

Alejandro Guzmán Brito, desde las garantías romanas a los valores negociables desmaterializados del mercado de valores chileno

Alejandro Guzmán Brito, from roman guarantees to the dematerialized negotiable securities of the chilean stock market

José Luis Guerrero Becar

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile.
Correo Electrónico: jose.guerrero@pucv.cl. <https://orcid.org/0000-0002-8530-0330>

Recibido el 01/09/2023

Aceptado el 12/12/2023

Publicado el 16/12/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.05>

RESUMEN: Este trabajo revela el aporte del eximio romanista Alejandro Guzmán Brito a la moderna dogmática del derecho del mercado de valores chileno, quizás el ámbito más desconocido de sus investigaciones.

La revisión de sus publicaciones sobre el derecho de prenda en el derecho chileno, escritas en su última década de trabajo investigativo, permite luego de realizar una revisión cronológica y sistemática de las mismas identificar la existencia de una línea de investigación en que desde el estudio de la prenda sin desplazamiento, se introduce en el análisis dogmático de los títulos valores, su desmaterialización.

Estos estudios le permiten formular una nueva noción de valores negociables y analizar las garantías que es posible constituir sobre ellos, pudiendo identificar que

ABSTRACT: This work reveals the contribution of the distinguished Romanist Alejandro Guzmán Brito to the modern dogmatics of Chilean securities market law, perhaps the most unknown area of his research.

The review of his publications on the right of pledge in Chilean law, written in his last decade of investigative work, allows after carrying out a chronological and systematic review of them, to identify the existence of a line of research in which, from the study of the garment without displacement, it is introduced into the dogmatic analysis of securities, their dematerialization.

These studies allow him to formulate a new notion of negotiable securities and the guarantees that can be established over them, being able to identify that modern guarantees on negotiable securities or financial in-

las modernas garantías sobre valores negociables o instrumentos financieros desmaterializado o sin soporte material, ya eran reconocidas en el derecho romano clásico pero que habían perdido su concepción original durante la evolución del derecho mercantil continental, particularmente en el derecho francés, al permitirse por excepción la prenda sin desplazamiento, pero que conforme se incorporan más casos se transforma en una regla general, lo que para Guzmán Brito es volver a la noción del derecho romano clásico sobre prenda e hipoteca.

PALABRAS CLAVES: Alejandro Guzmán Brito, *pignus*, *hypotheca*, valores negociables, títulos valores, prenda sin desplazamiento, mercado valores, valores negociables desmaterializados, garantías reales mobiliarias, hipoteca.

struments, dematerialized or without material support, were already recognized in Roman law classic but that had lost their original conception during the evolution of continental commercial law, particularly in French law, allowing the pledge without displacement was allowed by exception, but as more cases are incorporated it becomes a general rule, which for Guzmán Brito is to return to the notion of Classical Roman law on pledge and mortgage.

KEY WORDS: Alejandro Guzmán Brito, *pignus*, *hypotheca*, negotiable securities, securities, pledge without possession, securities market, dematerialized negotiable securities, real property guarantees, mortgage.

I. INTRODUCCIÓN

Alejandro Guzmán Brito (1945-2021) fue un reconocido romanista chileno, probablemente el más destacado de su época a nivel nacional, con cientos de artículos y decenas de libros mayoritariamente sobre derecho romano, pero no menos en derecho civil e historia del derecho.¹

En el último decenio de su destacada obra comenzó a interesarse sobre los mercados de valores y sus objetos de transacción, tales como futuros sobre *commodities*, sobre índices bursátiles, divisas, opciones, *swaps*, entre otros, sobre qué función cumplían, cómo se transaban, si podían constituirse garantías sobre ellos, etc., normalmente conversaciones académicas sobre estos temas terminaban con la frase: “*pero si esto ya se podía hacer en el derecho romano*”.

Las investigaciones de Guzmán Brito sobre la prenda y en particular de la prenda sin desplazamiento y los contratos de depósito, le llevaron a revisar la legislación chilena vigente sobre el mercado de valores, la desmaterialización de los títulos-valores y la creación de empresas de depósito y custodia de valores sin impresión física. A estos trabajos le sucedió un proyecto de investigación sobre la desmaterialización de los títulos-valores en el derecho chileno,² que generó una serie de publicaciones sobre el depósito de valores de oferta pública con una empresa de custodia de tales;³ sobre la noción

¹ Sobre la biografía y destacada obra de Alejandro Guzmán Brito véase el número de homenaje que le dedicó la Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. En: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (vol. 44 núm. 1).

² Proyecto Fondecyt N° 1150192, años 2015-2016: “Los valores ante su depósito y eventual desmaterialización en el derecho chileno”.

³ GUZMÁN y GUERRERO (2016a), pp. 71-117.

de valor o valores negociables como objeto de transacción en el mercado de valores según el derecho chileno⁴ y sobre la sustitución de la noción título-valor por valores negociables en la Ley del Mercado de Valores de España, como base de la delimitación de un derecho del mercado de valores,⁵ a las que se sumaron las investigaciones previas de Guzmán Brito sobre la prenda sin desplazamiento que le habían acercado inicialmente a los temas del mercado de valores.⁶

El objeto de este trabajo es poder denotar una de las facetas más desconocidas de Alejandro Guzmán Brito: su acercamiento al derecho de la empresa y en particular al derecho del mercado de valores, el que a primera vista pareciera hoy tan tecnológico y lejano al derecho romano y a lo clásico, ensayando una hipótesis de cómo Guzmán Brito construye la relación desde el derecho romano al moderno derecho de valores.

