuencia, según esta tesis, no puede pretenderse que la estipulación prohibida sea sólo la que las partes celebran al momento de otorgar el contrato y constituir la garantía real, y no la que puedan celebrar después. Habida consideración de los términos generales empleados por el legislador, no correspondería hacer tal distinción. Poco importaría, pues, que lo prohibido en el comentado artículo 2397 sea la estipulación inserta en el contrato o una celebrada después, de acuerdo con lo que manifiesta el tenor literal del precepto, porque en todo caso ambas interpretaciones coinciden en el hecho fundamental de que el pacto prohibido es siempre anterior al acto o contrato que da comienzo a la privación de la propiedad del deudor por parte del acreedor. Así se ha fallado<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr. ALESSANDRI RODRÍGUEZ (n 31), p. 197.

<sup>33</sup> En apoyo de este argumento, Fernando Alessandri sostiene que el artículo 2030 del *Código Civil* establece que el censuario no podrá obligarse a redimir el censo dentro de cierto tiempo, y que toda estipulación de esta especie se tendrá por no escrita. A su turno, el artículo 2415 dispone que el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquier estipulación en contrario. En este sentido, ¿se podría sostener que con posterioridad a la constitución del censo, el censuario puede obligarse a redimirlo dentro de un determinado plazo, o que la prohibición de estipular que el dueño de la finca hipotecada puede enajenarla o hipotecarla se refiere sólo al momento de la celebración del contrato y no a lo que se pacte después? Las estipulaciones que la ley prohíbe que se hagan al momento de perfeccionar el contrato no pueden hacerse durante la subsistencia del contrato, a no ser que la misma ley prescriba que la prohibición sólo se refiere a aquéllas. El fundamento último de su opinión radica, pues, en que el deudor, hasta el momento del cumplimiento de su obligación, se encontraría en una situación de dependencia con respecto a su acreedor. Si bien es cierto que hay motivos más poderosos para proteger al deudor al tiempo de la celebración del contrato, ello no quiere decir que después se deba dejarlo entregado a su propia suerte. Cfr. *op. cit.*, pp. 198 y 199.

<sup>34</sup> Cfr. *op. cit.*, pp. 206, 207 y 209.

<sup>35</sup> En este sentido, Corte Suprema, 16 de diciembre de 1916, en *RDJ*, vol. 14, sección 1<sup>a</sup>, p. 361; Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de octubre de 1929, en *RDJ*, vol. 29, sección 1<sup>a</sup>, p. 50.

Volviendo a la prohibición del pacto comisorio en general, Manuel Somarriva advierte que es interesante precisar el alcance del inciso segundo del artículo 2397, porque comienza diciendo “tampoco podrá estipularse”, con lo cual condena la ejecución de un acto verificada en virtud de una estipulación anterior. No se condena, pues, el acto de apropiación en sí mismo, sino que la ley lo rechaza porque ha sido ejecutado en razón de existir una estipulación anterior que lo permitía. En otros términos, lo que se prohíbe es que primero haya una estipulación y después se celebre el acto que cumpla esa estipulación. Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional están de acuerdo en este punto.

En este sentido, a juicio de Gonzalo Barriga Errázuriz, la expresión ‘tenga la facultad’ indica que se refiere al caso en que se otorga al acreedor el derecho para apropiarse o disponer de la prenda, de modo que al apropiársela o enajenarla hace uso de una facultad que previamente le correspondía en virtud de una estipulación que la ley ha prohibido<sup>36</sup>. De esta manera, el deudor puede vender a su acreedor prendario o hipotecario la cosa constituida en garantía, suponiendo que lo haga en ejercicio de su facultad de disponer libremente de sus bienes y no en cumplimiento de una estipulación contenida en el contrato de garantía. El texto de la ley prohíbe estipular que el acreedor prendario o hipotecario pueda adquirir la cosa de una manera diversa de la establecida en el artículo mencionado, es decir, por la venta en pública subasta requerida judicialmente; pero no prohíbe la celebración de contratos que puedan conducir a la adquisición del dominio por parte del acreedor. En consecuencia, son válidas las ventas de la cosa empeñada o hipotecada y su dación en pago si estos negocios no importan cumplimiento de estipulaciones prohibidas por el artículo 2397 del *Código Civil*<sup>37,38</sup>.

<sup>36</sup> Cfr. Gonzalo BARRIGA ERRÁZURIZ, “A propósito de un reciente fallo de casación que reconoce la validez de la venta del inmueble hecha, sin previa tasación ni remate público, al acreedor a cuyo favor estaba hipotecado”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 1930, tomo 27, primera parte, p. 143.

<sup>37</sup> En este sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de julio de 1920, en *RDJ*, vol. 21, sección 1<sup>a</sup>, p. 936; Corte Suprema, 7 de mayo de 1921, en *RDJ*, vol. 20, sección 1<sup>a</sup>, p. 305; Corte Suprema, 2 de septiembre de 1922, en *RDJ*, vol. 21, sección 1<sup>a</sup>, p. 802; Corte Suprema, 12 de abril de 1930, en *RDJ*, vol. 27, sección 1<sup>a</sup>, p. 789; Corte Suprema, 18 de agosto de 1931, en *RDJ*, vol. 29, sección 1<sup>a</sup>, p. 50.

