

434. La nueva ley agrega algunas disposiciones que mejoran la antigua legislación, disminuyendo su rigor. Desde luego la prisión por deudas sólo há lugar para una suma que no exceda de 300 francos (art. 4). Después su duración, que la fija la sentencia según la gravedad de la falta cometida y la extensión del daño que se ha de reparar, no puede pasar de un año (art. 5). En fin, la ley prohíbe pronunciar la prisión por deudas contra las personas civilmente responsables del hecho, contra los que alcanzaron los setenta años de edad, contra las mujeres y los menores y contra los herederos del que puede ser aprehendido (art. 6).

En cuanto al procedimiento trasladamos á las disposiciones de la ley de 21 de Marzo de 1859, mantenidas por la nueva ley (art. 8).

TITULO XVIII.

(TITULO XVII DEL CÓDIGO CIVIL.)

DEL EMPENO. (1)

435. «El empeño es un contrato por el que un deudor entrega una cosa á su acreedor para la seguridad de la deuda» (art. 2071). Síguese de esto que el empeño es un contrato real, á diferencia de la hipoteca, que no hace pasar al acreedor la posesión de la cosa. Pothier lo ha hecho notar. (2) La diferencia procede de la misma esencia del empeño. El objeto de este contrato es el de ofrecer al acreedor una garantía para su pago; cuando es una cosa mueble la que se da para el pago de la deuda la cosa queda afectada de un derecho real que da al acreedor el derecho de hacer que le paguen en el precio de preferencia á los demás acreedores. El ejercicio de este privilegio se haría imposible é ilusorio si el acreedor no fuera poseedor de la cosa; en efecto, el deudor al enajenarla haría ineficaz el derecho del acreedor no pudiendo los muebles ser perseguidos (art. 2119, Ley Hipotecaria, art. 46). Para que el empeño dé una garantía ver-

1 Pothier, *Del Empeño*, caps. IV y V del *Tratado de las Hipotecas*. Troplong, *Del Empeño*, 1 vol. en 8.º [París, 1847]. Pont, *De los pequeños contratos* [t. II, París, 1867].

2 Pothier, *Del Empeño*, núm. 208.

dadera al acreedor es necesario que éste tenga la posesión de la cosa. En cuanto al empeño inmobiliario la ley dice (artículo 2085) que el acreedor no adquiere por este contrato más que la facultad de percibir los frutos del inmueble, con cargo de imputarlos anualmente en los intereses y en el capital; la garantía que ofrece la anticresis supone también que el acreedor está en posesión de la cosa. No sucede lo mismo con la hipoteca; la seguridad que ésta da al acreedor consiste en mandar vender el inmueble y pagarse en el precio con preferencia á los demás acreedores; no es necesario para esto que la cosa esté en poder del acreedor, puesto que la hipoteca da el derecho de promoción.

436. Resulta también de la definición del empeño que esto es un contrato accesorio que tiene por objeto asegurar el pago de una deuda principal, así como la caución; hay otra diferencia: es que la seguridad que ofrece el caucionante está ligada á la persona y á su solvencia. Gary, el Relator del Tribunalado, dice que la mayor parte de las transacciones de la vida civil se aplican á esta verdad enunciada con tanta precisión por una ley romana: que hay más seguridad en los bienes que en las personas. Tal es el objeto del empeño, así como el de la hipoteca. Gary añade que no es una mera convención ni una mera liga la que se forma tomando y concediendo una seguridad real, que sólo se asegura la ejecución del compromiso contraído por el empeño que estrecha la liga ya formada. (1) Esto es expresar mal un pensamiento verdadero en el fondo. El Relator quiere establecer el carácter accesorio del empeño; es seguro que si no hubiera contrato principal el empeño no crearía ninguna liga entre el deudor y el acreedor; el contrato sería sin objeto, puesto que nada habría que asegurar. Pero no es exacto decir que el empeño no supone una nueva convención; se forma por el concurso de consentimientos,

1 Gary, Informe, núm. 1 (Loché t. VII, p. 103).

como todos los contratos. Esto puede hacerse á la vez que el contrato principal; hay en este caso dos contratos, uno que crea la deuda principal y el otro que tiende á asegurar su pago. El empeño puede también formarse más ó menos tiempo después de la perfección del contrato principal. En toda hipótesis supone una convención distinta, luego un nuevo concurso de consentimientos, sólo que es accesorio y, por consiguiente, regida por los principios de los contratos accesorios. La nulidad del contrato principal arrastra la nulidad del empeño; pero la nulidad del contrato accesorio no arrastra la del contrato principal. (1)

El carácter accesorio del empeño tiene una consecuencia importante en lo relativo á la competencia: el tribunal competente para el contrato principal lo es por esto mismo para el contrato accesorio. Fué sentenciado que el empeño, así como la caución, participan como accesorios de la naturaleza de la obligación principal de la que tiene por objeto asegurar la ejecución. En el caso había sido dado para la seguridad de una operación mercantil; tomaba, pues, el carácter mercantil á consecuencia de las contestaciones que surgieron en su ejecución, y sus efectos entraban, como la obligación principal, en la competencia de los tribunales de comercio. (2)