II. DE LA PRENDA A LOS VALORES DESMATERIALIZADOS

Las modificaciones a la ley de prenda sin desplazamiento y su registro, a propósito de una modificación al mercado de capitales, introducidas por la Ley Nº 20.190 del 5 de junio 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*”, cuerpo normativo en que junto con modificaciones a la Ley de Impuesto a la Renta, General de Bancos, de Cooperativas, de Compañías de Seguros, entre otras, en su artículo 14 dicta normas sobre prenda sin desplazamiento, creando el Registro de Prendas sin Desplazamiento que lleva el Servicio de Registro Civil e Identificación, sin duda llamaron la atención de Guzmán Brito quien inició una intensa investigación sobre cauciones, en especial sobre la prenda con y sin desplazamiento.

Su línea de investigación sobre la prenda puede apreciarse claramente que se inicia en su trabajo sobre “*La pignoración de grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho en la nueva Ley de prenda sin desplazamiento*”,⁷ publicado en la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso en el primer semestre de 2008, a la cual sigue la “*La prenda sin desplazamiento de cosas corporales e incorporales futuras*”,⁸ sucedieron rápidamente otros trabajos sobre la materia, entre ellos, podemos mencionar: el año 2009: “*El llamado contrato de prenda sin desplazamiento*”,⁹ el año 2010: “*El derecho real de prenda sin desplazamiento*”,¹⁰ “*Unidad y dispersión en la evolución del derecho prendario chileno. Derecho común, general y especial de prenda*”,¹¹ “*La realización de la prenda*

⁴ GUZMÁN y GUERRERO (2016b), pp. 37-55.

⁵ GUZMÁN y GUERRERO (2017), pp. 211-237.

⁶ En el año 2019 se reúnen estas publicaciones en GUZMÁN y GUERRERO (2019).

⁷ GUZMÁN (2008a), pp. 61-153.

⁸ GUZMÁN (2008b), pp. 221-254.

⁹ GUZMÁN (2009a), pp. 161-236.

¹⁰ GUZMÁN (2010a), pp. 101-159.

¹¹ GUZMÁN (2010b), pp. 215-255.

*sin desplazamiento*¹² y “Universalidad, generalidad y especialidad en la prenda y en la hipoteca en el derecho chileno”¹³.

El hecho que la Ley 20.190 de 5 de junio de 2007, en su artículo 8 del artículo 14¹⁴ permite prendas sobre valores desmaterializados o emitidos sin impresión física del título que los evidencie, introduce a Guzmán Brito al estudio de los valores negociables y sus mercados, publicando el año 2011 el trabajo denominado: “*La prenda sin desplazamiento de valores desmaterializados o emitidos sin impresión física del título que las evidencia*”¹⁵.

El señalado artículo, marca el inicio de su interés más profundo por el mercado de valores y sus objetos de transacción.¹⁶

Seguramente debió llamar su atención esta nueva figura de los valores desmaterializados que rompen con el clásico entendimiento de los denominados “*títulos-valores*”, es decir, que el valor negociable conste materialmente en un documento o instrumento. Sin embargo, más debió llamar su atención el poco rigor jurídico conceptual que normalmente se encuentra en estas modernas normativas mercantiles, que en muchas ocasiones están más bien pensadas para el entendimiento de los operadores financieros del sistema, que de los operadores jurídicos de los mismos, alejándose no en pocas ocasiones de la pureza jurídica o claridad normativa o incluso del idioma castellano proliferando los anglicismos. A propósito de la poca claridad dogmática, baste revisar las distintas denominaciones para los objetos de transacción, tales como valores, instrumentos, valores negociables, efectos de comercio, etc. sin que al final a muchos le importe si son denominaciones sinónimas o diferenciadas.

A propósito de las cosas objeto de pignoración, Guzmán Brito retoma sus trabajos de más larga data sobre las cosas corporales e incorporeales, publicando el año 2011 una investigación sobre “*La prenda sin desplazamiento de créditos nominativos en el derecho chileno*”¹⁷ y en el año 2012, ya más aproximado

¹² GUZMÁN (2010c), pp. 37-66.

¹³ GUZMÁN (2011a), pp. 471-507.

¹⁴ La 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, es una ley miscelánea que en el Art. 14 dicta Normas Sobre Prenda sin Desplazamiento y Crea el Registro de Prendas sin Desplazamiento, fijando dentro de ese artículo el texto legal pertinente, comenzando con el Art. 1, por lo que es una ley que tiene doble numeración. Luego, el Art. 8 del Art. 14 de la Ley 20.190 de 2007 dispone: “Los valores emitidos sin impresión física del título que los evidencie, podrán ser prendados bajo las disposiciones de la presente ley, en cuyo caso la prenda deberá anotarse en el registro de anotaciones en cuenta que se lleve para estos efectos. Tratándose de valores depositados en una empresa de depósito de valores constituida de acuerdo a la ley N° 18.876, el acreedor prendario podrá solicitar la anotación de la prenda directamente a dicha empresa. Lo dispuesto en los incisos anteriores es sin perjuicio de la obligación establecida en el Título IV de la presente ley”.

