

ninguna acción contra el deudor para hacerse entregar la cosa prometida en prenda: en tanto que no se ha pagado la deuda la convención de empeño subsiste y, por consiguiente, el deudor puede ser obligado á la tradición. (1) Pero no sería un verdadero contrato de prenda, pues este contrato es real por su esencia; en tanto que no hay tradición es el deudor el obligado; cuando se ha hecho la tradición el acreedor es el que está obligado. Nos trasladamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* acerca de los contratos reales y personales.

471. El art. 2076 quiere que la cosa haya sido puesta en *posesión* del acreedor. ¿Qué caracteres debe tener esta posesión? Es una posesión análoga á la de que hablan los artículos 1141 y 2279, una posesión que se demuestra con ostentación como posesión del acreedor rentista; es decir, á título de derecho real. En efecto, la posesión del acreedor debe advertir á los terceros el derecho que da al acreedor prendista con relación á los demás acreedores. Es, pues, necesaria cierta publicidad. «Es de esencia del contrato, dice la Corte de Casación, que la puesta en posesión del acreedor sea un hecho aparente, de una notoriedad suficiente para advertir á los terceros que el deudor está desposeído y que el objeto empeñado ya no hace parte de su activo libre. (2) La publicidad varía, además, conforme á la naturaleza de las cosas dadas en prenda. Se debe distinguir entre los muebles corporales y los muebles incorporales.

472. El art. 1606 determina los diversos modos según los cuales se opera la entrega de las cosas vendidas. ¿Tiene la entrega hecha por el acreedor prendista conforme al artículo 1606 el efecto de transmitirle la posesión en el sentido del art. 2076? Se podría creerlo al leer la definición que el

1 Compárese Burdeos, 8 de Junio de 1832 (Daloz, en la palabra *Empeño*, núm. 92, 1.º).

2 Denegada, 29 de Diciembre de 1875 [Daloz, 1876, 1, 219]. Compárese Bruselas, 27 de Abril de 1853 (Pasiercia, 1853, 2, 273).

art. 1604 da de la entrega: «Es la transmisión de la cosa vendida en *poder y posesión* del comprador.» Y si la cosa está en *poder y posesión* del acreedor prendista ¿no es esto más de lo que pide el art. 2076? Sin embargo, este argumento cojea. En los arts. 1604 y 1606 se trata de las relaciones que la venta establece entre las partes contratantes. Mientras que en el art. 2076 se trata sobre todo de las relaciones del acreedor con los terceros, y se concibe que la ley deba mostrarse más severa para caracterizar la posesión del acreedor prendista para con los terceros que para caracterizar la posesión del comprador para con el vendedor. El art. 1606 no decide, pues, la cuestión; se debe ver cuáles son los modos de entrega que dan á la posesión del acreedor prendista la notoriedad que el legislador tuvo en vista. Por esto hemos citado el art. 1141 como disposición análoga. Una cosa mueble se vende sucesivamente á dos personas: ¿Cuál de los dos compradores será propietario? La ley dice que aquel que fué puesto en posesión *real*, siempre que sea de buena fe. Es, pues, la posesión real la que prevalece, porque esta posesión se anuncia públicamente como siendo á título de propietario; el legislador le debe su apoyo y su protección. Hay algo análogo en la posesión del acreedor prendista; estipuló un derecho real de preferencia para con los demás acreedores; ¿qué condición prevalece contra ellos? Es necesario una posesión notoria que salte á la vista de modo que los terceros estén advertidos. Esto es, pues, una cuestión de hecho más bien que de derecho. «La ley, dice la Corte de Casación en la sentencia precitada, no ha definido los elementos de la notoriedad de la entrada en posesión; depende, por la naturaleza de las cosas, de circunstancias variadas y complejas cuya apreciación pertenece soberanamente á los jueces del fondo.» El art. 1606 sólo puede ser invocado á título de comparación.