437. El empeño es un contrato unilateral, puesto que el acreedor sólo se obliga; el deudor no se obliga al dar una seguridad para el pago de la deuda. Es verdad que el deudor puede encontrarse obligado por consecuencias del empeño, por ejemplo, cuando el acreedor ha hecho gastos para la conservación de la cosa, pero esta obligación sólo es accidental; resulta de los gastos, no del contrato; esto, por sí mismo, obliga solamente al acreedor á devolver la cosa; el

1 Gante, 4 de Abril de 1872 (Pasiorisla. 1872, 2, 310).

2 Montpellier, 11 de Febrero de 1847 [Dallez, en la palabra *Empeño*, número 38].

acreedor sólo contrae, pues, una obligación principal, lo que caracteriza el contrato unilateral. Los autores llaman, sin embargo, al empeño un contrato sinalagmático porque es bilateral imperfecto. (1) Esto es una mala locución que se hiciera bien en quitar de nuestra ciencia, puesto que equivoca el sentido. ¿Se aplican al empeño las formalidades prescriptas por el art. 1325 para los escritos en que constan convenciones bilaterales? Nó, acerca de este punto todos están acordados. Luego el contrato no es sinalagmático.

Durantón observa que hay, á este respecto, algo especial en el empeño. No tiene que ser redactado en duplicado, pero ¿á quién se entregará el único original? El acreedor tiene interés en él para el ejercicio de su privilegio; el deudor también tiene interés en él para reclamar la restitución de la prenda. Durantón se decide en favor del acreedor, cuyo interés le parece mayor. (2) ¿No es esto más bien una cuestión de derecho? Al acreedor es á quien debe entregarse el acta; ¿y quién es acreedor? El que entregó la prenda; es pues, el deudor quien debe tener el escrito; y como el acreedor también ha de querer tener una prueba literal de su derecho se llega de hecho á la necesidad de redactar dos originales. Pero esto es una utilidad de hecho; en derecho no se puede uno prevalecer de ella, puesto que el contrato no es sinalagmático.

La Corte de Casación ha hecho una aplicación asaz singular de este principio. Constaba en la sentencia atacada que las partes que en apariencia habían hecho una venta tenían, en realidad, la voluntad de hacer un contrato de empeño; el contrato fué redactado en forma de carta, luego sin la observancia de las formalidades del duplicado y su mención. Cuestión de saber si el acta es válida en la forma. La Corte se pronunció por la afirmativa, ateniéndose á la rea-

1 Pont, *De los pequeños contratos*, t. II, p. 571, núm. 1067.

2 Durantón, t. XVIII, p. 590, núm. 517.

lidad de las cosas más bien que á su apariencia. (1) Esta decisión suscita dudas. Desde luego: ¿puede hacerse un empeño bajo forma de venta? Volveremos á este punto. Y suponiendo que el empeño disfrazado bajo forma de venta sea válido, ¿no deben observarse las formas del contrato bajo el que se esconde el empeño? Esta es nuestra opinión.

438. Se puede dar en empeño una cosa mueble: esto es el contrato de *prenda*. El empeño de una cosa inmueble se llama *anticresis* (art. 2072). De esto la división de la materia.

1 Denegada, 13 de Enero de 1862 (Daloz, 1862, 1, 467).

CAPITULO I.

DE LA VENTA.

SECCION I.—De las condiciones requeridas para la validez de la prenda.

§ II.—CONDICIONES GENERALES.

439. Es de principio que para constituir una hipoteca es necesario ser propietario del inmueble y ser capaz de enajenarlo (arts. 1224 y 2125, Ley Hipotecaria, arts. 73 y 74). El mismo principio se aplica á la constitución de la prenda. En efecto, la prenda es un derecho real, así como la hipoteca, y el derecho real es el desmembramiento del derecho de propiedad; constituir una hipoteca ó una prenda es, pues, consentir una hipoteca de la cosa; y se necesita tener, para enajenar particularmente, la misma capacidad que para la enajenación total. Sólo el propietario puede enajenar porque la facultad de disponer es uno de los artículos esenciales de la propiedad. Es necesario, además, ser capaz para enajenar, pues hay propietarios que, á consecuencia de su incapacidad, no pueden consentir una hipoteca ni una prenda, tales son los menores, los interdictos y las mujeres casadas.

Se da también otra razón del principio según el cual es necesario ser propietario y capaz para enajenar para cons-

tituir una prenda; es que la prenda, así como la hipoteca, conducen á la enajenación forzada. Este es el derecho del acreedor hipotecario. En cuanto al acreedor prendista no puede, en principio, disponer de la prenda, pero puede hacer que el juez ordene que la prenda le quede en pago ó que se venda en subasta. La prenda conduce, pues, á la expropiación del deudor (arts. 2078 y 2079); en este sentido empeñar la cosa es consentir su enajenación eventual; por esto debe el deudor ser propietario y capaz de enajenar.

440. Por aplicación de este principio se decide que la hipoteca de la cosa ajena es nula. ¿Sucede lo mismo de la prenda que se constituiría en la cosa ajena? En principio sí, pero en la aplicación hay diferencias que resultan de la naturaleza mobiliar de la prenda y de los principios particulares que rigen la propiedad de los muebles.

