

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 relaciona 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 entiendo 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 (Daloz, en la palabra *Empeño*, núm. 106).

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

En teoría esto es verdad; pero ¿puede concluirse, con la Corte de Lieja, que la entrega de una copia no bastaría para oponer la tradición, que se necesita la entrega de un testimonio para que el acreedor esté realmente en posesión? Nos parece que esto es agregar á la ley. Los arts. 1607 y 1689 exigen la entrega del título, y las copias son un título; luego se satisface la ley. La Corte de Bruselas lo sentenció así, y esta decisión nos parece más conforme á los principios que la de la Corte de Lieja. En materia de privilegio debe uno atenerse estrictamente á los textos, el intérprete no puede quitarles nada, no agregarles nada. Y la ley se conforma con el título, y la copia es incuestionablemente un título; el acreedor detentor de la copia puede ejercer los derechos ligados á la prenda; está, pues, en posesión. La Corte de Bruselas confiesa que puede haber fraude, puesto que el título del crédito puede procurarse varias copias; pero el mismo inconveniente puede presentarse para el testimonio. (1) Hay una contestación más perentoria que hacer: toca al legislador tener cuenta los inconvenientes del sistema que consagra, el intérprete debe atenerse á los textos y á los principios.

479. Queda una dificultad relativa á la prueba. ¿Cómo se prueba la tradición ó entrada en posesión del acreedor prendista? El Código no se explica acerca de esta prueba de los elementos que constituyen el contrato de empeño y el privilegio que de él resulta. De esto debe concluirse, con la Corte de Bruselas, que la prueba se hace según el derecho común. Entre las condiciones del empeño figura en primera línea la existencia del crédito garantizado por el empeño; la ley no exige que este elemento esté justificado por acta pública ó privada y registrada; todo lo que el acta de empeño debe contener es la indicación de la suma debida. Si, pues, surge una contestación acerca de la existencia ó el

1 Bruselas, 30 de Diciembre de 1874 (Pasiricisia, 1875, 2, 72).

monto de la deuda habría que aplicar las reglas generales de la prueba. Se puede, por ejemplo, consentir un empeño para la seguridad de un crédito abierto, pero la indicación de la suma no prueba que el acreditado haya recibido el monto íntegro del préstamo; al acreedor toca, pues, probar la cifra de los anticipos, como la ley lo prescribe para la hipoteca de un crédito abierto (art. 80 de la ley Hipotecaria). Lo mismo pasa con la tradición; el art. 2076 se limita á establecer la condición de entrada en posesión del acreedor, no dice nada del modo de prueba; resulta de esto que el derecho común queda aplicable. (1) Puede ser muy importante establecer el momento preciso en que tuvo lugar la entrega del título, pues ya no puede hacerse hábilmente después de que los terceros han adquirido un derecho en el crédito empeñado.

480. ¿En qué época debe hacerse la tradición del título? Hay que decir de la puesta en posesión del acreedor rentista lo que hemos dicho de la notificación del acta de empeño y del registro; la ley no fija ninguna época, se atiende al interés del acreedor prendista; éste debe llenar cuanto antes las condiciones requeridas para la existencia de su privilegio si no está en riesgo de que los terceros adquieran un derecho en el crédito que le fué empeñado, y desde aquel momento no puede ya adquirir el privilegio en perjuicio de los terceros. La Corte de Casación aplicó el principio al siguiente caso. Comienza por recordar que es de la esencia del contrato de empeño que la cosa dada en prenda se ponga en poder del acreedor ó de un tercero designado; si esta cosa es un crédito es necesario que el deudor haya efectuado la entrega del título constitutivo de este crédito en una época en que tenía el derecho de empeñarlo. Y en el caso un acreedor había intervenido en una partición en nombre de su deudor, en virtud del art. 888; esta intervención constituía, por par-