<sup>38</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA (n. 28), N° 435, pp. 439 y 440, señala lo siguiente: “La validez de la venta que el deudor hace al acreedor del bien hipotecado se ve corroborada por varias disposiciones legales. Así, según el artículo 2.406 la prenda se extingue, entre otros casos, cuando la propiedad de la cosa empeñada pasa el acreedor a cualquier título; y dentro de estos títulos queda comprendida la compraventa. En seguida, el artículo 2.398, aplicable al acreedor hipotecario en virtud de lo que dispone el artículo 2.424, faculta al acreedor para concurrir a la subasta, y si puede concurrir a ella es porque puede comprar;

#### 4. FUNDAMENTO DE LA PROHIBICIÓN

En cuanto al fundamento jurídico de la prohibición del pacto comisorio, éste debe ser estudiado a la luz del elemento dogmático y de otros ofrecidos por la tradición jurídica histórica<sup>39</sup>.

Por lo tanto, examinando su desarrollo histórico, es fácil deducir que, en un primer momento, la prohibición se debió concretamente a un juicio de inmoralidad, toda vez que se consideraba que este pacto servía de manera fundamental como medio para encubrir préstamos usurarios<sup>40</sup>. Luego, la sanción de ineeficacia del pacto comisorio se debe a consideraciones de carácter moral que, traducidas al lenguaje jurídico, significan que su estipulación hace del préstamo algo oneroso y lesivo para el deudor, que es la parte más débil y, por tanto, más vulnerable al momento de determinarse el contenido del contrato. La causa de la prohibición consiste, pues, a grandes rasgos,

“en la falta de libertad del deudor que, ante la necesidad del crédito, acuerda conceder al acreedor prender la facultad de autoapropiación o libre disposición del objeto que se ofrece como garantía. Ello se articula con arreglo a distintos motivos, y expresiones más o menos vehementes. Así se habla de la situación del deudor, que se ve compelido por las circunstancias a prestarse a un juego peligroso para sus intereses, porque la valía de la prenda suele superar con creces el monto de la deuda y aquí radica su antigua prohibición (...) Además, admitir este tipo de negocios favorecería el fraude, la insana especulación y la autotutela de los derechos de los particulares”<sup>41</sup>.

---

y la venta forzada no difiere fundamentalmente de la venta voluntaria: son una misma cosa. Fuerza de esto, si conforme a lo dispuesto en el artículo 2.415 el dueño del bien hipotecado puede enajenarlo no obstante la hipoteca ¿por qué no podría venderlo al acreedor, cuando el legislador en parte alguna ha creado inhabilidad para ello?”.

<sup>39</sup> Cfr. FELIÚ REY (n. 3), p. 66.

<sup>40</sup> Es necesario tener presente que en un principio el concepto de usura difería sustancialmente del que tenemos en la actualidad, en la medida que se refería sin más al mutuo retribuido, o sea, al cobro de intereses, sin que necesariamente debieran ser excesivos; la verdad es que bastaba con estipular intereses para que el negocio fuera catalogado como usurario y, por tanto, inmoral. Posteriormente, superada esta primera visión en torno al préstamo retribuido, el fundamento de la prohibición del pacto comisorio sufrió un desplazamiento, pasando a la usura en su sentido actual, vale decir, todo interés que sobrepase el máximo permitido por las leyes, o bien, el desproporcionadamente alto por abusivo o leonino; en otras palabras, la existencia de un enriquecimiento injusto por parte del prestamista.

<sup>41</sup> DURÁN RIVACOBIA (n. 1), pp. 29 y 30.

Esta teoría, generalmente denominada “de la tutela jurídica del deudor”, en cuanto pretende la protección de sus intereses frente a los posibles abusos del acreedor, supone, en definitiva, que el deudor no manifestaría un consentimiento válido al aceptar el pacto, puesto que la situación de necesidad o menesterosidad en que se hallaba coartaría su libertad, de manera que ese consentimiento, por forzado, no sería jurídicamente válido<sup>42</sup>. Sobre el particular, Manuel Somarriba señala lo siguiente:

“semejante estipulación, permitida en los primeros tiempos de Roma, después se prohibió, como acontece hoy en día en todos los Códigos, porque en ella se favorece la usura y el deudor queda colocado en situación apremiante y a merced del acreedor (...) la licitud de semejante pacto no podía perdurar por mucho tiempo. En él, el deudor necesitado quedaba a merced del acreedor inescrupuloso, quien, aprovechándose de la situación afflictiva en que se encontraba el deudor, podía desposeerlo del bien e incluso llevarlo a la ruina”<sup>43</sup>.

En el mismo sentido, Fernando Alessandri expresa:

110

“el legislador ha dictado el precepto prohibitivo del art. 2397 del C.C., con el objeto de evitar que el deudor urgido por la necesidad, se vea obligado a aceptar todas las imposiciones del acreedor. Si se dejara en completa libertad a las partes contratantes, es claro que

<sup>42</sup> Cfr. José Enrique BUSTOS PUECHE, “Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 43, N° 2, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas del Ministerio de Justicia, 1990, p. 561. Sobre el particular, cabe destacar que, en la doctrina española, esta función represiva de la usura a través de la prohibición del pacto comisorio, encontraría su justificación en la ausencia en el *Código Penal* español de 1822 (al igual que en los siguientes de 1848, 1850 y 1870) de normas sobre la usura, remitiéndose al Derecho Civil en cuanto a la función sancionadora de este “ilícito civil”. En consecuencia, al no ser considerada la usura como un delito penal sino hasta el *Código* de 1928, la única protección de los deudores contra los acreedores inescrupulosos era estrictamente civil. Distinta es la situación en Chile, ya el artículo 472 de nuestro *Código Penal* sanciona expresamente la usura como delito penal, en los siguientes términos: “El que suministre valores, de cualquier manera que sea, a un interés que excede del máximo que la ley permita estipular, será castigado con presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados. Condenado por usura un extranjero, será expulsado del país; y condenado como reincidente en el delito de usura un nacionalizado, se le cancelará su nacionalización y se le expulsará del país. En ambos casos la expulsión se hará después de cumplida la pena. En la sustanciación y fallo de los procesos instruidos para la investigación de estos delitos, los tribunales apreciarán la prueba en conciencia”.