¹⁵ GUZMÁN (2011b), pp. 57-88.

¹⁶ Al mismo tiempo este artículo le permite al autor cerrar un ciclo de artículos sobre la prenda que los reúne en un “*Tratado de la prenda sin desplazamiento según el derecho chileno*”, editada por la Editorial Jurídica de Chile, GUZMÁN (2011c) en que recopila con un orden más sistemático, sus trabajos de investigación hasta dicha fecha. Cabe hacer presente que en el mes agosto de 2021, mismo mes de fallecimiento de don Alejandro Guzmán, se publica una segunda edición del Tratado, esta vez, por la Editorial Ediciones Jurídicas de Santiago de obra que señala ser actualizada por Luis Vargas Sáez, GUZMÁN (2021).

¹⁷ GUZMÁN (2011d), pp. 9-44.

al mercado de valores, publica sus trabajos sobre “El contrato de préstamo de valores”¹⁸ y sobre “Las garantías en el contrato de préstamo de valores”¹⁹.

Entre los años 2013 y 2015 vuelve a temas de teoría general, pero vinculados a la temática de las garantías y valores publicando “Tipo y función y causa en la negociabilidad”,²⁰ “El concepto de crédito en el derecho chileno”,²¹ “El arrendamiento de fungibles”²² y “El usufructo de créditos”.²³ Asimismo, y probablemente advirtiendo que los valores desmaterializados objeto de prenda sin desplazamiento normalmente están depositados en una empresa de depósito centralizados de valores, publica el trabajo “El depósito irregular en el derecho chileno”,²⁴ para luego especificarlo en el caso de los valores negociables en el artículo titulado “La naturaleza de los actos y contratos relativos a valores guardados en entidades de depósito y custodia de valores”.²⁵

Guzmán Brito, como se ha anticipado, entre los años 2008 y 2015, se fue acercando a nuevas nociones sobre valores negociables, valores desmaterializados, depósitos en empresas de depósito de valores, todo ello desde una línea investigativa referida a la prenda, en particular de la prenda sin desplazamiento que por vía de excepción, cada vez fue incorporando nuevas cosas pignoras, como los valores desmaterializados, entonces, su acercamiento inicial al mercado de valores y sus objetos de transacción fue una consecuencia de sus estudios sobre la prenda y, por ello, no del todo sistemático o integrado.

Riguroso y estudioso como lo era de los mejores, Guzmán Brito advirtió que requería de una mirada más transversal sobre cómo operan los mercados de valores y sus objetos de transacción, esta vez ya no centrado en la prenda sino derechamente en estudiar la sustitución de la noción de título-valor y la denominación de los mercados, es decir, investigar desde una mirada más estructural, más propia del derecho económico, el mercado de valores, bajo el cual se compran, venden y caucionan los valores negociables, que son tanto jurídicos como financieros, tanto derechos como cosas negociables. Como es fácil de imaginar la obra de Guzmán Brito relacionada con el mercado de valores, en pocos años, fue intensa e inmensa, sin duda igualmente faltó tiempo ya que seguramente él habría avanzado en plantear una teoría general de los valores negociables que viniera a ordenar y corregir tantos horrores dogmáticos que fácilmente identificaba y que luego de su asombro y molestia inicial, buscaba corregir escribiendo sobre ellos. Lamentablemente el destino impidió que pudiéramos contar con una obra general de su autoría en esta materia.

¹⁸ GUZMÁN (2012a), pp. 157-180.

¹⁹ GUZMÁN (2012b), pp. 115-137.

²⁰ GUZMÁN (2013), pp. 39-67.

²¹ GUZMÁN (2014a), pp. 439-452.

²² GUZMÁN (2015a), pp. 39-67.

²³ GUZMÁN (2015b), pp. 61-85.

²⁴ GUZMÁN (2014b), pp. 87-137.

²⁵ GUZMÁN (2015c), pp. 573-589.

III. DE LAS CÁMARAS DE COMPENSACIÓN Y LAS GARANTÍAS

Con la descripción realizada hasta este momento de la bibliografía quizás más desconocida de Guzmán Brito—probablemente por ser los últimos trabajos de su larga actividad investigativa pero también porque a primera lectura parecieran lejano a un clásico como él— hemos podido revelar su significativo aporte a la dogmática del moderno derecho comercial chileno.

Pero ello no es suficiente: Si bien al revisar la bibliografía de Guzmán Brito es posible construir un hilo conductor sobre su interés en el estudio del mercado de valores como resultado de sus investigaciones previas sobre la prenda en el derecho chileno, aún queda la pendiente la inquietud sobre lo que, siempre con humor, señalaba: “*pero si esto ya existía en el derecho romano*”.

