

establecerse por la correspondencia de las partes, por sus libros y aun por la prueba testimonial. En cuanto á la fecha del acta, que según el Código Civil tenía que ser establecida por el registro, la ley belga dice que la prueba de la fecha del empeño incumbe al acreedor y que puede ser hecha por todos los medios de derecho.

491. La ley francesa de 23 de Mayo de 1863 sienta también en principio que el empeño mercantil no queda sometido á ninguna formalidad: se prueba para con los terceros, como entre las partes contratantes, conforme á las reglas del art. 109 del Código de Comercio. Pero esto es verdad sólo para los muebles corporales y los valores al portador. Si se trata de un efecto negociable ó á la orden el empeño puede probarse, aun para con los terceros, por un endose ordinario, indicando que este documento se entrega á título de garantía. Asimismo las acciones, los partes de intereses, las obligaciones de comercio ó de industria cuya translación se opera por un traslado en los libros de la sociedad pueden también empeñarse por medio de un traslado, á título de garantía, en dicho registro. Estas disposiciones excepcionales son ya aplicables y la ley civil vuelve á su imperio si el título empeñado no es negociable por endose ni transmisible por traslado en los libros de una sociedad. (1)

*SECCION II.—Derechos y obligaciones del acreedor prendista.*

§ I.—DEL PRIVILEGIO.

492. El privilegio es el objeto esencial de la convención de prenda. Según el art. 2073, que define el empeño, confiere al acreedor el derecho de hacerse pagar en la cosa que es su objeto por privilegio y con preferencia á los demás

1 Aubry y Rau, t. IV, ps. 768 y siguientes, pfo. 433. Pont, t. II, p. 609, núms. 1115 y 1119.

acreedores. El art. 2101, que enumera los créditos privilegiados en ciertos muebles, coloca entre estos créditos el que posee el acreedor en la prenda (Ley Hipotecaria, art. 19, núm. 3). El privilegio del acreedor prendista difiere de los privilegios generales. Según el art. 2095 (Ley Hipotecaria, art. 12) el privilegio es un derecho que la *calidad del crédito* da á un acreedor de ser preferido á los demás acreedores. El empeño no da un privilegio por razón de la calidad del crédito, pues todo crédito, favorable ó no, puede ser garantizado por una prenda y toda prenda da un privilegio cuando el acreedor cumplió las formalidades prescritas por la ley. (1) A diferencia de los demás privilegios el del acreedor prendista procede de la convención, luego de la voluntad de las partes contratantes; mientras que en principio no depende de las partes crear privilegios; la ley, y sólo ella, es la que determina si un crédito merece ser privilegiado. A este respecto el privilegio del acreedor prendista se parece á la hipoteca convencional más bien que al privilegio: por esto se le ha llamado una *hipoteca mobiliar*. (2) Esto es dar una idea inexacta del derecho que tiene el acreedor prendista; la hipoteca implica que el deudor conserva la posesión de la cosa hipotecada, mientras que la condición esencial requerida para la existencia del empeño y del privilegio que de él resulta es que el deudor se desposee de la cosa y que el acreedor entra en posesión de ella. El privilegio del acreedor prendista es, pues, en definitiva, un derecho real de preferencia ligado á la posesión de la prenda; esto es lo que marca el art. 2101 diciendo que el acreedor tiene un privilegio en la prenda que posee (Ley Hipotecaria, artículo 19, núm. 3).

493. El privilegio del acreedor prendista es un derecho real como todo privilegio. Volveremos á ello en el título

1 Durantón, t. XVIII, p. 582, núm. 508.

2 Pont, t. II, p. 581, núm. 1084.

que es el sitio de la materia. Por ahora consideramos el derecho del acreedor prendista en sí mismo en sus relaciones con el deudor. El art. 2079 dice que el deudor permanece propietario de la prenda, que ésta sólo queda en poder del acreedor como un depósito que le asegura el privilegio. La palabra *depósito* no debe traducirse á la letra; el depositario no tiene ningún derecho real en la cosa, no la posee, la detiene á título precario. Sucede muy distintamente con el acreedor prendista: tiene un derecho real en la cosa, la posee con este título, y si pierde la posesión á consecuencia de un robo ó de pérdida de la cosa tiene una acción real contra el posesor análoga á la del propietario (núm. 485). Si la ley dice que el acreedor prendista no tiene más que el depósito de la cosa es para señalar que no puede usar de ella aunque tenga su posesión. A este respecto el derecho del acreedor prendista difiere de los demás derechos reales acompañados de posesión; el usufructo, la servidumbre, el enfiteusis, la superficie, dan un derecho en la cosa, derecho que implica la facultad de usarla y gozar de ella. Si sucede distintamente con el acreedor prendista es porque su posesión tiene un objeto único: el de garantizar el pago de lo que se debe; la posesión reemplaza la publicidad de la hipoteca dando al acreedor el derecho de hacer valer contra los terceros la preferencia que se liga á la prenda; además, no resulta de ello ningún derecho inútil para el acreedor.