1 Sentencia precitada de la Corte de Bruselas.

te del acreedor, el ejercicio de sus derechos propios en la parte de los bienes que la partición tenía que atribuir á su deudor; en consecuencia esta parte de los bienes se encontraba bajo el poder judicial; desde luego el deudor no podía empeñarla á otro de sus acreedores en perjuicio de los derechos del acreedor intervenido; es decir, que el deudor no podía ya hacer la entrega del título al acreedor prendista, pues por esta entrega dicho acreedor hubiera adquirido un derecho de preferencia en un crédito embargado en favor del acreedor intervenido. Y de hecho resultaba de las declaraciones de la sentencia atacada: primero, que la entrega de los títulos de crédito no había sido efectuada en el momento del contrato y no estaba probado que los títulos hubiesen sido entregados al acreedor prendista antes de la intervención del acreedor en la partición de que dependían dichos créditos. La conclusión es evidente. Posteriormente á la intervención del acreedor opositor la entrega de los títulos no podía ya hacerse útilmente; por consiguiente, el acreedor prendista no podía adquirir privilegio. (1) La dificultad se presenta por lo regular en materia de quiebra. Si el empeño estaba válidamente constituido antes de la suspensión de pago la puesta en posesión del acreedor, del mismo modo que la notificación del acta de empeño, si pueden ser útiles hasta el día de la declaración de quiebra: de aquí el interés del debate. Nos trasladamos á lo dicho más atrás (núm. 467).

481. La aplicación del art. 2076 da lugar á numerosas dificultades. Citaremos las decisiones judiciales referentes á la cuestión de derecho.

El derecho del contrato de arrendamiento se puede empeñar. ¿Cómo se pondrá en posesión al acreedor? ¿Debe ocupar el lugar arrendado? La Corte de Lyon y la Corte

1 Denegada, 11 de Junio de 1846 (Dalloz, 1846, I, 252).

de Casación decidieron la cuestión en diverso sentido; nos trasladamos á lo dicho atrás (núm. 461).

482. Se dieron algunas acciones en prenda y después quebró el deudor, por lo que nació un conflicto entre la masa y los acreedores prendistas. El empeño se había notificado á la sociedad, es decir, al deudor del crédito, la víspera del día en que se declaró en quiebra el deudor; en este punto el acreedor prendista estaba en regla, puesto que había estado regularmente en posesión de la prenda con respecto á los terceros antes que el quebrado hubiese sido desposeído de sus bienes y que la posesión respectiva de los acreedores del quebrado se hubiese irrevocablemente fijado. El empeño hubiera podido ser declarado nulo si se hubiese constituido en los diez días precedentes á la época de la suspensión de pagos por una deuda anteriormente contraída (Código de Comercio, art. 445). Esta no es nuestra hipótesis ni la en que fué pronunciada la sentencia de la Corte de Casación que analizamos; el empeño había sido hecho al mismo tiempo que el préstamo al deudor y por la misma acta, teniendo fecha cierta para el registro tres años antes de la suspensión de pago. Quedaba la dificultad de la tradición. Se trataba de acciones nominales en una sociedad industrial. ¿En qué consiste la acción social? preguntaba el demandante en casación. En una inscripción en los registros de la sociedad; la tradición del registro no es posible; por lo tanto, el privilegio no puede nacer. El título entregado al accionista puede ser entregado al acreedor prendista si se trataba de un documento al portador; ¿pero cómo hacer la entrega de un documento nominal? Se necesitaría una acta de translación entregada al acreedor prendista, pero esta acta no es la acción, y la ley exige la tradición del objeto empeñado. La conclusión no era, pues, admisible, pues resultaba que sí podría dar en prenda una acción nominal. La Corte de Casación juzgó que había tradición

bastante con el depósito hecho al acreedor prendista: el testimonio del contrato que había transferido al titular las acciones de la sociedad, título en virtud del cual podía ejercer sus derechos. (1)