El propietario tiene un poder absoluto que ejerce hacia y contra todos; cuando se dispone de su cosa enajenándola ó gravándola con un derecho real estas actas no pueden atacar su derecho; reivindica su cosa y la persigue en manos de cualquier detentor, sin tener cuenta de las actas de enajenación ni de concesiones de derechos reales que un tercero hubiera consentido. Sin embargo, este poder absoluto sufre una grave modificación cuando la cosa es mueble. En cuanto á muebles la posesión vale título. Esta regla del derecho francés se opone á que el propietario reivindique la cosa mueble que le pertenece en manos de un poseedor de buena fe; la reivindicación sólo se admite por excepción y durante tres años si se trata de una cosa robada ó perdida. ¿El acreedor prendista puede invocar el principio del artículo 2279 contra el propietario que reivindica su cosa contra él? La afirmativa no es dudosa siempre que el acreedor sea de buena fe; es decir, siempre que ignore al recibir la cosa á título de prenda que esta cosa no pertenece al deudor; desde que el poseedor no es de buena fe y que el títu-

lo mismo de su posesión no prueba su título precario puede prevalecerse de la máxima de que en cuanto á muebles la posesión vale título; esta máxima protege á todos los poseedores que han adquirido un derecho en la cosa, ya sea como compradores, ya en virtud de un derecho real, tal como el usufructo ó la prenda. (1) Puede parecer singular que un simple derecho real prevalezca al derecho absoluto de propiedad; la razón es, como lo diremos en el título *De la Prescripción*, que hay general interés en causa: el interés del comercio y de la libre circulación de las cosas muebles. Pero el acreedor prendista no puede ya invocar la máxima del art. 2279 si es de mala fe, y es de mala fe cuando recibe en prenda una cosa que sabe no pertenece al deudor que se la entrega con este título. El propietario está admitido en este caso á reivindicar la cosa contra el acreedor prendista, como podría reivindicarla contra un comprador de mala fe. La reivindicación estaría también admitida si la cosa empeñada hubiera sido robada ó perdida. (2)

Hemos supuesto hasta aquí que el propietario reivindicaba la cosa contra el acreedor prendista. Nos queda por ver cuáles serán las relaciones entre el deudor y el acreedor á quien entregó como prenda una cosa que no le pertenecía. El empeño es nulo; ¿pero quién puede prevalecerse de la nulidad? Se entiende que el acreedor puede obligar al deudor á darle otra prenda; se aplica aquí por analogía lo que hemos dicho en el título *De las Obligaciones* acerca del artículo 1238: cuando el deudor paga una cosa que no le pertenece el acreedor puede exigir que el deudor le entregue otra cosa de la que sea propietario. Se objeta en vano que el acreedor está al abrigo de la reivindicación, puesto que la puede rechazar en virtud del art. 2279; se contesta á la

1 Compárese Burdeos, 26 de Mayo de 1873 (Daloz, 1875. 2, 28).

2 Berlier, Exposición de los motivos, núm. 9 (Loché, t. VII, p. 100) y todos los autores (Aubry y Rau, t. IV, p. 700, nota 1, p. 432. Pont, t. II, p. 576, número 1074).

objeccion que toca al acreedor solo ver si le conviene oponer la prescripción del art. 2279 ó no oponerla. En cuanto al deudor no puede repetir la cosa que entregó en prenda; no lo puede como propietario, puesto que no lo es; no lo puede en vista de la nulidad de la prenda, pues la nulidad no se establece en interés suyo; luego no puede invocarla. Es verdad que en nuestra opinión el deudor que paga una cosa de que no es propietario puede repetirla; esto es por una razón de texto que es extraña á nuestro debate. Traducimos á lo que fué dicho acerca del art. 1238 (t. XVII, núm. 499).

441. El principio de que en cuanto á muebles la posesión vale título no es aplicable más que á los muebles corporales y á los títulos al portador; diremos en el título *De la Prescripción* que el art. 2279 no se aplica á los muebles no corporales cuya propiedad sólo se adquiere por el cumplimiento de ciertas formalidades: tales son los valores nominales que se someten á una translación regular. El propietario puede, pues, reivindicarlos si han sido enajenados por un tercero no propietario; puede, por consiguiente, promover la reivindicación contra el acreedor prendista.

La cuestión fué sentenciada en este sentido por la Corte de Casación en el caso siguiente. Después de la muerte de su mujer un negociante da en prenda á su acreedor doce acciones nominales de una sociedad carbonera. Habiendo su hijo renunciado á la sucesión reivindicaron la mitad de las acciones como herederos de la madre. La Corte de Douai le dió gane en la causa. En efecto, siendo los esposos casados bajo el régimen de la comunidad las acciones, aunque en el nombre del marido, se habían vuelto copropiedad de la mujer y le pertenecían por mitad. Después de la disolución de la comunidad el marido no podía ya disponer más que de su parte en dichas acciones; dando todas las

acciones en prenda había dispuesto de créditos que pertenecían á los herederos de su mujer: éstos tenían, pues, el derecho de reivindicarlas. (1)