473. Según el art. 1606 la entrega de los efectos muebles se opera por la entrega de las llaves de la casa que los contiene. ¿Basta esto para que el acreedor prendista esté considerado como puesto en posesión y que, por consiguiente, tenga su privilegio? Los autores así lo enseñan. (1) ¿No es demasiado absoluta esta decisión? La entrega de las llaves por sí sola no marca ningún cambio en la posesión, no tiene ninguna notoriedad, no avisa á los terceros; desde luego no hay entrada en posesión en el sentido del art. 2076. Hay sentencias en sentido contrario; la Corte de Aix ha reconocido el privilegio del acreedor prendista á quien las llaves de las bodegas habían sido entregadas; (2) pero se ve por los hechos de la causa cuán fáciles el fraude; el deudor había consentido un segundo empeño en las mismas mercancías, siempre entregando las llaves, de modo que el segundo acreedor estaba engañado. ¿No prueba esta facilidad de engañar á los terceros que la entrega de las llaves no es suficiente para constituir una posesión en favor del acreedor prendista? En nuestra opinión se necesitarían otros hechos que vinieran en apoyo de la entrega de las llaves para dar á la posesión un carácter público.

474. Se presenta otra dificultad en esta materia. Las mercancías dadas en prenda necesitan cuidado algunas veces; tales son los vinos que tienen que ser elaborados, y puede suceder que el deudor, negociante en vinos, tenga sólo los conocimientos necesarios á este efecto, así como sólo tiene á su disposición los obreros que se ocupan en este trabajo. Esto hace la presencia del deudor ó de sus obreros necesaria en las bodegas de un modo casi permanente; cuando hay un gran número de botellas que cuidar. Se enseña y se sentencia que esto no impide la posesión del

1 Durantón, t. XVIII, p. 607, núm. 531 y todos los autores.

2 Aix, 21 de Febrero de 1840 (Daloz, en la palabra *Empeño*, núm. 2113) En el mismo sentido y en términos absolutos Burdeos, 26 de Mayo de 187. (Daloz, 1876, 2, 23).

acreedor. (1) Esto es lógico una vez admitido el principio. Pero la consecuencia testifica contra el principio. La posesión del acreedor será una posesión ficticia que se llamaba antaño simbólica: tiene las llaves, pero es el deudor quien continúa poseyendo para el público; para con los terceros nada ha cambiado. En un caso idéntico, pero en el que no se habían entregado las llaves, fué sentenciado que el acreedor prendista no podía ejercer su privilegio porque nada denotaba la existencia de su posesión. (2) ¿Qué cambia á las cosas la entrega de las llaves?

475. Según el art. 1606 la entrega se opera por el solo consentimiento de las partes si la transmisión no puede hacerse en el momento de la venta ó si el comprador las toma ya en su poder por otro título. ¿Habrá en este caso posesión del acreedor en el sentido del art. 2076 con los efectos que la ley le atribuye? En nuestro concepto no, puesto que no se operó ningún cambio de posesión aparente, cuando menos, y de naturaleza á advertir á los terceros. Los autores distinguen: en la primera hipótesis no admiten que haya posesión en favor del acreedor prendista mientras que lo admiten en la segunda. Pothier dice que si el acreedor poseía como depositario y si por la constitución de prenda conviene en poseer como prendista se *finge* que el acreedor ha devuelto la cosa que tenía en depósito y que la recogió luego á título de prenda. (3) ¿Preguntamos si esta *ficción* enseña algo á los terceros y si es á una posesión *ficticia* á la que la ley liga la existencia del privilegio?