483. ¿Cómo se hace la tradición de las acciones carboneras? Hé aquí la dificultad que se presentó ante la Corte de Casación de Bélgica. Los títulos de los accionistas consistían en el reconocimiento de sus derechos anotados en los libros de la sociedad, en que se inscribían todos los cambios notificados á ésta. La entrega de los libros al acreedor prendista era imposible, no se podía deducir que el acreedor prendista pudiese adquirir privilegio en las acciones. Hay, no obstante, un medio de poner en posesión al acreedor prendista: conforme al art. 2076 la posesión de la prenda no debe necesariamente pasar al acreedor mismo, puede conferirse á un tercero convenido por las partes. Y la parte de acción del deudor en las acciones carboneras había sido dada en prenda por acta auténtica, acta que contenía el consentimiento expreso del deudor á quien fué notificada *para valer por tradición*. La notificación sola no basta, puesto que además de estar prescripta por el artículo 2076 el 2072 quiere que el acreedor esté en posesión de la prenda. Pero en la especie la sociedad carbonera era un tercero respecto al deudor como respecto á los acreedores, y siendo la sociedad depositario del registro que formaba el título del deudor se habría convertido, por el consentimiento de las dos partes, detentora de este título para los acreedores prendistas; estos últimos habían, tomado posesión de la prenda por intermedio de la sociedad carbonera, haciéndole notificar el acta de empeño. La notificación en estas circunstancias reemplazaba la puesta en posesión y, por consiguiente, estaba satisfecha la disposición del art. 2076. (2)

1 Denegada, 19 de Junio de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 181).

2 Denegada, 26 de Diciembre 1850 (Pasierisia, 1851, 1, 324).

484. El art. 2076 admite que el acreedor prendista está en posesión cuando la prenda ha sido entregada á un tercero *convenido* por las partes. Luego se necesita una convención que establezca una liga entre los terceros y el acreedor prendista de modo que el acreedor posea por mediación del tercero. Si un tercero, el notario por ejemplo, fuese detentor del título sin que tuviese el encargo por una convención el art. 2076 no sería aplicable; es de evidencia que en este caso el acreedor no poseería el título, puesto que no habría ninguna liga jurídica entre él y los terceros. (1) Se juzgó que no es necesario que el tercero encargado del depósito de los títulos intervenga en la convención que le confiere este depósito; (2) en efecto, la ley no lo exige; basta que las partes convengan en que un tercero sea el depositario de los títulos; es obvio decir que si los terceros no intervienen en el acta de empeño debe consentir en ser depositario, puesto que debe haber una liga jurídica entre él y el acreedor prendista; y esta liga sólo se puede formar por el convenio de consentimientos.

No se debe confundir la cláusula en virtud de la que un tercero está designado para ser el posesor de los títulos en nombre del acreedor con el acta por la cual se constituye el empeño. La ley exige que el acta de empeño sea auténtica y que si es privada esté registrada (art. 2075), mientras que el art. 2076 no prescribe el registro, no exige ni la redacción de una acta para la validez de la convención que encarga á un tercero el depósito de los títulos en nombre del acreedor. Se ha juzgado que la prueba de esta convención quedaba bajo el imperio del derecho común. En vano se diría que es una cláusula del contrato de empeño y que se debe aplicar á la cláusula accesoria lo que la ley

1 Pont, t. II, p. 630, núm. 1138.

2 Rouen, 14 de Junio de 1847 (Dalloz, 1849, 2, 241).

dice de la convención principal; contestaremos que en materia de privilegio no se razona por analogía, porque sería crear formalidades y condiciones para la existencia del privilegio; y todo lo relativo al privilegio está en el exclusivo dominio del legislador, que lo establece y organiza. (1)