Quienes tuvimos la suerte de interactuar más cotidianamente con don Alejandro, primero como sus alumnos y luego como colegas de Facultad, erróneamente pensamos que siempre estaría allí para explicarnos lo que le preguntáramos, pero la inesperada pandemia lo impidió y quedamos sin respuesta, por lo que lo que se señalará a continuación es solo una hipótesis sobre dónde, a partir de la revisión de sus trabajos, estaría la relación o eslabón perdido entre el derecho romano y el moderno derecho del mercado de valores.

Solo como forma de contexto introductorio y tomando como referencia un tipo de derivados financieros como lo son los contratos de futuro,²⁶ podemos señalar que en un contrato de futuro en un mercado organizado o formalizado, cabe distinguir entre un subyacente —por ejemplo, cobre o cacao— y el valor que lo representa —materializado o normalmente desmaterializado o sin impresión física— que sería el “contrato de futuro sobre cobre”, en que de forma estandarizada, cada contrato representa, siguiendo con el ejemplo, una tonelada a entregarse o pagarse, según la posición a un año plazo.

Un mercado organizado es aquél en que existe una entidad formal que administra el sistema, denominada comúnmente como Cámara de Compensación de ganancias y pérdidas, cuyo fin es minimizar el riesgo de incumplimiento de las partes ya que cada parte contrata con intermediarios, bróker o *dealer*, los que a su turno contratan con la Cámara de Compensación que pasa a ser la contraparte de cada parte, de esta forma el comprador del futuro contrata con la Cámara y no con el vendedor, y el vendedor con la Cámara y no directamente con el comprador, con ello la relación entre las partes —compradora y vendedora— no es directa sino que es la Cámara de Compensación la que es la contraparte de cada parte, y a ella exigirán el cumplimiento de las ganancias o pérdidas.²⁷ Luego cada parte puede cambiar de posición adquiriendo contratos en posición contraria para realizar cobertura minimizando riesgos, por cierto, si desea especular puede aumentar aquella posición, compradora o vendedora, que estime tendrá mayores beneficios.²⁸

²⁶ Sobre contratos de futuros, su operación y naturaleza jurídica ver MADRID (1994) y GUERRERO (2003), pp. 277-319.

²⁷ GUERRERO (2003), pp. 294-295.

²⁸ GUERRERO (2003), p. 288.

Si la contratación se realiza directamente con la otra parte, sin pasar por una Cámara de Compensación, sería un contrato de futuro en un mercado no organizado y se les denomina contratos forwards los que no son estandarizados.

La Cámara de Compensación durante el desarrollo del contrato hasta la fecha fijada para cumplimiento definitivo (entrega del subyacente y pago del precio pactado) va solicitando garantías de cumplimiento a cada parte según quien ganaría o perdería, simulando que cada día, ese día fuere el de la fecha de cumplimiento y se debiera liquidar el contrato. De este modo al llegar la fecha futura pactada para el cumplimiento de la entrega del subyacente, la Cámara de Compensación contará con las garantías suficientes que le permitirán responder frente al contratante beneficiado ante un eventual incumplimiento de la parte que obtendrá pérdidas al liquidar el contrato, con ello no existen incentivos para incumplir ya que el efecto económico de la liquidación del contrato ha sido previsto y garantizado previamente.

La existencia de una Cámara de Compensación que es contraparte de cada parte de un contrato de futuros u opciones, se recoge en el legislador chileno de la Ley N° 20.345 de 6 de junio de 2009, *Sobre sistemas de compensación y liquidación de instrumentos financieros*, que dispone en su Art. 4 que “*La administración de sistemas de compensación y liquidación de instrumentos financieros sólo podrá ser ejercida por sociedades administradoras constituidas como entidades de contraparte central o cámaras de compensación de instrumentos financieros de conformidad a la presente ley*”; pero además podemos advertirlo de forma análoga en el sistema diseñado por el legislador a propósito de los valores desmaterializados en que por su depósito en la empresa de depósito centralizado de valores, el emisor no pierde el dominio del valor, pero la empresa frente a terceros aparece como la propietaria del valor, del cual en términos estrictos es solo mera tenedora en cuanto depositante. Lo anterior se realiza para dar seguridad a los inversionistas respecto de la legitimidad de ese valor en circulación desmaterializado.

Esta nueva figura jurídica, la analiza Guzmán Brito estudiando primero el contrato de depósito irregular en el derecho chileno²⁹ para luego referirse más derechamente al contrato de depósito de valores de oferta pública con una empresa de custodia de tales³⁰ y a propósito de las garantías en los contratos de préstamos de valores referirse a las garantías ante las Cámaras de Compensación³¹ ya que según dispone el Art. 26 de la Ley 20.345 “*las sociedades administradoras deberán requerir garantías a los participantes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que éstos asuman o que se deriven del ingreso de órdenes de compensación al sistema*”.³²

La referencia a “*garantías*” que realiza el legislador, seguramente llama la atención de Guzmán Brito y atendido que éstas quedan sujetas a las “*normas de funcionamiento*” que la propia Cámara de

²⁹ GUZMÁN (2014b), pp. 87-137.

³⁰ GUZMÁN y GUERRERO (2016a), pp. 71-117.

³¹ GUZMÁN (2012a), pp. 157-180.

³² Ley N°20.345, de 2009.