<sup>43</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA (n. 28), N° 291, p. 271, y N° 432, p.432.

el acreedor exigiría siempre una estipulación en virtud de la cual la finca hipotecada pasara a su dominio por el solo hecho de no cumplirse la obligación al vencimiento del plazo. Esta situación iría en perjuicio evidente del deudor, porque el acreedor adquiriría la propiedad de la cosa gravada por un valor que no correspondería a su verdadero precio, puesto que generalmente el valor real de la garantía es muy superior a la cantidad a que asciende el crédito. Estas consideraciones han hecho que el legislador tome medidas para proteger al deudor”<sup>44</sup>.

Luego, la tesis de la tutela jurídica del deudor encuentra su base en el principio de proporcionalidad, puesto que, más allá de la existencia o no de usura (hipótesis más bien limitada, que no cubre todos los eventuales abusos que puede cometer el acreedor con respecto a su deudor), lo importante, en definitiva, será que ante la situación de inferioridad en que se encuentra el deudor para estipular libremente los términos contractuales, se conserve siempre una relativa proporcionalidad o equivalencia en las prestaciones de una y otra parte.

En consecuencia, conforme a esta doctrina, el fundamento último de la prohibición del pacto comisorio podemos encontrarlo en la protección de los derechos del deudor frente a potenciales abusos del acreedor, ya que si tal prohibición no existiera, el pacto pasaría a ser una estipulación de estilo, puesto que siempre sería exigida a fin de asegurar los derechos del prestamista mediante la inmediata apropiación de la cosa por el solo incumplimiento de la obligación del deudor.

Ahora bien, la doctrina que hemos presentado, en cuanto supone que el deudor no manifestaría un consentimiento válido al aceptar el pacto, atendida su situación de necesidad o menesterosidad, presenta algunas debilidades por los siguientes motivos:

En primer lugar, el ordenamiento jurídico establece una presunción en favor de la libertad de los contratantes, no de su ausencia. Lo que se presume en todo contrato es la validez del consentimiento, que ha sido prestado libre y espontáneamente, sin coacción, y no lo contrario. Si las personas gozan de plena capacidad de obrar, una actitud excesivamente paternalista carece de fundamento, puesto que, salvo prueba en contrario, las personas se reputan capaces, libres y responsables.

En segundo lugar, de admitirse que el deudor actuó coaccionado para aceptar el pacto comisorio, no se logra comprender por qué no se entiende extendida esta coacción a toda la relación jurídica, que comprende tanto el negocio de garantía como el principal, caucionado por el primero; porque,

---

<sup>44</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ (n. 31), N° 195, p. 196.

o el deudor se encontraba en una situación apremiante, de angustiosa necesidad de dinero y, por ende, de falta de libertad contractual, o simplemente no se encontraba en ella. Si se afirma lo primero, entonces la invalidez del consentimiento debe predicarse no sólo de una cláusula, por lo demás accesoria, sino de toda la relación jurídica<sup>45</sup>.

Asimismo, si la razón de la prohibición es la falta de libertad de la parte supuestamente más débil, el mecanismo jurídico de control debería ser la nulidad relativa, en cuanto el consentimiento del deudor estaría viciado, y no la nulidad absoluta. Luego, habría que dejar que el propio deudor decida si impugna o no la cláusula, pues nadie como él sabe si actuó libre o necesariamente<sup>46</sup>.

Finalmente, afirmar que la prohibición del pacto comisorio se basa en la necesidad del deudor, que lo llevaría a aceptar las estipulaciones impuestas por el acreedor, se encuentra en abierta contradicción con la prohibición, al menos en nuestro Derecho, del pacto comisorio *ex intervallo*. En efecto, si la ley busca proteger al deudor de los potenciales abusos del acreedor, no entendemos por qué habría de sancionar con la nulidad no sólo el pacto celebrado contemporáneamente con el contrato de garantía sino que, también, aquél estipulado con posterioridad. El eventual estado de necesidad en que se encontraría el deudor en cierto modo cesa una vez que la garantía ha sido constituida, puesto que ha logrado su propósito, que era, precisamente, la obtención de un crédito. Cuando la caución como el crédito han sido otorgados, ya no hay razón para suponer que el deudor pueda encontrarse en una situación de desmedro con respecto a su acreedor (incluso, podría sostenerse que el riesgo ha pasado a este último, que no tiene la seguridad de si su interés será satisfecho): ambos obtuvieron lo que querían, y se encuentran do-