442. Las personas incapaces para enajenar son por esto mismo incapaces para constituir prenda. Hemos expuesto en otro lugar los principios. (2) La ley acerca de las quiebras contiene disposiciones especiales acerca de la prenda é hipoteca que el quebrado constituye antes de la declaración de la quiebra. Una vez declarada la quiebra el quebrado está desposeído de la administración de sus bienes; luego ya no puede constituir una prenda. Pero sucede a menudo que los deudores insolventes traten de procurarse un crédito dando á los prestamistas una prenda de cosas muebles; lo que disminuye en otro tanto la prenda común cuando la quiebra llega á declararse. ¿Son nulos estos empeños? Hay que distinguir. Si un empeño se constituye después de la suspensión de pagos ó dentro de los diez días que precedieron esta época el empeño es nulo y de efecto nulo porque se le presume hecho en fraude de los demás acreedores. Esto supone que la deuda era anteriormente contraída y que el objeto del empeño fué mejorar á uno de los acreedores en perjuicio de los demás. Si la prenda está constituida después de la suspensión de pagos á la vez que las partes contratan la obligación principal el acta no es nula en virtud de la ley; la validez del contrato accesorio depende en este caso de la validez del contrato principal, y éste puede ser anulado según las circunstancias; es decir según que fué hecho de buena fe ó en fraude de los demás acreedores. (3)

1 Denegada, 17 de Diciembre de 1873 (Daloz, 1874, 1, 145).

2 Sentenciado, por aplicación de estos principios, que la mujer casada no puede dar en cuenta los efectos muebles que no le pertenecen, para una deuda contraída sin autorización marital [Casación, 12 de Enero de 1874, Daloz, 1874, 1, 153].

3 Ley belga de 18 de Abril de 1851, arts. 445 y 446. Ley francesa en el nue-

443. El art. 2071, que define el empeño, supone que es el deudor quien entrega una cosa á su acreedor para la seguridad de la deuda. Tal es, en efecto, el caso ordinario. Sin embargo, la prenda puede también ser constituida por un tercero ó por el deudor. El art. 2077 lo dice, y esto es evidente. Puedo consentir una hipoteca en mi casa para la garantía de la deuda de un tercero, puesto que soy libre de disponer de mis bienes como quiera. Por la misma razón puedo dar un mueble en prenda para dar gusto á un tercero, dice Pothier. Hay en este caso dos convenciones: primera entre yo y el deudor; hay una liga jurídica que procede de un mandato ó de una gerencia de negocios; luego se forma un contrato de empeño entre el acreedor y yo; no hay ninguna diferencia entre este contrato y el que el deudor forma él mismo. (1)

444. ¿Qué cosas se puede dar en prenda? En los términos del art. 2118 (Ley Hipotecaria, art. 45) únicamente son susceptibles de hipoteca los bienes inmuebles que están en el comercio y el usufructo de los mismos bienes. ¿Por analogía se debe decir que son susceptibles de ser dadas en prenda todas las cosas mobiliarias que están en el comercio? Esto es verdad en general; se necesita que las cosas estén en el comercio porque están destinadas á ser vendidas si el deudor no paga, y basta también que estén en el comercio. Sin embargo, se requiere una condición para la validez de toda prenda que viene á modificar este principio. En los términos del art. 2076 la prenda debe ponerse y quedar en posesión del acreedor; esto es esencial no solamente para la existencia y conservación del privilegio sino también para los derechos que el acreedor prendista tiene que ejercer con respecto al deudor. Trataremos más adelante del principio;

vo Código de Comercio, arts. 446 y 447. Compárese Denegada, 18 de Junio de 1862 (Daloz, 1862, 1, 424), y Pont, t. II, p. 573, núm. 1071.

1 Pont, t. II, p. 632, núm. 1141.

resulta que las únicas cosas susceptibles de ser dadas en prenda son las que pueden ser entregadas al acreedor prendista; si el deudor no puede ser desposeído de la cosa el contrato de prenda no se puede formar. La Corte de París lo juzgó así en una especie en que un panadero dió en prenda la patente ó permiso de la policía necesaria para la profesión de panadero. Esta patente ó permiso necesario para ejercer la industria, dice la Corte, constituye una facultad puramente personal de la que el propietario titular no puede un instante ser desposeído. Las partes habían tratado de disimular una posesión, notificando al prefecto de policía y al sindicato de panadería la convención de prenda, pero estas notificaciones indicaban solamente la voluntad de transmitir una especie de posesión al acreedor; es cierto que no equivalían ni á una tradición simbólica. La sentencia agrega que no se comprende más el derecho de prenda versando en un fundo de comercio ó en su clientela; ¿cómo se quiere que un panadero se desprenda de su clientela, sin el que su industria se vuelve un contrasentido? La Corte concluye que no había prenda válida ni, por lo mismo, privilegio. (1)

Se ha pretendido que las obras de inteligencia escapan al contrato de empeño. En la especie se trataba de piedras y planchas grabadas representando obras de música. La Corte de París contesta que las obras intelectuales, desde que se realizan exteriormente por la impresión, el grabado ó la litografía, constituyen una propiedad, luego un bien mobiliario á la vez incorporal y corporal, y que con este doble título el derecho y los objetos materiales que son su señal pueden ser dados en prenda. (2)

445. Las cosas incorporales pueden ser dadas en prenda; el art. 2075 lo dice implícitamente. En teoría no hay

1 París, 26 Julio de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 218).
2 París, 15 Enero de 1874 (Dalloz, 1875, 2, 43).