Compensación dicte, las posibilidades quedan abiertas sobre a qué tipo de garantías se refiere el legislador, pero él lo vincula rápidamente a la prenda, ya que la propia Ley N° 20.345 hace referencia en el Art. 26 a que tratándose de instrumentos financieros guardados en una empresa de depósito y custodia de valores la constitución, alzamiento o modificación de dichas garantías se efectuará de conformidad con el artículo 14 de la ley N° 18.876, el que a su vez, permite constituir prendas y derechos reales sobre los valores mantenidos en depósito sea que se traten de valores de emisión materializada o desmaterializada, en los mismos casos en que el depositante o su mandante podría hacerlo si no estuvieren en depósito.

Es cierto que se permite la prenda de derivados financieros si éstos están depositados en una empresa de depósito de valores, pero esa es solo una forma de garantías y no todos los derivados se depositan en ellas, ya que en contexto y lenguaje financiero que se recoge en estas legislaciones mercantiles, cuando se habla de “*garantías*” por lo general, se refiere a garantías líquidas o fácilmente liquidables atendida la necesaria operatividad y rapidez del negocio, más derechamente están pensando en dinero efectivo, más que en prendas que requieren de un proceso ejecutivo de realización o ejecución frente al incumplimiento, pero es cierto y allí el profesor Guzmán Brito acierta, que el legislador lo reconoce como una alternativa. En todo caso, cabe tener presente que distinto es que para garantizar una operación financiera o un crédito se entreguen en prenda contratos de futuro u opciones, a que la garantía de la Cámara de Compensación se complete con prendas, la primera es operación de garantías con terceros, la segunda es con el administrador del sistema.

IV. DEL PIGNUS A LA PRENDA DE VALORES DESMATERIALIZADOS

De la revisión de la rica obra bibliográfica del profesor Guzmán Brito, destaca una publicación relativamente reciente, del año 2009, denominada “*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*”³³ y creemos que en ella es posible advertir, como era de esperar, que no era broma sino muy en serio lo que planteaba sobre que estos supuestos fenómenos jurídico-financieros modernos, pueden perfectamente vincularse al derecho romano clásico. Recordemos que Guzmán Brito se aproxima al estudio de los título-valores o valores negociables desde sus estudios sobre las garantías.

Señala Guzmán Brito que en el derecho romano clásico una de las formas de garantía era el *pignus*, nacido del ámbito del *edictum (ius pretorium)*.³⁴ “*El pignus o prenda, tiene dos modalidades, una en que se entrega la cosa prendada, por ende con desplazamiento de su tenencia al acreedor que se suele de-*

³³ GUZMÁN (2009b), pp. 103-148.

³⁴ La otra forma de garantía es la *fiducia* del *ius civile*, que Alejandro Guzmán desarrolla en GUZMÁN (2009b), p. 106. Igualmente, en su tratado sobre Derecho Privado Romano, Guzmán señala que “*la fiducia consiste en transferir el dominio de una cosa al deudor o un tercero al acreedor, para que éste lo tenga como suya en tanto no se pague la obligación debiendo restituir el dominio una vez extinguida la obligación garantizada. Estrictamente, pues, no se trata de una prenda, sino de la transferencia del dominio en función garantizadora*”, GUZMÁN (2010d), pp. 643-644. Sobre la *fiducia cum creditore* o enajenación aseguratoria, además, ver KUNKEL y JÖRS (1937), pp. 221-222.

nominar *pignus datum* y, otra, en que se permitía constituir la prenda por una simple convención entre un deudor o un tercero y un acreedor en orden a tener una cosa propia por afectada al cumplimiento de una obligación y en seguridad de ésta, producir el efecto de dejar pignorada la cosa sin necesidad de entregarla al acreedor, de modo de permanecer en poder del deudor o de un tercero constituyente, es decir, del pignorante, esta forma de prenda se denomina *pignus conventum*, y en un momento indeterminado de la época clásica tardía se le aplicó el nombre griego de *hypotheca*.³⁵

Para el derecho romano, siguiendo a Guzmán Brito, no hubo diferencia alguna entre *pignus datum* y el *pignus conventum* o *hypotheca*³⁶ en lo que concierne al tipo de cosas en que una y otra pueden recaer, que no fuere su aptitud de poder ser entregadas físicamente.³⁷ Todo lo que puede ser entregado físicamente, puede ser objeto de *pignus datum* por eso limita su procedencia a las *corpora* o *res corporales* en la terminología de Gayo, actuales y presentes. Para los *iura* o *res incorporales*, a las cosas futuras o que actualmente no existen, pero se espera que existan, y a las universalidades de cosas, a todos los bienes presentes y futuros del pignorante o prenda universal como ninguno de ellos puede ser entregada se reserva el *pignus conventum* o *hypotheca*.³⁸