<sup>45</sup> Cfr. BUSTOS PUECHE (n. 42), p. 561. Distinta es la opinión de Albaladejo (n. 25), tomo III, vol. 2, p. 246, quien señala: “presupuesta la prohibición del pacto comisorio, si a pesar de todo se establece, hay que decidirse, no por la nulidad total del negocio, sino por la del solo pacto, quedando válido el establecimiento del derecho de garantía, con supresión de aquél. Esta solución se apoya: en la separabilidad del derecho real y pacto comisorio; en el principio de conservación del negocio; y hasta en la letra de la ley que sólo habla (cuando habla) de que el *pacto* en contrario (luego, sólo el pacto) será nulo (art. 1884)”. Ciertamente la opinión de Manuel Albaladejo se apega más a la letra de la ley; pero no podemos negar que, si se considera que el fundamento de la prohibición consiste en la coacción por parte del acreedor y, por ende, en que el consentimiento prestado por el deudor se encuentra viciado, entonces, por aplicación de principios generales, la nulidad debiera afectar a todo el vínculo jurídico, tanto en sus partes principales como accesorias.

<sup>46</sup> Lo anterior, por cierto, dejando al margen el problema que implica el solo hecho de plantear la posibilidad de declarar la nulidad de un contrato por estado de necesidad, cuestión a la que no nos podemos referir por exceder el tema de este trabajo.

tados por parte del ordenamiento jurídico de poderosas herramientas para hacer valer los derechos nacidos de esta relación jurídica. Luego, si el deudor consiente en estipular con el acreedor que éste tenga la facultad de apropiarse de la cosa dada en garantía, durante la vigencia del contrato, no puede decirse que ello sea en virtud de una imposición por parte del acreedor, toda vez que habiendo recibido lo que quería (el préstamo), ya no está presionado por la necesidad para aceptar ese pacto y el consentimiento que da es libre y desprovisto de todo vicio. Es por este motivo que la inmensa mayoría de los autores franceses y españoles se manifiestan en favor de la licitud del pacto *ex intervallo*, pues es coherente con el fundamento de la institución. Así, por ejemplo, Georges Ripert y Jean Boulanger señalan lo siguiente:

“La nulidad alcanza a las convenciones que atribuyen la propiedad de la prenda al acreedor sólo cuando sean *contemporáneas a la constitución de la prenda*: ‘*Toda cláusula...*’, dice el art. 2078; ello supone una convención inserta en el contrato primitivo. De ello se sigue que la prenda puede ser válidamente vendida al acreedor por una convención posterior; como el deudor ya no está bajo la dependencia del capitalista del cual espera el préstamo, puede defender mejor sus intereses. Naturalmente, es preciso que la convención no constituya la simple ejecución de un arreglo concluido desde el momento de la entrega de la prenda. Acaso conviniera autorizar este arreglo sólo a partir del día en que el acreedor tiene el derecho a realizar la prenda, como lo ha hecho el Código alemán (art. 1229)”<sup>47</sup>.

113

En el mismo sentido, los hermanos Mazeaud expresan que si el pacto comisorio está prohibido, es por temerse que el constituyente de la garantía, constreñido a pedir prestado, se pliegue a las condiciones que le impongan. Pero una vez celebrado el contrato, la presión del acreedor no es tan temible, por lo que se admite la validez de esos pactos si se concluyen después de la constitución de la caución<sup>48</sup>. Considerando que el deudor ha superado el latente estado de necesidad patrimonial, desaparecen las causas que desaconsejan este pacto, por lo que su eficacia sería innegable; ya nada constriñe al deudor a aceptar tal pretensión y, además, puede ser

<sup>47</sup> Georges RIPERT, Jean BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol*, Buenos Aires, La Ley, 1987, tomo VII, N° 1223, pp. 691 y 692. Las cursivas son de los autores.

<sup>48</sup> Cfr. MAZEAUD (n. 20), parte tercera, vol. I, N° 77, p. 115. En el mismo sentido, Ambrosio COLIN, Henri CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, Madrid, Reus, 1955, tomo V, p. 120.

que el pacto sea hasta más beneficioso para el deudor que la venta forzosa del bien dado en garantía<sup>49</sup>.

Por tanto, analizando el fundamento en que descansa la prohibición del pacto comisorio, ésta no puede referirse sino a los pactos celebrados contemporáneamente al otorgamiento del contrato. Es entonces cuando el deudor –movido por la necesidad– puede dar un consentimiento viciado, aceptando condiciones que de otro modo estimaría inadmisibles.

“Celebrado el contrato principal y el contrato prendatario que le adhiere, desaparece el fundamento de la prohibición, porque desaparece también la necesidad del deudor y la fuerza moral que hubiera podido actuar en desmedro suyo. En tal caso, tampoco existe el vicio del consentimiento que lleva involucrada la estipulación y que constituye la causal de nulidad referida, de modo que debe concluirse que el pacto comisorio acordado *ex intervallo* es válido”<sup>50</sup>.