duda en esto: los derechos están en el comercio y son susceptibles de posesión (art. 1607). Se ha hecho una objeción en lo referente á las rentas del Estado: no son embargables, se dice, luego no susceptibles de darse en prenda. La consecuencia no es lógica; todo lo que resulta de que las rentas no son embargables es que no están sometidas á la ejecución forzada que el acreedor puede practicar en todos los bienes de su deudor; pero de aquí no se sigue que las rentas estén fuera del comercio; se las vende todos los días, luego también se las puede dar en prenda. Esta es una práctica muy usada: el acreedor, cuando el deudor no paga, tiene el derecho de hacer vender las rentas que le han dado en prenda observando las formas prescriptas por la ley de 28 Floreal, año VII. (1)

§ II.-DE LAS CONDICIONES DE FORMA PRESCRIPTAS EN INTERES DE LOS TERCEROS.

446. El efecto principal de la prenda concierne á los terceros, puesto que el objeto de las prendas es conferir al acreedor el derecho de hacerse pagar sobre la cosa que es el objeto, por el privilegio y preferencia á los demás acreedores (art. 2073). Sin embargo, la prenda produce también efecto entre el deudor y el acreedor. Por esto el deudor debe tener en cuenta al acreedor los gastos que ha hecho para la conservación de la prenda. Más adelante trataremos este asunto detalladamente. El interés del tercero ha hecho que se prescribieran las condiciones de forma en materia de prenda, como de hipotecas y privilegios. En los términos del art. 2074 el acreedor prendista no puede ejercer su privilegio sino en tanto que hay una acta pública ó privada, debidamente registrada, que contenga la declaración de la suma debida así como la especie y naturaleza de

1 París, 13 Enero de 1854 [Dalloz, 1854, 2, 93].

las cosas dadas en prenda, ó un estado anexo de sus cualidades, peso y medida. ¿Son estas formas de la esencia de la prenda de tal manera que se deban llenar para que la prenda exista? El texto mismo del art. 2074 prueba que las formas que establece se refieren únicamente á los terceros. Después de haber dicho que la prenda confiere al acreedor el derecho de hacerse pagar con la cosa que es su objeto, por el *privilegio y de preferencia á los demás acreedores* el Código agrega: «Este privilegio no tiene lugar más que cuando hay acta pública ó privada, etc.» Luego es para asegurar su derecho de preferencia por lo que el acreedor prendista debe llenar las formalidades que prescribe el art. 2074. Estas formalidades son, por consiguiente, ajenas á las relaciones que la prenda establece entre el acreedor y el deudor, independendientes del privilegio. El argumento del texto está confirmado por los trabajos preparatorios. El Relator del Tribunal dice que en cuanto á la forma se debe distinguir: «Si sólo se trata del efecto que debe tener la convención entre el acreedor y el deudor las reglas según las cuales la verdad de esta consecuencia debe ser establecida son las prescritas por la ley de contratos ó de las obligaciones convencionales en general.» Es decir, que para el acreedor y el deudor se aplica el derecho común. «Pero, dice Gary, si se debe oponer esta convención á los terceros, si el detentor de la prenda reclama en perjuicio de estos terceros el privilegio que la ley le asegura, se necesita entonces que la entrega de la prenda ó la convención de la que es efecto tengan una fecha cierta que excluya cualquiera sospecha de fraude y colusión entre el detentor y el propietario de la prenda. Sin esta precaución un deudor infiel en el momento en que viera que sus efectos muebles van á ser entregados á la ley llegaría por inteligencias criminales á substraerlos á la acción de sus acreedores.» Es decir, que el deudor insolvente cuyos muebles se van á embargar po-

dría entenderse con uno de sus acreedores para crear en su favor una prenda que no existía, substrayendo así á la acción de los demás acreedores los bienes que le entregaran; ó si existía una prenda, pero de poco valor, el deudor de mala fe, se pondría en complicidad con el acreedor prendista entregándole valores importantes que disminuyeran su patrimonio en perjuicio de la masa. Hé aquí por qué, continúa Gary, la ley quiere que el privilegio concedido al acreedor no tenga lugar más que bajo condiciones que garanticen los derechos de los demás acreedores. Esta interpretación está confirmada por la tradición; los autores del Código han tomado el art. 2074 del decreto de 1673 (título VI, arts. 8 y 9), el que nunca se había aplicado sino en interés de los terceros. (1)

447. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. Surgió un debate entre el acreedor prendista y el deudor; el privilegio del acreedor no estaba en causa: no estando interesados los terceros no promovieron. El deudor pidió la nulidad de la prenda fundándose en que el acta que comprobaba no había sido registrada. Los autores y las sentencias están acordes en decidir que el deudor no puede prevalecerse de la no observancia del art. 2074; las formas prescritas por dicho artículo se refieren únicamente al interés del tercero: sólo tienen un objeto: garantizar á los terceros contra el fraude de que el deudor, en complicidad con el acreedor, quisieran hacer en su perjuicio. Y entre el deudor y el acreedor prendista no puede tratarse de fraude; luego no se puede tratar de formalidades que tienen por objeto prevenirlos. (2)