Por lo señalado, un inmueble puede ser objeto de una u otro tipo de *pignus* o prenda, pero como es muy extraño que el dueño de un inmueble deje su casa o predio, para entregarla al acreedor, ya que vivía o producía en ella, se optaba mayoritariamente en el caso de los inmuebles por el *pignus conventum* o hipoteca³⁹ en que bastaba la convención sin que fuere necesaria la entrega del bien pignorado, pero nada obstaba a preñar o hipotecar en lenguaje romano clásico un bien mueble y que éste no se entregara y por tanto quedara en manos del deudor o bien se prendara o hipotecara una cosa incorporal como un crédito, bastaba que se pactara un *pignus conventum*, por lo que existían distintos casos de hipotecas mobiliarias, tales como de rebaños y sus crías o las mercaderías de un establecimiento de comercio o taberna o los instrumentos de labranza o mercaderías embarcadas para garantizar un préstamo marítimo.⁴⁰ Asimismo, se podían pignorar universalidades, cuotas o las cosas futuras, las que actualmente no existen, pero se espera que hayan de existir.⁴¹

³⁵ GUZMÁN (2009b), pp. 106-107. Sobre el origen de la hipoteca en el derecho romano en la garantía inmobiliaria de los arriendos públicos y en la garantía inmobiliaria del arrendamiento rústico que incorpora los muebles acarreados y semovientes introducidos por el colono en la finca arrendada, que luego del siglo I d.c. se generalizó como prenda sin posesión, ver D'ORS (1968), p. 142.

³⁶ Alejandro Guzmán Brito explica que el término *hypotheca*, que se puede traducir al latín como *suppositio*, de *sub-ponere*, poner debajo, deriva del verbo *hypotithemi*, que tiene el sentido de preestablecer, predeterminar, porque, de acuerdo con el derecho griego, al otorgarse la garantía sin desplazamiento, de bienes, necesario era predeterminar o preestablecer cuáles iban a quedar afectados. Posiblemente la introducción de esta palabra griega al derecho romano fue a través de la jurisdicción de los gobernadores de las provincias orientales por impulso de las partes y sus abogados. GUZMÁN (2010d), p. 655. Para un estudio introductorio sobre la prenda e hipoteca en el derecho romano, véase además GONZÁLEZ (1981), pp.145-169.

³⁷ En el mismo sentido Antonio Fernández de Buján al conceptualizar la hipoteca romana cita a Ulpiano, señalando: "Así Ulpiano en D. 13.7.1. pr: se puede contraer el *pignus* por la mera convención, y en D. 13.7.9.2: Llamamos en sentido propio prenda la que pasa al acreedor e hipoteca cuando no pasa al acreedor ni la posesión", FERNÁNDEZ DE BUJÁN (2008), p. 364, y Teresa Giménez-Candela que señala que "La jurisprudencia romana contempló ambas modalidades de *pignus*, como una sola realidad jurídica, sin conceder excesiva importancia al desplazamiento inicial (*datum*) o diferido (*Convetum*) de la prenda o, dicho en otros términos, a la prenda con posesión o sin ella", en GIMÉNEZ-CANDELA (1999), pp. 417-418.

³⁸ GUZMÁN (2009b), p.107.

³⁹ Sobre la hipoteca en el derecho romano clásico, véase MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA (1959), pp. 229-316.

⁴⁰ GUZMÁN (2009b), pp. 109-110.

⁴¹ GUZMÁN (2010d), pp. 657-659.

Un caso al que el profesor Guzmán Brito presta especial atención es el que aparece examinado en un texto que se conserva en D. 20, 4, 21, 1 que se refiere a un caso narrado por el jurista Cervidio Escévola, que se refiere a un negociante de mármoles que necesitaba abastecerse para desarrollar su actividad, quien pide un crédito a alguien -hoy sería a un banco o entidad financiera- de modo que este acreedor pagare a los vendedores de mármol el precio acordado. Como garantía de devolución de este préstamo, el negociante de mármoles constituía una prenda sobre las piedras compradas y que él utiliza en su giro comercial, por tanto, se trata de una prenda sin entrega, una *pignus conventum* o hipoteca, por tanto, en la hipoteca era indiferente en el derecho romano si se constituía sobre muebles o inmuebles, corporales o incorporales o que no existen pero que se esperaba que existan.⁴²

Alejandro Guzmán Brito en la publicación que revisamos continúa con una larga explicación histórica en que analiza el derecho medieval, francés y alemán, concluyendo que en el caso de los juristas medievales se mantuvo en general el esquema del derecho romano, salvo algunos canonistas. Sin embargo, comenta Guzmán Brito que comenzaron a proliferar desde el Siglo XI algunos textos que eran reticentes a la prenda real o datum sobre inmuebles,⁴³ ya que la prenda real requiere entrega y los inmuebles no pueden moverse, por lo que la prenda debe ser sobre muebles y la hipoteca sobre inmuebles, justificando ello en que en la hipoteca primero la cosa es obligada y luego entregada, lo que es un error según Guzmán Brito ya que la prenda sobre inmuebles era solo *consensu*, bastaba el consenso para su perfeccionamiento, más allá de la ejecución posterior.