Distinta es la opinión de la doctrina italiana, en cuanto adhiere a la tesis de que la prohibición del pacto comisorio está basada en razones de índole más procesal que civil, es decir, en la imposibilidad de autosatisfacción o autotutela. En efecto, las críticas expuestas a la tesis que fundamenta la prohibición del pacto comisorio en la tutela del contratante más débil supusieron, pues, el nacimiento de una nueva corriente de pensamiento defensora de la idea que dicha prohibición obedece principalmente a la necesidad de seguir un procedimiento, esto es, a la imposibilidad de la autosatisfacción. En este sentido, ya en la doctrina alemana (Sohm) se había eliminado la hipoteca moderna de los derechos reales porque el acreedor no se satisface a sí mismo, sino que es satisfecho mediante la intervención del Estado<sup>51</sup>. En esta línea se sitúa principalmente la doctrina italiana, siendo su máximo defensor Emilio Betti (respecto del *Codice* de 1865), y más modernamente Michele Fragali (*Codice* de 1942), quien ha señalado que el artículo 2744 del *Código Civil* italiano no establece tanto una prohibición de atribución al acreedor de la propiedad de la cosa dada en garantía para el caso de incumplimiento de la obligación del deudor, sino que se trata más bien de una expresión del principio general que confiere al Estado poder exclusivo en materia de ejecución. En otras

<sup>49</sup> Cfr. Abel Benito VEIGA COPO, “La ejecución del art. 1872 del Código Civil, la subasta notarial y el pacto comisorio”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N° 87, Madrid, Lex Nova y Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 2002, p. 197.

<sup>50</sup> MONTECINOS MONTALVA (n. 12), N°14, p. 46.

<sup>51</sup> Cfr. FELIÚ REY (n. 3), p. 75.

palabras, “la prohibición del pacto comisorio no es sino la manifestación del principio general que prohíbe la autotutela o autosatisfacción del acreedor”<sup>52</sup>. Luego, la causa de la prohibición se encontraría, más que en el Derecho sustantivo (Civil), en el Derecho formal (Procesal). De esta manera, se prescinde de toda investigación acerca del efectivo estado de inferioridad del deudor estipulante y de la coacción ejercida sobre él por el acreedor. Si no fuera así, escaparía a la sanción de nulidad todo pacto que, en razón de la proporción existente entre el valor del bien y la obligación garantizada, resultase ventajoso para el deudor<sup>53</sup>.

Así las cosas, el fundamento inmediato de la prohibición sería la exclusividad del Estado en materia de ejecución forzada, mientras que el mediato seguiría siendo la tutela de intereses privados, tanto del deudor como de sus demás acreedores. El potencial abuso del acreedor prendario o hipotecario se encuentra latente en esta prohibición, pero el mecanismo correctivo responde, en definitiva, a razones de carácter procesal y sólo indirectamente de carácter civil, por los motivos que expusimos anteriormente que demuestran la contradicción entre el sistema de Derecho de Contratos (que supone la libertad de las partes) y la tutela de intereses privados como único fundamento de la prohibición<sup>54</sup>. Como dice Manuel Feliú Rey,

115

“una cosa es el desequilibrio de las prestaciones y otra que ese desequilibrio sea resultado de la falta de libertad de una parte, cuyo consentimiento, por ende, resulta viciado. En general, creo que sólo lo segundo puede preocupar al Derecho y, para tratar de evitar este resultado, se establece un procedimiento legal de ejecución y se rechaza la ejecución privada, precisamente porque

<sup>52</sup> BUSTOS PUECHE (n. 42), p. 563.

<sup>53</sup> Cfr. FELIÚ REY (n. 3), pp. 71 y 72.

<sup>54</sup> En razón de lo ya dicho, y desde una perspectiva teórica, podría aceptarse la ejecución privada cuando se demostrara que no padecen el interés público ni el privado (y dentro de éste, el de ninguna de las partes del contrato, ni de sus respectivos acreedores). Pero, claro está, la ley se dicta para la generalidad, y no para casos particulares. No resulta viable un examen previo y particular de cada caso concreto para comprobar si se justifica o no la prohibición del pacto comisorio y, por tanto, de la ejecución privada. Por cierto que podrán presentarse situaciones en las cuales los intereses de los involucrados, en especial del deudor, no sean perjudicados, de manera tal que sea mucho más beneficiosa la ejecución privada en vez de la pública, cuyo costo y dilación son un hecho innegable. Pero, ¿a quién corresponde hacer esta evaluación? La ley podría establecer una especie de discernimiento previo para determinar si está o no justificada la prohibición de eludir el procedimiento de ejecución por ella reglado, pero entonces, se estaría imponiendo otro procedimiento legal, con lo que no se hace sino confirmar la tesis expuesta, vale decir, que no es posible prescindir de la tutela estatal en materia de ejecución forzada de las obligaciones.

en ésta puede no haberse respetado enteramente la libertad del contratante más débil o necesitado”<sup>55</sup>.

Esta doctrina, por cierto, permite salvar el problema relativo a la prohibición del pacto comisorio *ex intervallo*. Si el estado de necesidad del deudor desaparece una vez que ha obtenido lo que quería (el crédito), carece de sentido prohibir la estipulación cuando la relación jurídica crediticia ya se ha constituido<sup>56</sup>. Luego, el fundamento del artículo 2397 y, en particular, del artículo 1º del decreto ley N° 776 no puede radicar (al menos de manera exclusiva) en la tutela de los intereses del deudor, porque este fin ya ha sido satisfecho si el pacto no se convino al momento de celebrar el contrato. La prohibición de estipular el pacto, no sólo al celebrar el contrato sino que en todo momento, implica que el motivo de la ley para sancionarlo no es la tutela del deudor, sino la imposibilidad de ejecutar privadamente una obligación<sup>57</sup>. Con todo, es posible realizar a esta teoría las siguientes críticas:

En primer lugar, supone una visión excesivamente procesalista de una institución que nació, como ya vimos, con el objeto explícito de salvaguardar los derechos del deudor, en cuanto contratante más débil, y que se encuentra regulada primariamente en la ley sustantiva, no la formal.

