

dor, y la hipoteca es un derecho que el acreedor adquiere en los bienes de su deudor, sin que este le haga tradicion alguna.

3. La sola convencion no es sin embargo suficiente en nuestro derecho francés para establecer la hipoteca, la que no puede nacer sino de una escritura ante notario, por la cual el deudor se haya obligado, ó de un juicio con sentencia del juez dada contra él. (1)

Por lo que hace al contrato de peño, veremos en el primer capítulo lo que es de la esencia de este contrato, á que clase de contratos pertenece, y cuales son los pactos que en él reprueban las leyes. En el capítulo segundo manifestaremos el derecho que adquiere el acreedor en la cosa que se le da en peño: las obligaciones que contrae, y la accion *pignoratitia directa*, que de ellas nace. Hablaremos en el tercero de las obligaciones que contrae aquel que ha dado la cosa en peño, y de la accion *pignoratitia contraria* que de ellas nace.

## CAPITULO I.

DE LO QUE ES DE LA ESENCIA DEL CONTRATO DE PEÑO, A QUE CLASE DE CONTRATOS PERTENECE, Y DE LOS PACTOS QUE LAS LEYES REPRUEBAN EN ESTE CONTRATO.



### ARTICULO I.

DE LO QUE ES DE LA ESENCIA DEL CONTRATO DE PEÑO.

4. Es de la esencia del contrato de peño, 1.º que haya una cosa que sea objeto de él; 2.º que intervenga una tradicion real de esta cosa, sino se halla ya en poder del acreedor á quien es dada en peño: 3.º que esta misma cosa le haya sido dada á fin de que la retenga para seguridad de su crédito.

(1) Lo propio debe decirse respecto del derecho español, debiéndose añadir á las solemnidades que Pothier indica, la de registrar la escritura ó sentencia en los oficios de hipoteca establecidos por nuestra pragmática. (N. de los edit.)

### §. 1.

#### De las cosas que pueden ser objeto del contrato de peño.

5. Ordinariamente las cosas muebles corporales son el objeto del contrato de peño. (1) Hé aqui porque Gayo dice: *Pignus appellatum á pugno, quia res quæ pignori dantur, manu traduntur: unde etiam videri potest verum esse quod quidam putant, pignus propriè rei mobilis constitui*; l. 238, §. 2, ff. de V. S. Con todo las herencias pueden tambien ser objeto de este contrato; l. 34, l. 39, ff. de pign. act.; l. 2; l. 3. cod. d. tit.; l. 50, §. 1, ff. de jure dot. et passim. Esto sucede cuando se pone á un acreedor en posesion de una herencia, para que perciba los frutos en pago de sus créditos hasta que esté satisfecho, dando cuentas al que se la dió en peño. Este peño facilita al acreedor el pagarse por sí mismo sin gastos, sin verse obligado á proceder al embargo ó secuestro de la herencia ó de sus frutos, cuyos medios son siempre costosos.

6. El dinero contante puede tambien ser objeto del contrato de peño: hállase un ejemplo de esta especie en los estatutos de las bibliotecas públicas, que permiten á los bibliotecarios el que presenten libros á los estudiantes, mediante que estos entreguen á aquel una suma doble de dinero para seguridad de la restitution de los libros prestados.

Por lo que mira á las cosas incorporales, tales como las deudas activas, no son susceptibles de empeñarse por no poder mediar la tradicion real que es de la esencia de este contrato: *Incorporales traditionem non recipere manifestum est*; l. 43, §. 1. ff. de acq. rer. dom.

Las cosas que están fuera del comercio es evidente que no pueden ser dadas en peño, como tampoco pueden ser objeto de los demas contratos.

7. Pero no es necesario para la validez del contrato de peño, que la cosa pertenezca al deudor, ni tampoco que su dueño haya consentido en el contrato.

(1) Las leyes 3 y 4, tit. 13, part. 5, declaran que no pueden darse en prenda ni hipoteca los bueyes, vacas y demas bestias de arado y por regla general todo lo necesario para la labranza. (N. de los edit.)