Esta idea de diferenciar la prenda de la hipoteca, según proceden contra muebles o inmuebles, se recoge en el derecho francés desde el derecho consuetudinario restringiendo la prenda a los muebles porque pueden ser entregados, con la excepción de las universalidades y se restringe la hipoteca a los inmuebles, con lo que se excluye la hipoteca mobiliaria, contradiciendo así el derecho romano clásico, lo que igualmente se observa en el derecho alemán, salvo en el Codex Maximilianeus Vavaricus Civiles promulgado en 1756 por el príncipe Maximiliano José III de Baviera, que distingue entre las cosas que se entregan lo que llama prenda manual, de la hipoteca cuya entrega acaece sólo por medio de una mera inscripción sin tradición, es decir no hay entrega real pero si anotación en un registro.⁴⁴

Este derecho prendario ya limitado solo a muebles, comienza a evolucionar en los siglos XIX y XX, ya que la rígida norma de la prenda solo sobre muebles y con entrega de la cosa pignorada y la hipoteca solo sobre inmuebles, provocó, según Guzmán Brito, que en una sociedad crecientemente industrializada en que quien entrega la garantía sobre máquinas u otras especies necesitaba seguir contando con ellas para trabajar, muy prontamente los hechos económicos se encargaron de demostrar que los codificadores franceses cometieron un error histórico de grandes proporciones -según Guzmán Brito- cuando otorgaron su preferencia al *droit coutumier* por sobre el derecho romano, desconociendo las ventajas que ofrecía la hipoteca mobiliaria en una sociedad industrializada. Por ello se comienzan a establecer excepciones permitiendo la prenda mobiliaria sin desplazamiento o hipoteca mobiliaria,

⁴² GUZMÁN (2009b), pp. 111-112. En el mismo sentido sobre *hypotheca* de cosas futuras: FUENTESSECA (2013), pp. 141-146.

⁴³ Alejandro Guzmán Brito cita el *Libellus de verbis legalibus*, "De pignore", 50, de autor anónimo. GUZMÁN (2009b), pp. 112-113.

⁴⁴ GUZMÁN (2009b), p. 124.

pudiendo hacerlas posibles sobre cosas futuras, universalidades, sobre derechos personales que no constan en un título-valor o de crédito que pueda ser entregado (como sería el caso modernamente de un valor desmaterializado) o sobre derechos reales muebles y como contrapartida se exigió en vez de la entrega la anotación en un registro.⁴⁵

Sin embargo, las necesidades fueron aumentando y cada vez se sumaron más tipos de prendas sin desplazamiento, hasta ser el único tipo de prenda en casos como las garantías sobre automóviles, maquinarias agrícolas o industriales. En cada reforma se agregan más casos, lo que lo ha ido transformando a la prenda sin desplazamiento casi en la regla general.

El profesor Guzmán Brito advierte que el derecho francés así ya lo ha reconocido, ya que “reinstaló en su interior el antiguo *pignus conventus* o *hypotheca romano*, constituido por convención sobre muebles, pero sin entrega, y, por ende, sin desplazamiento de la cosa pignorada al acreedor, primero como posibilidad especial y excepcional; y en fin como posibilidad general de Derecho común”,⁴⁶ que se reconoce desde 2006 en el Código Civil francés y además en el mismo año, incorporando las prendas especiales que se habían acumulado en el ordenamiento francés desde la segunda mitad del siglo XIX en el libro V del Código de Comercio francés, rubricado de los efectos de comercio y las garantías.⁴⁷

El caso chileno no es ajeno, ya que la prenda sin desplazamiento comenzó con situaciones excepcionales, así como la hipoteca sobre muebles vinculado siempre a un registro, por ejemplo, de una nave, también son excepción, y al igual que en Francia, en cada modificación conforme las necesidades económicas y evolución tecnológica se incorporan más casos, pasando en la práctica a ser casi el derecho común.

V. CONCLUSIÓN

De la revisión de la bibliografía de don Alejandro Guzmán Brito, es posible identificar que desde el estudio de la prenda sin desplazamiento en la legislación chilena se introduce en el estudio sobre valores negociables desmaterializados y luego en las nociones de mercado de valores y la noción de valores o valores negociables, en sustitución de títulos-valores.

Conforme a la moderna legislación chilena del mercado de valores es posible pignorar valores o derechos registrados que no constan materialmente, por lo que no son posibles de entrega física al momento de ser prendados, es decir, solo pueden ser objeto de *pignus consensu*, prenda sin entrega de la cosa o sea una *hypotheca* según el derecho romano.

Así como en Roma se podían pignorar o hipotecar las piedras mármol, pues hoy se pueden pignorar

⁴⁵ GUZMÁN (2009b), p. 143.

⁴⁶ GUZMÁN (2009b), p. 145.

⁴⁷ GUZMÁN (2009b), pp. 144-145.