La disposición del art. 2079 es de la esencia del empeño. Si la convención intervenida entre las partes tuviera por objeto transferir la propiedad de la cosa al pretendido acreedor prendista habría venta, no habría empeño. La Corte de Casación de Bélgica lo sentenció así en un caso en que unas obligaciones de ferrocarril habían sido vendidas bajo condición de que en los seis meses el acreedor las retrocedería y que el vendedor se obligaba á recogerlas. El recur-

sante sostenía que la pretendida venta era un empeño y que el contrato era nulo por inobservancia de las formalidades prescriptas por la ley. Esto era desconocer los términos de la convención que presenta todos los caracteres de la venta y debía producir sus efectos; era translativa de propiedad, lo que excluía el empeño. (1)

494. ¿Hay excepción á estos principios cuando el deudor empeña en un establecimiento de Banco efectos al portador como garantía de los anticipos ó préstamos que se le hacen? En los usos mercantiles el banquero que recibe en prenda los títulos al portador se considera como propietario de dichos valores en este sentido: que tiene el derecho de negociarlos; sólo es deudor de títulos de la misma especie. Este poder de disposición está en oposición con el art. 2079, pero nada impide que las partes contratantes deroguen esta disposición; esto ya no sería un empeño propiamente dicho, pero no por esto dejará la convención de ser válida. Queda por saber cuándo hay convención autorizada al prestamista para que disponga de los títulos que recibe en prenda. La cuestión se ha presentado en un negocio célebre: el de Mirés, Director de la Caja de los Ferrocarriles. Condenado por la Corte de París á cinco años de cárcel por abuso de confianza y robo, fué absuelto por la de Douai, á la que fué devuelto el negocio por haber sido casada la sentencia de París por vicio de formas. La Corte de Douai invocaba, sobre todo, la intención del banquero tal como se manifestaba por los hechos. Al recibir el depósito de los valores el prestamista no daba recibo indicando el número de cada título que se le entregaba en prenda; el recibo contenía una columna distinta titulada *designación* y nunca se mencionaba en ella el género de los títulos. Existía, pues, un acuerdo entre el prestamista y los depositantes; éstos se obligaban sólo á devolver títulos de igual clase; por tanto, podía

1 Denegada, 26 de Julio 1872 (Pasicrisia, 1872, 1, 452).

disponer de los que había recibido; era deudor de un género y no de un cuerpo cierto y determinado.

Esta sentencia fué casada, por interés de la ley, por la Corte Criminal. La Corte comprueba que, según sus estatutos, la sociedad hacía anticipos sobre depósitos de garantías ó de empeño; las partes que ocurrían á la caja para obtener estos anticipos formaban, pues, salvo estipulación contraria, el contrato que los estatutos mismos indicaban; entregaban sus títulos para cubrir los anticipos que recibían; por consecuencia, se formaba entre la caja y los depositantes un contrato de empeño; la consecuencia es que la caja no tenía el derecho de disponer de los títulos. El art. 2079 es terminante: el deudor que da valores en prenda permanece propietario de ellos, y el acreedor sólo tiene el depósito de la prenda; y el depositario no puede, seguramente, disponer de las cosas; poco importa que sean cosas consumibles; dejan de serlo por el depósito que de ellas se hace; luego la caja se hacía deudora no de título de la misma especie sino de los mismos títulos que recibía. (1)

495. Al mismo tiempo que el proceso criminal se perseguía uno de los numerosos tomadores sobre prenda había demandado al Director de la Caja ante los tribunales civiles. Había entregado á la caja acciones de ferrocarril contra recibo que no indicaba los números de las acciones depositadas y que sólo daba á conocer su naturaleza y número; una cuenta corriente había sido abierta al depositante, cuenta en la que la caja había sido cargada con las acciones que se le habían entregado y se le habían abonado sus anticipos. El 2 de Mayo de 1859 el Director de la Caja le dió aviso, así como á un gran número de sus clientes, que sus acciones habían sido vendidas á la cotización del día; y las acciones habían sufrido en aquel momento una baja enorme á consecuencia de los temores de una guerra ge-

1 Casación, Cámara Criminal, 28 de Junio de 1862 (Daloz, 1862, I, 395).

neral; el producto de la pretendida venta llegaba á 84,972 francos 50 céntimos. El depositante sostenía que las acciones habían sido realmente vendidas el 1.º de Septiembre de 1856 á una cotización mucho más elevada; pedía, en consecuencia, que la caja tuviera que pagarle una suma de 42,173 francos 30 céntimos que formaban su crédito, deduciendo los anticipos que tenía recibidos. La Corte de París le dió gane en la causa, y en el recurso, admitido por la Sala de Requisiciones, intervino una sentencia de denegada de la Cámara Civil pronunciada después de deliberación en Cámara de Cosejo.