Es verdad que una cosa agena no puede sin consentimiento del dueño quedar obligada al acreedor á quien es dada en peño, y que el dueño puede reclamarla de este, y hacer que le condenen á devolvérsela, por mas que no le haya sido pagada su deuda. Pero aunque la cosa en este caso no quede obligada al acreedor por el contrato de peño, por mas que no adquiriera en esta cosa *jus pignoris*, no habiendo podido darle un derecho en la cosa el deudor que ninguno tenia en ella; con todo el contrato de peño no deja de ser válido como á tal, y de producir entre las partes contratantes las obligaciones recíprocas que nacen de los contratos de peño. Ulpiano, l. 9, §. 4, *ff. de pign. act.* y á mas la l. 22, §. 2, *ff. d. tit.*

## §. II.

*De la tradicion.*

8. Es de la esencia del contrato de peño que el acreedor sea puesto en posesion real de la cosa que le es dada en peño.

Por esta razon es de la esencia de este contrato el que intervenga una tradicion real de esta cosa, á no hallarse ya en poder del acreedor con otro objeto, como por préstamo ó depósito: en este caso siendo imposible la tradicion real de una cosa que está ya en poder del acreedor el contrato de peño se hace conviniendo que la cosa que el acreedor ya tiene en su poder á título de préstamo ó de depósito, continúe para en adelante en el mismo estado á título de peño. Esta convencion encierra, segun los doctores, una especie de tradicion que llaman *brevis manus*, por la cual se finge que el acreedor ha devuelto la cosa que tenia á título de préstamo ó de depósito, y que incontinenti la ha recibido de nuevo á título de peño.

Fuera de este caso el contrato de peño no puede absolutamente celebrarse sin una tradicion real de la cosa empeñada.

9. Es indudable que yo puedo convenir con mi acreedor que le daré prendas, y que esta convencion es válida y obligatoria por el solo consentimiento: pero esta convencion no es el contrato de peño; ella le precede, y es del todo diferente, como la promesa de vender es diferente del contrato de venta: *Tratado del contrato de compra y venta, part. 5.*

## §. III.

*Es menester que el fin por cual es dada la cosa, sea que aquel á quien se da, la retenga para seguridad de su crédito.*

10. Este fin es de la esencia del contrato de peño, el que le caracteriza, y le diferencia de los demas contratos reales. En el contrato de préstamo se entrega la cosa para que aquel á quien se da, haga un cierto uso de ella; en el depósito para que la guarde, y en el de peño para que la retenga en seguridad de su crédito.

11. No importa cual sea el crédito para seguridad del cual se constituye el peño.

Del mismo modo que en toda especie de obligaciones pueden darse fianzas, como se ha visto en el *Tratado de las obligaciones*, pueden asi mismo darse prendas en todas ellas.

12. Para que el contrato de peño subsista, basta que la cosa haya sido dada á alguno á fin de que la retenga para seguridad de un crédito que alguno se proponia contraer con él, por mas que no lo haya contraido, ó de un crédito que alguno creia existir, y que no existia. Es verdad que no puede haber prenda sin un crédito que ella asegure: pero en este caso por mas que la cosa dada en peño no queda obligada á favor de aquel á quien fué entregada por falta de crédito en cuya seguridad esta cosa pueda ser obligada, no obstante el contrato por el cual ella ha sido dada en peño, no deja de ser válido como contrato de peño, y de producir entre las partes contratantes las acciones propias de tal contrato; Ulpiano, l. 11, §. 2, *ff. de pign. act.*

## ARTICULO II.

A QUE CLASE DE CONTRATOS PERTENECE EL CONTRATO DE PEÑO.

13. El contrato de peño es de la clase de los contratos reales, pues no puede hacerse sino por medio de la tradicion de la cosa dada en peño.