Entre el acreedor prendista y el deudor el debate se re-

1 Gary, Informe núm. 7 (Loché t. VIII, p. 104).

2 Durantón, t. XVIII, p. 586, núm. 512. Pont, t. II, p. 592, núm. 1098. Denegada, 31 de Mayo de 1836 y 12 de Julio de 1824 (Daloz, en la palabra *Empeño*, núms. 80 y 77). Sentencia de la Guadalupe, de 1.º de Julio de 1827 (Daloz, 1874, 2, 95).

fiere sólo á la existencia de la convención cuyos efectos reglamenta la ley. ¿Cómo se prueba la convención de la prenda? Como toda convención: conforme al derecho común que rige las pruebas. ¿Se necesita una acta para probar el contrato? Nó, pues las convenciones se pueden hacer por testigos, cualquiera que sea el valor pecuniario de la cosa, cuando hay un principio de prueba por escrito. Y en materia mercantil la prueba testimonial siempre es admitida: si, pues, la prenda se dió en seguridad de una deuda comercial el empeño toma el carácter de obligación principal, la convención de prenda será un contrato comercial y, por consiguiente, la prueba se podrá hacer indefinidamente por testigos; (1) luego por presunciones cuando la ley admite la prueba testimonial. (2)

Pero desde que está en causa el interés de un tercero la prenda no se puede establecer conforme al derecho común; el art. 2074 deberá ser aplicado. Un comisionista entrega una prenda como seguridad de un préstamo hecho en su favor: tres talones de 158 pacas de lana pertenecientes á terceros exportadores. Estos reivindican sus mercancías. ¿Podrá el acreedor prendista oponerles su derecho de prenda? Ya hemos contestado con la doctrina que el acreedor de buena fe podía hacerlo con el propietario que reivindicara (núm. 440), pero esto supone establecida la prenda, y ¿cómo debe serlo cuando los terceros están interesados? Conforme al art. 2074: y en el caso ninguna de las formalidades prescriptas por la ley habían sido observadas, no había sido entregada más que una simple nota de embarque. Esto bastaba entre las partes: con respecto á los terceros se necesitaba una acta de fecha cierta, como vamos á decirlo. Luego no había prenda respeto á los terceros: por tan-

1 Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 28 de Mayo de 1864 (Pasicrisis 1864, 1, 317).

2 Denegada, 31 de Mayo de 1836 precitado, p. 438, nota 2.

to, el acreedor prendista no podía oponerse á la reivindicación. (1)

448. El art. 2074 dice: "Este privilegio no tiene lugar más que cuando hay una *acta pública ó privada*." Se necesita una acta no para la prueba sino para garantía de los intereses del tercero. Si sólo se tratara de una cuestión de prueba la ley debiera haber admitido los testimonios con un principio de prueba por escrito, puesto que en el sistema del Código esta prueba equivale á la literal. La ley no se conforma con esto, quiere una acta; el empeño toma, pues, el carácter de una acta solemne con respecto á los terceros; la acta es una condición de existencia de la prenda que ninguna otra prueba puede suplir. En vano se invocaría la confesión contra los terceros ó se les deferiría el juramento acerca de la existencia de la prenda; el juramento y la confesión no tienen lugar de acta, y sin ésta no hay prenda con relación á los terceros.

449. La ley exige una acta *pública ó privada*. ¿Qué se entiende por acta *pública*? La acta pública está en oposición á la privada, y sólo hay dos clases de actas: las privadas y las auténticas; luego por *pública* la ley debe entender una acta auténtica; mejor dicho, una acta notariada. El Código también hace uso, en otras disposiciones, de este término *acta pública*, especialmente para designar el testamento recibido por el notario (arts. 969 y 971). En principio sólo las actas recibidas por el notario tienen el carácter público ó auténtico, salvo en los casos que la ley declara competentes á otros oficiales públicos para recibir ciertas actas. Y la ley no hace ninguna excepción al derecho común en lo relativo á la prenda. Sin embargo, se enseña lo contrario: toda acta de administración pública, se dice, basta para la validez de la prenda si está hecha en el límite de sus

1 Bruselas, 28 de Julio de 1831 (Pasicrisis, 1831, p. 232).

atribuciones. (1) No vemos en lo que se funda esta interpretación. El decreto de 1673 exigía una acta notariada con minuta; el Código reemplazó esta expresión por la de *acta pública* que tiene el mismo sentido. Luego la tradición apoya nuestra opinión. Además la ley, queriendo dar un carácter solemne á la convección de prenda, debía exigir la intervención de un oficial público que, por la naturaleza de sus funciones, sabe qué formalidades deben llenarse y asegurar así la validez de la convección de prenda; no se fendería esta garantía si se conformara uno con un acto administrativo.

450. Se ha pretendido que era preciso una acta especial para que constara la convección de prenda. Esto no es serio. La ley quiere una acta pública ó privada conteniendo las declaraciones que prescribe; desde que hay una acta el deseo de la ley queda satisfecho. Ordinariamente la convección de prenda se hace al mismo tiempo que la obligación principal. En el caso el marido había constituido una prenda en provecho de su mujer para asegurar la resolución de la dote; habiendo sido constituida ésta por contrato de matrimonio era muy natural insertar en ella la convección de prenda. La Corte de Burdeos declaró válida la convección, (2) y la cuestión no tiene ni sombra de duda.