o hipotecar en lenguaje romano, derivados financieros, bastando solo su registro, es decir supuestamente por la vía de la excepción se ha revolucionado la prenda al alcanzar estos valores negociables modernos, incluso desmaterializados, pero de revolución nada, como señalara Guzmán Brito al terminar uno de sus trabajos, refiriéndose a la posibilidad de preñar muebles o inmuebles, con o sin entrega, en que señala: “pero nosotros sabemos que había sido una realidad hasta su repudio al menos a principios de la época moderna; de modo que lo acaecido desde la segunda mitad del siglo XIX fue propiamente un redescubrimiento o un reencuentro y no la instalación de una idea revolucionaria”.⁴⁸ El profesor Alejandro Guzmán Brito, como casi siempre, tenía razón: en el derecho romano todo se podía hacer incluso hipotecar modernos valores negociables del mercado de tales como los derivados financieros desmaterializados.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- D'ORS, Álvaro (1968): *Derecho Privado Romano* (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra).
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio (2008): *Derecho Romano Privado* (Madrid, Iustel).
- FUENTESECA, Margarita (2013): *Pignus e hypotheca en su evolución histórica* (Santiago de Compostela, Andavira).
- GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa (1999): *Derecho Privado Romano* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- GONZÁLEZ, María del Rosario (1981): “Génesis y evolución de la prenda y la hipoteca en el derecho romano”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (núm. 40).
- GUERRERO BECAR, José Luis (2003): “Contratos de futuro” en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 24).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2008a): “La pignoración de grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho en la nueva Ley de prenda sin desplazamiento”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 30).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2008b): “La prenda sin desplazamiento de cosas corporales e incorporeales futuras”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 31).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2009a): “El llamado contrato de prenda sin desplazamiento”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri* (núm. 13).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2009b): “La pérdida del concepto romano de hipoteca mobiliaria en los derechos moderno y codificado y su recuperación al largo de los siglos XIX y XX con especial referencia al caso de Francia”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 33) y en GIARO, Tomasz (editor) (2011): “Roman Law and Legal Knowledge. Studies in Memory of Hwnryk Kupoiszewski, Warszawa, Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego (Asociación de Graduados de la Facultad de Derecho y Administración de la Universidad de Varsovia).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2010a): “El derecho real de prenda sin desplazamiento”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 34).

⁴⁸ GUZMÁN (2009b), p. 146.

- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2010b): “Unidad y dispersión en la evolución del derecho prendario chileno. derecho común, general y especial de la prenda”, en: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coordinadores), *Estudios de derecho civil V* (Santiago, Abeledo Perrot – LegalPublishing).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2010c): “La realización de la prenda sin desplazamiento”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 35).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2010d): *Derecho Privado Romano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2011a): “Universalidad, generalidad y especialidad en la prenda y en la hipoteca en el derecho chileno”, en: Figueroa, Gonzalo et al (coordinadores) *Estudios de derecho civil VI* (Santiago, Abeledo Perrot – LegalPublishing Chile), y en: *Annales de Droit Privé* (2010–2011), Accademie des Privatistes Européens, Pavia.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2011b): “La prenda sin desplazamiento de valores desmaterializados o emitidos sin impresión física del título que los evidencie”, en: *Revista Chilena de Derecho* (núm. 38).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2011c): *Tratado de la prenda sin desplazamiento según el derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2011d): “La prenda sin desplazamiento de créditos nominativos en el derecho chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 16).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2012a): “El contrato de préstamo de valores”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 38).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2012b): “Las garantías en el contrato de préstamo de valores”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 39).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2013): “Tipo, función y causa en la negocialidad”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 41).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014a): “El concepto de crédito en el derecho chileno”, en: *Revista de Derecho (Coquimbo, en línea)* (núm. 21).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014b): “El depósito irregular en el derecho chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 23).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2015a): “El arrendamiento de fungibles”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 44).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2015b): “El usufructo de créditos”, en: Vidal, Álvaro et al (editores), *Estudios de derecho civil X* (Santiago, Thomson Reuters).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2015c): “La naturaleza de los actos y contratos relativos a valores guardados en entidades de depósito y custodia de valores”, en: Barría Paredes, Manuel et al (editores), *Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila* (Santiago, Legal Publishing).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro y GUERRERO BECAR, José Luis (2016a): “El contrato de depósito de valores de oferta pública con una empresa de custodia de tales”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 26).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro y GUERRERO BECAR, José Luis (2016b): “La noción de ‘valor’ como objeto de transacción en el mercado de valores según el derecho chileno”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (núm. 47).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro y GUERRERO BECAR, José Luis (2017): “La sustitución de la noción ‘título-valor’ por ‘valores negociables’ en la Ley del Mercado de Valores de España, como base para la delimitación de un derecho del mercado de valores”, en: *Revista de Derecho (Coquimbo, en línea)* (núm. 24).

- GUZMÁN BRITO, Alejandro y GUERRERO BECAR, José Luis (2019): *Estudio sobre los valores, en especial de los de oferta pública* (Santiago, Thomson Reuters).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2021): *Tratado de la prenda sin desplazamiento según el derecho chileno*, 2ª edición actualizada por Luis Vargas Sáez (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).
- KUNKEL, Wolfand y JÖRS, Paul (1937): *Derecho Privado Romano* (Traducc. de Leonardo Prieto Castro, Barcelona y otras, Labor).
- MADRID PARRA, Agustín (1994): *Contratos y mercados de futuros y opciones* (Madrid, Tecnos).
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, Juan (1959): “El rango hipotecario en el Derecho Romano Clásico”, en: *Anuario de la Historia del Derecho Español* (núm. 39).

Normas citadas

- Ley N°18.876, establece el marco legal para la constitución y operación de entidades privadas de depósito y custodia de valores, de 21 de diciembre de 1989.
- Ley N°20.190, 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, de 5 de junio de 2007.
- Ley N°20.345, sobre sistemas de compensación y liquidación de instrumentos financieros, de 6 de junio de 2009.