Se ha dicho que hay una diferencia de doctrina entre la sentencia de la Cámara Criminal y la de la Cámara Civil. El proceso civil hizo surgir la cuestión de saber si el cliente que deposita acciones en un Banco, en prenda y como garantía de los adelantos que recibe, da al Banco el derecho de disponer de ellas con cargo de devolver acciones de naturaleza y calidad semejantes. Es cierto que una convención de esa naturaleza puede formarse por las partes interesadas; la sentencia atacada no decidió lo contrario, como lo pretendía el recurso; declaraba, en efecto, que semejante convención no existía. En vano el demandante decía que la falta de una convención expresa, el abandono por el depositante de su derecho de propiedad, resultaba implícitamente del hecho único del depósito efectuado en la caja. La Corte contestó que á nadie se considera que renuncie tácitamente á su derecho de propiedad; menos se puede admitir el abandono tácito en una convención de empeño; los títulos entregados al prestamista sólo sirven de garantía; solamente cuando el tomador no reembolsa los adelantos es cuando há lugar á proceder á la venta de la prenda conforme á la ley. Tal es el derecho común; las partes pueden derogarlo, pero el que pretende que hay derogación debe probar que el contrato formado por las

partes no es de empeño, que es una convención translativa de propiedad de los valores depositados. Y de hecho la caja no probaba que la convención formada era de esa naturaleza. Lo cual es decisivo. El depositante queda propietario; el acreedor prendista no podrá enajenar los valores más que conforme al art. 2078. Enajenando las acciones sin observar las formalidades prescriptas por la ley la caja había vendido la cosa de otro y el propietario despojado así tenía fundamento para reclamar el producto de la venta de la cosa.

Acerca de este punto el recurso hacía objeciones singulares. Estaba comprobado que la pretendida venta anunciada por circular en el momento en que los valores estaban en baja no había tenido lugar; la sentencia atacada calificaba este acto de ficticio y mentiroso, realmente se habían vendido las acciones en Octubre, Noviembre y Diciembre de 1856, á un tipo mucho más elevado. Lejos de dar á conocer á su cliente esta venta la caja continuó ministrándole cuentas en cada trimestre en las que abonaba á su crédito intereses y dividendos producidos por las dichas acciones, como si aún las poseyera la caja. ¿Qué importa? decía el recurso. Todo lo que resultaba es que la caja debía devolver las acciones en igual cantidad y naturaleza, ya hubiese alta ó baja. La Corte de París había de antemano contestado este argumento, por el que un timador quería legitimar su expoliación; no se podría admitir, dice, que el detentor que sin derecho y en menosprecio de sus compromisos vendió la cosa á otro pueda sacar provecho del acto que lo hace culpable; semejante resultado sería contrario á la moral y á la justicia. El timador insistía diciendo que si el depositante sacaba provecho de la venta hecha en 1856 resultaba que tendría un beneficio con el que no había contado al contratar y que no habría tenido si los títulos no se hubieran enajenado. Si hay un beneficio, con-

testa la Corte, ¿á quién debe aprovechar: al timador ó al timado? La posición de aquel cuya cosa se ha vendido sin derecho, contra su voluntad, ciertamente es preferida á la del detentor que ha enajenado abusando y violando los compromisos que había contraído. (1)

496. Del principio de que el acreedor prendista sólo tiene el depósito la cosa se sigue que no la puede empeñar. Entre las partes contratantes el empeño sería nulo porque se empeña la cosa de otro (núm. 440). Distinta es la cuestión de saber si el acreedor á quien se ha entregado la cosa puede oponer su derecho al propietario que promoviera en reivindicación. Sí, cuando es de buena fe; nó, si es de mala fe. Esta es la aplicación del principio establecido por el artículo 2279. (2) El principio será explicado en el título *De la Prescripción*.