451. La ley permite que las partes redacten una acta privada, pero en este caso quiere que se registre. ¿Se pregunta si el registro es de rigor ó si basta que el acta tenga fecha cierta, conforme al art. 1328, por la muerte del que lo subscribió ó por relación de su contenido en acta notariada? La cuestión está controvertida y es dudosa. Según el rigor de los principios hay que decidir que el registro es una formalidad esencial. El registro y las demás formalidades del

1 Pont, t. II, p. 584, núm. 1088.

2 Burdeos, 8 de Junio de 1832 (Daloz, en la palabra *Empeño*, núm. 192, l. c.)

artículo 2074 están prescriptas no como prueba del contrato de prenda sino como condición de la existencia del privilegio; no se trata, pues, de la aplicación del derecho común que rige la prueba, esto es más bien una derogación del derecho común en este sentido: que la ley establece formalidades especiales que deben ser observadas para que exista el privilegio para con los terceros. Y es de principio que las condiciones exigidas para la existencia de un privilegio son de rigor no puede admitirse equivalente en esta materia. La ley quiere el registro; lo dice dos veces en el primero y en el segundo inciso: esto es decisivo. (1)

La opinión contraria está consagrada por la jurisprudencia y la enseñan la mayor parte de los autores. Citaremos una sentencia muy bien redactada de la Corte de Gante, confirmada por una sentencia de denegada de la Corte de Casación de Bélgica. ¿Por qué exige el art. 2074 que el acta privada en que consta la convección de prenda esté registrada? Esto es para dar á la prenda una fecha cierta que impida los fraudes que el deudor, de acuerdo con el acreedor, quisieran practicar en perjuicio de un tercero. Y los medios indicados por el art. 1328 dan al acta una fecha cierta, tanto como el registro; desde luego no hay ninguna razón para prescribir el registro para la existencia del privilegio para con los terceros; bastaba exigir una fecha cierta para la prenda; y las circunstancias que según el art. 1328 aseguran la fecha hacen toda antefecha imposible; la certeza de la fecha queda, pues, asegurada; ¿por qué no se conforma con esto el legislador? Bajo el punto de vista de los textos la respuesta es fácil; la ley no se conforma con la fecha cierta, como lo hace en otras disposiciones del Código Civil (arts. 1420, 1558, 1743, 1750 y 2012, núm. 1) quiere el registro. Se cuenta y se dice que hay que interpretar el texto por la voluntad del legislador, y el Tribunalado

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 701, y nota 8, pfo. 432 y los autores que citan.

explica la condición del registro en este sentido: que la convención debe siempre tener fecha cierta. En nuestro concepto los trabajos preparatorios no tienen la importancia que se les da ordinariamente. Sí es verdad que debe interpretarse el texto en rigor el Relator del Tribunado no tiene el derecho de reemplazar la palabra *registro* por las palabras *fecha cierta*; esto sería alterar la ley en lugar de exponer sus motivos. La Corte de Gante contesta también otro argumento que se había invocado en favor de la interpretación rigurosa del texto. No hay lugar á interpretación, se decía, cuando el texto de la ley es claro y terminante; el art. 2074 exige una acta registrada como condición de la existencia del privilegio; este texto no presenta ninguna duda; desde luego hay que tomarlo tal cual es. La Corte responde que esto no es exacto. Cuando una ley entendida á la letra presenta un sentido que nada explica ni significa hay que interpretar este texto por las demás disposiciones del Código que le dan un significado que la razón pueda aceptar. Y si se aísla el art. 2074 del art. 1328, si se atiende uno á la ley, que exige el registro, excluyendo los demás modos legales que dan fecha cierta á las actas, se llega á una consecuencia que el derecho y la razón desaprueban. Esta condición sería decisiva, es verdad, si se tratara de una materia en la que los intérpretes conservan su libertad de acción. Pero se trata de un privilegio y del interés de los terceros; no pertenece al intérprete cambiar las condiciones que la ley establece. La Corte de Casación sólo reprodujo los argumentos á los que acabamos de contestar. (1) La Corte de Casación de Francia se pronunció en el mismo sentido. (2)

1 Gante, 27 de Julio de 1867 y Denegada, 29 de Mayo de 1868 (Pasierria, 1858, 1, 339).

2 Denegada, Cámara Civil, 17 de Febrero de 1858 [Daloz, 1858, 1, 125] En el mismo sentido las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. IV, p. 701 nota 7, pfo. 432).