485. La entrega convencional de la prenda á un tercero depositario prevista por el art. 2076 no debe confundirse con la entrega que el acreedor prendista hiciera de la prenda de que es poseedor. Si la entregara al deudor renunciaría por esto mismo al beneficio de prenda; el art. 2076 es terminante, así como el 2102, núm. 2 (Ley Hipotecaria, artículo 27, 3.º): el privilegio está ligado á la posesión; desde que el acreedor deja de poseer pierde su privilegio: no hay ni empeño, puesto que no se concibe la prenda sin que el acreedor la posea (núm. 434). Pero el acreedor puede desposeerse de la prenda sin perder la posesión. Si entrega la prenda á un tercero á título de depósito, con cargo de conservar la cosa para el acreedor y devolvérsela, continuará poséyendola, puesto que posee en este caso por mediación del depositario; conserva, por consiguiente, su privilegio. Puede también suceder que pierda la posesión sin que haya un hecho voluntario de su parte; tales serían los casos en que se extraviara la prenda ó la robaran: se pregunta si el acreedor tendrá una acción contra el tercero poseedor de la cosa perdida ó robada. El propietario tiene la acción en reivindicación (art. 2279) durante tres años; es cierto que el acreedor prendista no puede reivindicar, puesto que no es propietario, pero tiene un derecho real en la cosa y, por consecuencia, una acción real: esta acción le pertenece en principio contra todo poseedor. En derecho francés no puede ejercerla contra un poseedor de buena fe, puesto que los muebles no se reivindicán, lo que excluye toda acción fundada en un derecho real; pero por excepción la ley ad-

1 París, 4 de Diciembre de 1847 (Dall'oz, 1854, 2, 260).

mite la acción en reivindicación cuando la cosa está perdida ó robada; esta acción debe aprovechar por idéntica razón á todos los que tienen un derecho real en la cosa, luego al acreedor prendista. Esta es la opinión común; (1) solamente se ha erróneamente comparado la acción del acreedor prendista á la del dador privilegiado; (2) los dos derechos no tienen nada de común: el dador puede promover por excepción del derecho común, mientras que el acreedor prendista no tiene el derecho de promoción, sólo tiene una acción real en caso de pérdida ó robo.

486. La condición establecida por el art. 2076 también recibe su aplicación en materia de empeño comercial. En los términos de la ley de 5 de Mayo de 1872 (art. 1.º) el empeño constituido en seguridad de una obligación comercial confiere un privilegio al acreedor cuando el objeto del empeño se ha puesto y permanecido en posesión del acreedor ó de un tercero convenido por las partes. Esta es la reproducción textual del Código Civil. Bajo el imperio del antiguo Código de Comercio se presentaban dificultades en el punto de saber cuándo estaba en posesión el acreedor prendista; la nueva ley zanja estas controversias. Nos limitaremos á transcribir el texto (art. 2): "Se reputa al acreedor en posesión de las mercancías cuando están á su disposición en sus almacenes ó navíos, en la aduana, en depósito público, ó si antes de llegadas posee por un conocimiento ó por un talón." (3)

487. Hay un adagio muy viejo que se refiere á la condición de posesión que acabamos de explicar. Se dice que *empeño sobre empeño no vale*. Esto significa que el deudor no puede, después de haber dado una cosa en prenda á un primer acreedor, comprometer la misma cosa en provecho de un

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 706, nota 26, pfo. 432.

2 Pont, t. II, p. 629, núm. 1137.

3 Compárese, acerca del derecho francés, Pont, t. II, 618, núm. 1129.

segundo ó subsecuente acreedor en tanto que el primero está en posesión. Hay en este punto una diferencia entre la prenda y la hipoteca. El deudor puede hipotecar el inmueble á muchos acreedores; todos tienen un derecho real, de preferencia solamente aquel cuya hipoteca está inscrita: la primera es preferida á los acreedores inscriptos después de él, su lugar lo determina la inscripción. La ley no organiza un sistema análogo para el empeño de una cosa mueble. Esto es suficiente para que se deba admitir el adagio según el cual el empeño sobre empeño no vale. Si la ley había entendido que el deudor pudiese sucesivamente comprometer la misma cosa con varios acreedores debiera haber organizado las condiciones de su concurso y modificado la condición principal del empeño; es decir, la posesión de la prenda. Esta condición establece una diferencia esencial entre la prenda y la hipoteca. El deudor que hipoteca un inmueble conserva su posesión, como también el derecho de propiedad de la cosa; y la primera concesión de derecho real no impide una nueva concesión; ambos son muy compatibles, salvo que la primera prevalezca á la segunda. No sucede lo mismo en materia de empeño; el acreedor prendista no tiene privilegio más que bajo la condición de que esté en posesión de la cosa; esta posesión excluye la del deudor y, por lo tanto, éste no puede conferir á un nuevo acreedor una posesión que pertenece al acreedor prendista. Hay una sentencia de la Corte de París en este sentido: y en dichas circunstancias la cuestión no nos parece dudosa. (1)