476. La condición prescripta por el art. 2076 se aplica también al empeño de muebles no corporales; esto es lo que la ley indica por estas palabras: *en todos los casos* (número 469). ¿Por qué además de la notificación del acta de

1 Denegada, 11 de Agosto de 1842 (Daloz, en la palabra *Empeño*, núm. 123) Pont. t. II, p. 617, núm. 1126.

2 París, 26 de Mayo de 1841 (Daloz, en la palabra *Empeño*, núm. 93).

3 Pont, t. II, p. 618, núm. 1128.

empeño prescribe la ley la posesión del acreedor prendista? Porque la notificación es insuficiente para indicar el cambio de posesión. Es verdad que legalmente la notificación da posesión al acreedor prendista para con los terceros, pero de todos éstos sólo el deudor del crédito es el directamente avisado por la notificación, los demás pueden ignorarla, y la ignoran casi siempre. Sin embargo, la ley quiere que el acreedor prendista tome posesión pública de su crédito, y como no organizó publicidad análoga á la de los privilegios, tuvo que apegarse á la notoriedad de hecho resultante del cambio de posesión. La publicidad es aún más difícil de organizar para los muebles no corporales que para los corporales; la ley prescribe los únicos medios por los cuales el cambio de posesión se manifiesta: primero, la notificación del acto de empeño, y luego la tradición del crédito que transmite la posesión del derecho al acreedor prendista. Esto prueba que la posesión desempeña un papel capital en el empeño; desgraciadamente es aún más difícil, en materia de muebles no corporales, dar á la posesión el carácter de notoriedad que la ley desea por interés de los terceros. En definitiva, la ley no alcanza su objeto: hay un vacío que señalamos al legislador.

La jurisprudencia ha consagrado el principio que acabamos de establecer; mejor dicho, sólo aplicó el texto del artículo 2076 decidiendo que la constitución de prenda no confiere ningún privilegio al acreedor en el crédito si no ha sido puesto en posesión conforme á la ley. (1) En estos términos no se concibe que la cuestión haya sido llevada ante los tribunales, puesto que la decide el texto del Código. Hé aquí un caso en el que, por razón de las circunstancias del hecho, fué sentenciado que no habiéndose cumplido la condición prescripta por la ley no había privilegio. Préstamo de 3000 francos con estipulación de que los esposos tomadores

1 Lieja, 15 de Mayo de 1810 (Dalloz, en la palabra *Empeño*, núm. 136).

transmiten y delegan, á título de empeño, una suma necesaria y suficiente en un capital de 8000 francos que se les debía por precio de un inmueble vendido. El acta añade que los tomadores se obligan hacia el prestamista á ayudarle, en caso necesario, á su primer pedimento y bajo recibo del testimonio del contrto; en fin, se dice que la delegación se notificaría á los adquirentes á costas de los tomadores. La notificación tuvo lugar con esta explicación: que la hacían de conformidad con el art. 2075 para asegurar el privilegio del prestamista en el capital dado en prenda. La sentencia relata estos hechos para establecer que la intención de las partes era hacer un empeño. Pero faltaba un elemento esencial para la perfección del contrato: esto es, la tradición y la puesta en posesión del acreedor prendista. En efecto, la tradición hubiera debido operarse por la entrega del título, y el título había permanecido en poder del deudor, quien sólo se había obligado á ayudar al acreedor. Se decía, en favor del acreedor, que el título había permanecido en depósito en casa del notario redactor del acta, y se invocaba el art. 2076 que permite que la prenda se entregue á un tercero convenido por las partes. La Corte de Bourges contesta que no basta, según la ley, que el título haya permanecido en poder de un tercero, que se necesita, además, que este tercero sea un depositario convenido entre las partes; y en el caso no había habido ninguna convención á este respecto. En definitiva, el acreedor no había sido puesto en posesión, luego no tenía privilegio. (1)

477. Resulta del art. 2076 que el empeño de un crédito se hace imposible cuando el crédito no consta en un título; en efecto, en este caso es imposible que el acreedor entre en posesión de la prenda, y sin esta condición no hay empeño ni privilegio. La jurisprudencia lo decide así y esto no es du-