En segundo lugar, existen supuestos de satisfacción del interés de las partes mediante el bien objeto de la garantía sin necesidad de acudir a los tribunales, como por ejemplo el artículo 2401<sup>58</sup>, que establece la llamada

<sup>55</sup> Cfr. FELIÚ REY (n. 3), p. 564.

<sup>56</sup> En todo caso, hay autores que consideran que el argumento de que la secuencia cronológica evita la necesidad del deudor no es válido mientras no tenga un reflejo en la justicia material, puesto que muy fácilmente se puede introducir después con fraude. Por ello, sería necesario mantener las condiciones equitativas de las partes también con posterioridad al nacimiento del vínculo y antes de su extinción, esto es, la prohibición del pacto comisorio *ex intervallo*. En este sentido, véase DURÁN RIVACOBIA (n. 1), p. 72.

<sup>57</sup> En este sentido BUSTOS PUECHE (n. 42), p. 566, manifiesta que “una vez averiguada la verdadera naturaleza del pacto comisorio, no puede dudarse sobre el rechazo de ambas modalidades. Tanto en un caso como en otro lo que se pretende es la ejecución forzada privada de una obligación, y la ejecución privada no es admisible. La doctrina duda porque sigue preocupada con el fondo moral de la cuestión. Sigue preocupada con la posibilidad de que el acreedor se apropie de una cosa de valor superior al del crédito, prevaliéndose de la situación de necesidad del deudor. Ya he señalado que tales consideraciones no me parecen jurídicamente estimables, primero porque no son privativas del contrato de garantía con pacto comisorio sino que podrían extenderse a otros muchos, con notorio desequilibrio entre las prestaciones, y segundo porque si tal fuera el fundamento de la prohibición, probada la espontaneidad, la libertad de la voluntad del deudor, habría que admitir la validez del pacto comisorio”.

<sup>58</sup> El artículo 2401 dispone lo siguiente: “Satisficho el crédito en todas sus partes, deberá restituirse la prenda. Pero podrá el acreedor retenerla si tuviere contra el mismo

“prenda tácita”<sup>59</sup>. No cabe duda, a nuestro juicio, que el objetivo de esta norma es autorizar al acreedor para satisfacer su interés por sí mismo; es decir, se trata de un caso de autotutela, lo que demuestra que el principio de exclusividad del Estado en materia de tutela de derechos no es absoluto. Otro tanto puede decirse, por ejemplo, respecto del derecho legal de retención.

Prueba de lo anterior sería la admisión, tanto doctrinal como jurisprudencial (en el Derecho Comparado), del *pacto marciano*, es decir, el acuerdo consistente en que el acreedor puede apropiarse de la cosa a cambio de un justo precio (devolviendo el *superfluum*) o, en todo caso, ejecutar privadamente la prenda, pero con las necesarias garantías del deudor, que impiden un simple despojo, por el justo precio, valoraciones objetivas e imparciales<sup>60</sup>. Según cual sea el fundamento elegido para establecer la prohibición del pacto comisorio, la aceptación del pacto marciano tiene o no razón de ser. Desde la perspectiva de la justicia material y, sobre todo, en concordancia con el desarrollo y histórico de la prohibición del pacto comisorio, no habría óbice sustantivo contra esta práctica, especialmente si lo que se protege es la *par conditio creditorum* y la usura ha quedado erradicada, puesto que un tercero independiente valora el bien y existe devolución de la diferencia<sup>61</sup>. En cambio, si el fundamento de la

---

deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes: 1.º Que sean ciertos y líquidos; 2.º Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda; 3.º Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior”. Se ha entendido que la prenda tácita constituye una interpretación que hace el legislador de la probable voluntad del acreedor, ya que si éste ha exigido una garantía para otorgar el crédito, es de presumir que si le confiere al deudor un nuevo préstamo, es en consideración a la garantía ya otorgada. A nuestro juicio, no cabe duda que esta norma lo que hace es autorizar al acreedor para satisfacer su interés por sí mismo, es decir, se trata de un caso de autotutela, lo que demuestra que el principio de que la ejecución de las obligaciones y, por ende, la tutela de los derechos, es exclusiva del Estado, no es absoluto. Ello, aunque recocemos que este caso no se refiere a la ejecución de la obligación en sentido propio, sino más bien a la facultad de retener la cosa por existir otros créditos pendientes de pago respecto del mismo deudor.

<sup>59</sup> José Miguel LECAROS SÁNCHEZ, *La prenda civil y las prendas especiales*, Santiago, Editorial Metropolitana, 2005, N° 15, p. 47, define la prenda tácita como “aquella que se constituye en virtud de disposición legal expresa, que autoriza al acreedor para retener la cosa empeñada, no obstante haberse extinguido la obligación para cuya seguridad fue constituida la prenda, con el objeto de garantizar nuevos créditos”.

<sup>60</sup> Cfr. DURÁN RIVACOBIA (n. 1), p. 51.