497. Del principio de que el empeño no es más que un depósito en manos del acreedor se sigue también que el prendista nunca puede prescribir la propiedad de la prenda, pues que es poseedor precario; y todos los que detienen precariamente la cosa del propietario no pueden prescribirla (artículo 2236). En vano se diría que el acreedor prendista tiene un derecho real y que á este título no es poseedor precario; la ley considera como tal al usufructuario que también tiene un derecho real; detiene precariamente la cosa porque está obligado á restituirla en virtud de su título mismo; y tal es también la posición del acreedor prendista; se debe, pues, decir, con el art. 2236, que poseyendo por otra no se prescribe por cualquier lapso de tiempo que sea.

Se presenta otra dificultad en materia de prescripción. El acreedor poseedor de la prenda no promueve contra el deudor porque no tiene interés en hacerlo. Si esta inacción durara

1 Denegada, Cámara Civil, 26 de Julio de 1865 (Dalloz, 1865, I, 484). Compárese Pont, t. II, p. 640, núm. 1151.

2 Pont, t. II, p. 649, núm. 1165.

treinta años ¿podrá el deudor invocar la prescripción extintiva? Nó, la prenda es una garantía de la deuda; luego en tanto que el deudor deja la prenda en manos del acreedor reconoce la existencia de la deuda, y este reconocimiento impide la prescripción (art. 2243). (1)

498. El principio de que el acreedor prendista no tiene más que el depósito de la cosa aun tiene otra consecuencia: que no puede usar de ella; en efecto, el depositario no puede (art. 1930) servirse de la cosa depositada sin el permiso expreso ó presumido del depositante. Es verdad que, á diferencia del depositario propiamente dicho, el acreedor prendista tiene un derecho en la cosa; pero este derecho tiene un objeto especial: asegurar su privilegio poniendo al deudor en lá imposibilidad de enajenar la cosa en perjuicio del acreedor; la posesión del prendista remplace el derecho de promoción que la hipoteca da al acreedor hipotecario; pero, por lo demás, el prendista, como el acreedor hipotecario, sólo tienen el derecho de goce.

El art. 2082 consagra una consecuencia de este principio. En general el deudor no puede reclamar la restitución de la cosa sino después que ha pagado la deuda. Hay excepción, dice el art. 2082, cuando el detentor de la prenda *abusa*. ¿Qué se entiende aquí por abuso? No un goce abusivo como el del usufructuario (art. 618), puesto que el prendista no tiene derecho para gozar, á menos que el deudor le haya dado su permiso; y en este caso es por demás decir que se debe limitar á la facultad que se le ha dado. Fuera de este caso el solo hecho de usar de la cosa es un abuso, puesto que el acreedor hace lo que no tiene derecho de hacer.

El Relator del Tribunado liga la disposición del art. 2082 á la obligación que incumbe al acreedor de vigilar por la

<sup>1</sup> Durantón, t. XVIII, p. 629, núm. 533. Aubry y Rau, t. IV, p. 714, nota 15, pfo. 434.

conservación de la cosa. (1) Esto no es exacto; el acreedor debe conservar la prenda porque está obligado á restituirla y es responsable de culpa cuando la cosa perece ó se deteriora. Lo que nada tiene de común con el uso indebido que el prendista hace de la cosa; si usara de ella con todos los cuidados de un buen padre de familia no dejaría por esto de ser culpable de abuso, pues es abusar hacer lo que no se tiene el derecho de hacer. Aun se da otra razón del art. 2082, que no es mejor. El deudor, dicen, puede pedir la restitución de la prenda, en caso de abuso, por aplicación del principio de que la condición resolutoria está subentendida en los contratos á título oneroso para el caso en que una de las partes no satisfaga su compromiso. (2) Este es un error que la ley condena; el art. 1184 subentiende la condición resolutoria no en los contratos á título oneroso sino en los sinalagmáticos; no se puede, pues, tratar de la condición resolutoria en el empeño, puesto que este es un contrato unilateral.

¿Cuál será la consecuencia del abuso? El deudor tiene el derecho de pedir la restitución de la cosa, lo que priva al acreedor del derecho de retención y del privilegio ligado á la posesión. Por esto el acreedor pierde su prenda, como lo dice el Relator del Tribunado. Gary agrega que no se puede pedir otra, lo que está por demás; está decaído de su derecho porque ha abusado, y la pena que la ley impone ciertamente que no es título para pedir una prenda nueva.

499. El principio que prohíbe al acreedor prendista usar de la cosa recibe excepción cuando la cosa dada en prenda es un crédito de interés: el acreedor debe en este caso cargar los intereses sobre lo que pueda deberse ó al capital. Esta obligación implica el derecho para el acreedor de percibir los intereses. ¿Por qué la ley le concede este derecho

<sup>1</sup> Gary, Informe núm. 16 (Loché t. VIII, p. 106).

<sup>2</sup> Pent, t. II, p. 661, núm. 1189.