1 Bourges, 9 de Junio de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 252).

doso. (1) Según el art. 2076 el privilegio sólo existe en los muebles no corporales cuando la prenda fué entregada en poder del acreedor; ¿y cómo adquiere el acreedor la posesión del crédito? Los arts. 1607 y 1689 contestan á la pregunta. Según el art. 1607 la tradición de los derechos no corporales se hace por la entrega de los títulos; el art. 1689 dice en términos generales que en la translación de un crédito, de un derecho ó de una acción contra un tercero la entrega se opera entre el cedente y el cesionario por la entrega del título. De esto concluye la Corte de Bruselas que la disposición efectiva de aquel que empeña créditos y la posesión de su acreedor no pueden operarse más que si están establecidos por títulos y si estos títulos se entregan á los acreedores prendistas. En el caso el acta de empeño decía que el tomador daba al prestamista todos los poderes para *regularizar* la puesta en posesión, por *notificaciones* extrajudiciales, por cualquier otro acto. Esto probaba que cuando el empeño la entrada á posesión no había tenido lugar, el acreedor prendista no probaba que antes de la sentencia declarativa de quiebra del tomador los créditos dados en prenda estuvieran comprobados por títulos y que dichos títulos hubieran sido entregados al acreedor ó á un tercero convenido entre las partes. Lo que era decisivo. (2)

La Corte de Lyon se pronunció en el mismo sentido, y explica muy bien el motivo por el que la ley se muestra rigurosa. En el caso el marido había empeñado la acción de repetición que tenía contra su mujer por reposiciones de los inmuebles dotales. La condición requerida por el artículo 2076 para la validez de la prenda no había sido cumplida, y no podía serlo, puesto que se trataba de un crédito sin títulos. Semejante acción no puede ser empeñada, con-

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 705, y nota 20, pfo. 432. Pont, t. II, p. 623, número 1132.

2 Bruselas, 3 de Febrero de 1873 (Pasicrisia, 1873, 2, 117).

servando el deudor necesariamente la posesión, lo que sería una verdadera constitución de hipoteca mobiliaria sin tradición real; y la ley ha sabiamente prohibido lo que tal contrato pudiera traer de fraudes sin fin. Nada hubiera impedido al tomador dar á veinte acreedores la misma prenda que ya tenía dada al primer prestamista; el único medio, dice la Corte, de impedir estos abusos es exigir la tradición de los derechos muebles; esta tradición reemplaza, en materia de empeño, la publicidad que la ley prescribe para las hipotecas. (1)

478. Según los arts. 1607 y 1689 la tradición y la puesta en posesión se hacen por la entrega del título. ¿Qué entiende la ley por título? Es el acta privada ó auténtica en que consta el crédito. Cuando el acta es privada el original es el que se entrega á los acreedores. El original del acta auténtica permanece en poder del notario, el que entrega á las partes un testimonio. Acerca de este punto se presenta una dificultad. ¿Debe el testimonio entregarse al acreedor prendista ó basta la entrega de una copia? Si la cuestión pudiera decidirse en teoría habría que exigir la entrega del testimonio. La Corte de Lieja ha dado de ello excelentes razones. La desposesión del deudor y la entrada en posesión del acreedor deben tener lugar de un modo completo, positivo y no equívoco, con el fin de que este cambio de posesión pueda útilmente advertir á los terceros que la cosa empeñada cuya propiedad conserva el deudor está afecta á un privilegio. Y la entrega de las copias no alcanza este objeto. En efecto, la ley no limita el número de las copias simples que el notario está autorizado á dar á las partes; cada copia de una misma acta podría, pues, servir de prenda para un acreedor de mala fe, de donde resultarían posesiones rivales de perfecta equivalencia. (2)

1 Lyon, 31 de Enero de 1839 (Dalloz, en la palabra *Empeño*, núm. 106).

2 Lieja, 31 de Diciembre de 1859 (Pasicrisia, 1860, 2, 133).