<sup>61</sup> Así, por ejemplo, VEIGA COPO (n. 49), p. 194 sostiene que parece lícito el pacto por el cual el deudor y el acreedor convienen que, para el caso de incumplimiento de la obligación principal, la propiedad de la cosa pase al segundo, previa justa estimación, con la obligación de devolver el eventual exceso que represente sobre el importe de la deuda la valoración establecida, lo cual implica que el caballo de batalla se centra en la valoración de la cosa objeto de la garantía.

prohibición del pacto comisorio radica en principios de orden procesal, como es la ejecución forzada de las obligaciones, esta tolerancia del pacto marciano deja de ser jurídicamente admisible. En consecuencia, aceptar la validez del pacto marciano debe necesariamente ir de la mano de la tesis puramente civil de la tutela jurídica del deudor. Como afirma Manuel Feliú Rey,

“parece claro que el motivo determinante en concreto de la prohibición del pacto comisorio tiene que ver con la desproporción que puede generar entre el valor de lo debido y el valor de la pérdida que padece el deudor por el hecho de que el acreedor se apropie de la cosa objeto de la garantía, de tal forma que en tanto se respete dicha proporcionalidad el pacto puede mantenerse (...) De este modo, la admisión del pacto marciano supondría una excepción al carácter absoluto de la prohibición del pacto comisorio. Por contra, la inadmisión del mismo, si bien se encontraría en línea con la redacción de nuestro CC, impediría a las partes llevar a cabo la satisfacción de sus recíprocos intereses de una forma libre<sup>62</sup>, y respetando el equilibrio de las prestaciones. Por ello, la admisión o no del pacto marciano supone necesariamente el estudio previo del fundamento de la misma prohibición del pacto comisorio”<sup>63</sup>.

Ahora, como hemos demostrado, parece claro que el motivo determinante de la prohibición del pacto comisorio tiene que ver con la desproporción que se puede originar entre el monto de lo debido y el valor de la pérdida que padece el deudor por el hecho de que el acreedor se apropie de la cosa dada en garantía, por lo que en tanto se respete dicha proporcionalidad, mientras se conserve la comutatividad entre las prestaciones, el pacto debiera ser lícito<sup>64</sup>. Si lo que se pretende es evitar que el acreedor pueda prevalerse de una situación difícil del deudor (lo que se logra en el pacto marciano mediante mecanismos de tassación de carácter objetivo), ello es a costa de limitar la autonomía de la voluntad,

<sup>62</sup> Algunos sectores de la doctrina francesa han criticado, precisamente, que la supresión de la prohibición del pacto comisorio en Francia haya obedecido a una tendencia liberal, ordenada a incrementar la autonomía de la voluntad en el ámbito de las garantías. En este sentido, DELEBECQUE (n. 21), p. 30; CAPRILE (n. 21), p. 548.

<sup>63</sup> FELIÚ REY (n. 3), pp. 88, 89 y 90.

<sup>64</sup> A este respecto, véase Francisco REDONDO TRIGO, “El pacto marciano, el pacto ex intervallo y la fiducia cum creditore en las garantías financieras del Real Decreto-Ley 5/2005”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 699, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2007, p. 355 y ss.

por lo que la prohibición no debiera alcanzar aquellos casos en que los intereses del deudor queden salvaguardados<sup>65</sup>.

Por otra parte, si el fundamento de la prohibición del pacto comisorio fuera estrictamente procesal, no debería considerarse como norma específica de las garantías reales, sino general en sede de responsabilidad patrimonial<sup>66</sup>. Pero es un hecho que dicha prohibición se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento específicamente respecto de la prenda y la hipoteca, e implicando la nulidad absoluta por objeto ilícito de los pactos celebrados en contravención, no es admisible su aplicación extensiva o por analogía a supuestos que no se encuentran sujetos expresamente a ella; como es, por lo demás, la regla en materia de normas de carácter prohibitivo<sup>67</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN

En consecuencia, creemos que el fundamento de la prohibición del pacto comisorio en nuestro Derecho no obedece a criterios estrictamente civiles o procesales, sino que a una mezcla de ambos. En efecto, desde una perspectiva civil, la prohibición se debe, si consideramos su origen histórico, a la necesidad de proteger a la parte más débil. En razón de ello, el precepto prohibitivo no debiera alcanzar al pacto comisorio *ex intervallo* ni al pacto marciano, debido a que la *ratio legis* de la norma no los toca, toda vez que los elementos de hecho que ella supone no concurren en ninguno

---

<sup>65</sup> En este sentido, Fernando REGLERO CAMPOS, “El pacto comisorio”, en M. Elena LAUROBA, Joan MARSAL (editores), *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 253 y ss.

<sup>66</sup> Cfr. José Manuel FÍNEZ RATÓN, “Garantías reales: imperatividad de las normas de ejecución versus pacto comisorio”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, tomo III, p. 3.835.

<sup>67</sup> En este sentido, véase Pablo Salvador CODERCH, Albert AZAGRA, Antonio FERNÁNDEZ, “Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos”, en *InDret*, Working Paper N° 229, Barcelona, 2004, p. 12 y ss. Texto disponible en [http://www.indret.com/pdf/229\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/229_es.pdf). Sobre la inaplicabilidad por analogía de la prohibición del pacto comisorio a otros supuestos, la Corte de Casación de Roma, en sentencia de 28 de julio de 1923, estableció lo siguiente: “es un principio fundamental de nuestro derecho que las nulidades son de derecho estricto y no se extienden a otros casos que los taxativamente previstos en la ley. Y, dado el principio de la libertad contractual, que es uno de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, la prohibición del pacto comisorio se presenta como una norma excepcional, como excepciones son en general las nulidades establecidas por la ley. No es lícito, por lo tanto, extender analógicamente al caso un examen de las disposiciones de los artículos 1.884 y 1.894 del Código Civil, establecidas para otros casos, que tienen una semejanza, pero presentan también notables diferencias”. La traducción es nuestra.

de estos supuestos<sup>68</sup>. En cuanto al artículo 1º del decreto ley N° 776, su naturaleza procesal le impone –por así decirlo– el deber de extender la sanción a todo pacto celebrado durante la vigencia del contrato, pues de lo contrario se estaría consagrando la facultad del acreedor de ejecutar por sí y ante sí la obligación adeudada, lo que contraviene el principio de que la ejecución de las garantías es materia exclusiva de los tribunales de justicia y, por ende, del Estado.