14. Este contrato pertenece á la clase de los sinalagmáticos en que son recíprocas las obligaciones, pero lo es imperfectamente,



pues no hay mas obligacion que la del acreedor que ha recibido la cosa, de devolverla luego que la deuda haya sido satisfecha: esta es la obligacion principal de este contrato, y por esto se llama *obligatio pignoratitia directa*. Las obligaciones que contrae el que ha dado la cosa en peño, son solo incidentales del contrato, y no son esenciales, por lo que se llaman *obligatio pignoratitia contraria*.

15. El contrato de peño es recíproco por ser del interés de una y otra de las partes contratantes: el acreedor á quien la cosa es dada en peño, encuentra en este contrato la seguridad de su crédito, y aquel que se la da encuentra el crédito tal como lo desea mediante este contrato.

16. Cuando un tercero por pura amistad con el deudor y á su ruego da por él la cosa en peño, hay en este caso dos contratos: uno de peño que interviene entre el acreedor y aquel que le da la cosa en peño; y otro de mandato entre este y el deudor á cuyo ruego ha dado la prenda.

17. Finalmente el contrato de peño es de la clase de los que se rigen por solas las reglas del derecho natural, sin que el derecho civil lo haya sujetado á formalidad alguna.

### ARTICULO III.

#### DE LOS PACTOS REPROBADOS POR LAS LEYES EN EL CONTRATO DE PEÑO.

18. Constantino en la ley última, *Cod. de pact. pign.* prohíbe en los contratos de peños el pacto llamado *lex commissoria*, ó pacto comisorio. Este es un pacto por el cual convenian las partes que si el deudor dentro cierto tiempo no redimía la cosa dada en peño satisfaciendo enteramente la deuda, pasado este tiempo sin verificarlo, la cosa quedaria del acreedor irrevocablemente en pago de la deuda.

Esta ley fué adoptada por nuestra jurisprudencia para impedir los fraudes de los usureros, que hallarian en este pacto un medio expedito para sacar excesivas ganancias de los mutuos, prestando dinero sobre prendas de doble valor de la suma prestada á personas que ellos viesan apuradas de miseria y en la imposibilidad de devolver la suma al tiempo convenido.

19. Es menester no confundir con el pacto comisorio, aquel

por el cual convienen las partes que si el deudor no redimiese la cosa en cierto tiempo pudiese el mismo acreedor comprarla, pagando sobre lo que habia dado cuando la tomó en peño, cuanto podia valer mas pasado dicho tiempo, segun el justiprecio de hombres buenos, pues este pacto es permitido y válido; *l. 16, §. ult. ff. de pign. et hyp.*

El acreedor á quien la cosa ha sido dada en peño, debe en virtud de este pacto, despues de espirado el tiempo en que la deuda debia ser satisfecha, citar al deudor que se la ha dado en peño para el nombramiento de expertos que procedan á la estimacion. Sobre la citacion se da un auto en que se manda proceder á la estimacion. Solo por la sentencia definitiva que aprobando el valor manda que con arreglo á lo convenido la cosa quede adjudicada al acreedor por la cantidad estimada, quedará este dueño de la cosa empeñada.

Quando la estimacion asciende á mas de lo que es debido, el acreedor es menester ademas para que quede dueño de la cosa, que pague el exceso al deudor, ó que en vista de su negativa lo haya depositado previo decreto judicial.

Hasta que se haya dado la sentencia definitiva, y que se haya realizado el pago ó consignacion del exceso de la estimacion, el deudor ofreciéndose á pagar todo lo que debe y los gastos hechos hasta á la presentacion y cumplimiento de sus ofertas, podrá pedir la restitucion de la cosa dada en peño.

20. El anticresis era un pacto muy usado entre los romanos, por el cual se convenia que el acreedor á quien se daba una cosa en peño, percibiria para su provecho los frutos de esta cosa por razon de los intereses de la cantidad que se le debia; *l. 11, §. 1, ff. de pign. et hyp. (1)*

(1) Por derecho español y por el canónico está prohibido tambien este pacto. (V. de los edit.)