452. Una cosa es segura en medio de tanta incertidumbre: es que, admitiendo que el art. 1328 sea aplicable, esta disposición es restrictiva. En cuanto al principio trasladamos al título *De las Obligaciones*; no pudiera haber duda acerca de la aplicación del principio á la prenda siempre que se admita que el art. 2074 sólo es la aplicación del 1328. En nuestra opinión la cosa es evidente, puesto que consideramos el registro como una solemnidad prescrita para la existencia del privilegio. Fué sentenciado que la estampilla postal no basta para dar fecha cierta á la convención de prenda que estuviera relatada en una carta. (1)

453. La ley no dice cuándo debe el acta ser registrada, así como no dice cuándo debe inscribirse una hipoteca: se atiende al interés del acreedor. Mientras el acta no está registrada el acreedor no puede oponer su derecho de prenda á los terceros; está, pues, muy interesado en hacer registrar el acta inmediatamente. Si no lo hace los terceros podrán adquirir en la cosa un derecho que hará á la prenda ineficaz. Antes que el acta esté registrada un acreedor de deudas comunes practica un embargo en la cosa en manos del acreedor prendista: ¿podrá éste prevalecerse de su privilegio cuando no lo tiene y no puede adquirirlo en perjuicio del embargante? (2) Y si el deudar cayera en quiebra el registro ya no podría hacerse útilmente á partir de la sentencia que declara la quiebra, ni aun á partir de la época que fija el tribunal como siendo la de la suspensión de pagos, ó en los diez días que preceden, si la prenda hubiera sido dada para una deuda contraída anteriormente (núm. 442). (3)

454. No basta que haya una acta registrada ó teniendo fecha cierta en la opinión general; la ley quiere que el acta

1 Aix, 27 de Mayo de 1833 (Daloz, 1845, 2, 118); Montpellier, 4 Enero de 1853 (Daloz, 1854, 2, 172).

2 Denegada, 11 de Junio de 1846 [Daloz, 1846, 1, 252].

3 Durantón, t. XVIII, p. 587, núm. 513. Pont, t. II, p. 589, núm. 1092.

contenga ciertas declaraciones. Desde luego la de la suma debida; el motivo es siempre el temor del fraude y el interés de los terceros; si la suma estuviera fijada las partes podrían aumentarla fraudulentamente, ya para mejorar á un acreedor á expensas de los demás, ya para frustrar la masa común. En materia de inscripción hipotecaria el Código exige, además, que el acreedor indique la fecha del crédito, su naturaleza ó su causa, así como la época en que podrá exigirse; sería útil á los terceros conocer estas circunstancias en materia de prenda; pero como la ley no las prescribe el intérprete no las puede exigir; los privilegios dependen exclusivamente de la ley; nada puede quitarse ni agregarse; toda modificación tendería á restringir el privilegio ó á extenderlo, lo que el legislador sólo tiene derecho de hacer.

La aplicación de la ley no sufre ninguna dificultad en los casos en que es imposible determinar el monto del crédito. Hay créditos indeterminados; tal es un crédito de daños y perjuicios. ¿Bastaría para la validez del contrato de prenda que el acta mencionara el derecho á daños y perjuicios sin ninguna valuación? Nó, la ley quiere que el acta declare cuál es la *suma* debida; es, pues, necesario que las partes fijen una suma, como se hace en materia de hipoteca (art. 2132 y Ley Hipotecaria, art. 80). Si la suma no fuera determinada la prenda sería nula. Lo mismo sucedería con la apertura de un crédito; si el crédito está fijado la suma que el acreditado podrá deber será por esto mismo segura; á reserva de probar que el dinero fué ministrado. Si el crédito estuviera ilimitado la convención de prenda tendría que fijar una suma, bajo pena de nulidad; el acreedor no puede tener privilegio sino hasta concurrencia de la suma declarada en el acta, aunque el crédito sobrepasara esta cifra; tiene que tener cuidado, en este caso, de hacer un nuevo convenio de prenda. (1)

1 París, 3 de Junio de 1844 (Dalloz, en la palabra *Empeño*, núm. 90).

¿Qué debe decidirse si la obligación principal consiste en hacer? Tal sería la obligación de un agente contador. El caso se presentó por un agente de la sociedad general, el que había comprometido para la garantía de su gerencia 50 acciones industriales sin que el acta precisara el monto del crédito eventual al que podría llegar el derecho de la sociedad contra su agente. Habiendo éste quebrado los curadores sostuvieron que la constitución de prenda era nula. La Corte de Gante, y en el recurso la de Casación, se pronunciaron por la validez. (1) Esta decisión nos parece muy dudosa. El art. 2074 es terminante: «Este privilegio *no tiene lugar* más que si hay una acta conteniendo declaración de la suma debida.» La declaración es, pues, una condición esencial, sin lo que no hay privilegio. Para substraerse á la aplicación de esta disposición la Corte de Gante dice que debe entenderse del caso que sucede amenudo en que la prenda fué dada para la seguridad de un préstamo ó de cualquiera otra obligación cierta y determinada; tal era, en efecto, la hipótesis prevista por la ordenanza de 1673, de la que los autores del Código han tomado el art. 2074. El argumento histórico es débil; ¿qué importa que la ordenanza sólo haya puesto el préstamo de una suma de dinero? ¿Limita el Código la disposición del art. 2074 á tal ó cual obligación? La ley está concebida en los términos más generales; no hay indicación de la suma debida, no hay privilegio. Es imposible, dice la Corte de Gante, aplicar el artículo 2074 á una obligación de hacer. Sea; todo lo que puede concluirse es que el acreedor prendista no tendrá privilegio, y si lo quiere tener debe determinar una suma en el acta de prenda; esto no es más imposible para los agentes de Bancos que para los agentes contadores de Estado, de la provincia, del municipio ó de los establecimien-

1 Gante, 27 de Julio de 1867 y Denegada, 29 de Mayo de 1868 (Pasicrisia, 1868, 1, 339).