En definitiva, más allá de las consideraciones histórico-dogmáticas sobre el fundamento de la prohibición del pacto comisorio en cualquiera de sus modalidades *ab initio*, *ex intervallo* o pacto marciano, lo cierto es que en Chile la aceptación de las dos últimas debiera pasar, para bien o para mal, por una reforma legislativa (siguiendo, probablemente, el ejemplo francés), ya que el tenor literal de las normas respectivas es claro en el sentido que la prohibición sería absoluta.

## BIBLIOGRAFÍA

120

- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1997.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Fernando, *La hipoteca en la legislación chilena*, Santiago, Sociedad Imprenta y Litografía Universo, 1919.
- AYNÈS, Laurent - Pierre CROQ, *Les suretés, la publicité foncière*, Paris, Defrénois, 2006.
- BARRIGA ERRÁZURIZ, Gonzalo, “A propósito de un reciente fallo de casación que reconoce la validez de la venta del inmueble hecha, sin previa tasación ni remate público, al acreedor a cuyo favor estaba hipotecado”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1930, tomo 27.
- BONFANTE, Pietro, *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Reus, 1965.
- BUSTOS PUECHE, José Enrique, “Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 43, N° 2, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas del Ministerio de Justicia, 1990.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, “La reforma al derecho de las cauciones en Francia: perspectivas para un devenir en Chile”, en Alejandro GUZMÁN BRITO (editor), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, LegalPublishing, 2008.

<sup>68</sup> En esta línea podemos citar, a modo de ejemplo, un famoso texto del *Digesto* (*D.* 13,7,34), relativo al pacto comisorio *ex intervallo*: “Habiendo prestado Ticio una cantidad a Sempronio, y aceptado por ello un fundo en prenda, cuando ése disponía a venderlo, porque no se le pagaba, Sempronio le pidió poder quedarse con el fundo como comprado por un determinado precio, y al conseguirlo, otorgó documento en el que declaraba haber vendido el fundo al acreedor. Pregunto si el deudor puede revocar esta venta ofreciendo la cantidad y los intereses que debía. Respondió Marcelo que, según los términos del caso propuesto, no podía revocarla”.

- CODERCH, Pablo Salvador, Albert AZAGRA, Antonio FERNÁNDEZ, , “Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos”, en *InDret*, Working Paper Nº 229, Barcelona, 2004.
- DELEBECQUE, Philippe, “L’ hypothèque”, en *Commentaire de l’ Ordonnance du 23 mars 2006, relative aux suretés*, *La Semaine Juridique*, 17 de mayo de 2006.
- COLIN, Ambrosio, Henri CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, Madrid, Reus, 1955.
- DURÁN RIVACOBIA, Ramón, *La propiedad en garantía: prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
- Febrero Novísimo. Librería de Escribanos e instrucción jurídica theórico práctica de Principiantes* (Madrid, 1789), Madrid, edición facsimilar a cargo del Consejo General del Notariado, 1990.
- FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, Civitas, 1995.
- FÍNEZ RATÓN, José Manuel, “Garantías reales: imperatividad de las normas de ejecución versus pacto comisorio”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003.
- HÉBERT, Sophie, *Le pacte commissoire après l’Ordonnance du 23 mars 2006*, Paris, Dalloz, 2007.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, Ariel, 1972.
- LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel, *La prenda civil y las prendas especiales*, Santiago, Editorial Metropolitana, 2005.
- MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.
- MOLINA, Luis de, *Tratado sobre los préstamos y la usura* (Cuenca, 1597), edición e introducción de F. Gómez Cobacho, Madrid, ICI, IEF, 1989.
- MONTECINOS MONTALVA, Gonzalo, *Del pacto comisorio y de su aplicación en los contratos*, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, Santiago, Dirección General de Prisiones, 1938.
- REDONDO TRIGO, Francisco, “El pacto marciano, el pacto ex intervallo y la fiducia cum creditore en las garantías financieras del Real Decreto-Ley 5/2005”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 699, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2007.
- REGLERO CAMPOS, Fernando, “El pacto comisorio”, en M. Elena LAUROBA, Joan MARSAL (editores), *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- RÍOS LABBÉ, Sebastián, “La reforma del Derecho de Garantías en Francia. Puesta al día necesaria y fracaso parcial de una reforma de conjunto”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 7, Santiago, diciembre 2006.
- RIPERT, Georges, Jean BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planiol*, Buenos Aires, La Ley, 1987.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado de las cauciones*, Santiago, Ediar Conosur, s/a.

VEIGA COPÓ, Abel Benito, “La ejecución del art. 1872 del Código Civil, la subasta notarial y el pacto comisorio”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, N° 87, Madrid, Lex Nova y Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 2002.