Decimos que en esas circunstancias há lugar á aplicar el adagio de que empeño sobre empeño no vale. Este principio es aplicable cuando la posesión exclusiva del acreedor prendista impide que la cosa poseída por él no esté afectada de nuevo empeño. Pero si el acreedor en posesión de la prenda

1 París, 12 de Enero de 1846 (Dalloz, 1851, 2, 23). Compárese París, 15 de Noviembre de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 24).

consiente en poseerla no sólo como garantía de sus derechos sino también de aquel con quien el deudor compromete la misma cosa el nuevo empeño será válido porque el primer acreedor prendista poseerá en nombre del segundo acreedor; y basta que éste posea la prenda para que el empeño sea válido; puesto que es la condición de posesión únicamente la que impide el empeño sobre el empeño. (1)

#### § V.—DEL EMPEÑO BAJO FORMA DE VENTA.

488. ¿Pueden las partes empeñar bajo forma de venta? Hé aquí lo interesante de la cuestión. La venta no está sometida á las mismas condiciones que el empeño; puede suceder que el acta nula como empeño sea válida si se considera como venta. Por esto la ley no exige para la validez de la venta una acta pública ó privada y registrada, exige un estado detallado de las cosas vendidas, de su especie y naturaleza, calidad, peso y medida. Y cuando se trata de una venta de derechos ó de créditos se conforma con una notificación de la cesión ó de la aceptación del deudor; mientras que para el empeño quiere además que el acreedor esté en posesión. Estas diferencias entre la venta y el empeño se explican; la ley, al prescribir condiciones rigurosas para la existencia del empeño y del privilegio que resulta, se preocupa del interés de los terceros queriendo impedir el fraude tan fácil de cometerse cuando el deudor quiebra civilmente. La venta se presta menos á combinaciones fraudulentas, de ordinario se hace inmediatamente por la entrega de la cosa; es raro que después de haber vendido una cosa mueble el vendedor haga una segunda venta, y cuando sucede el principio del art. 2279 basta para terminar el conflicto entre los dos adquirentes (art. 1141). En

1 Bruselas, 12 de Junio de 1850 (Pasirisia, 1851, 2, 163). Compárese Pont, t. II, p. 631, núm. 1140.

cuanto á los acreedores del vendedor no tienen ninguna acción en los bienes de su deudor desde que salen de su patrimonio por alguna venta; mientras que los acreedores conservan su derecho en la cosa empeñada en el sentido de que la cosa queda en el patrimonio de su deudor.

De aquí se sigue que en principio el empeño no se puede hacer bajo forma de venta. En vano se dirá que las partes son libres de hacer actos simulados y que la jurisprudencia valida las donaciones disfrazadas con la forma de contratos onerosos. La analogía es engañosa; la ley no prescribe formas á la donación en interés de los terceros como lo hace para el empeño. Poco importa que el bien salga del patrimonio de su deudor por venta ó por donación, mientras que tienen interés en que las formas establecidas en su interés se observen para la validez del empeño. La venta que disfraza un empeño es en general perjudicial á los terceros, lo que basta para que sea nulo el empeño. (1)

489. ¿Quiere esto decir que sea necesariamente nulo? Si la venta fuera hecha con todas las formalidades que la ley establece para el empeño los terceros no tendrían ya derecho de quejarse de la simulación porque no tendrían ningún interés en ello, y sólo es por razón de su interés por lo que el empeño es nulo cuando está disfrazado bajo forma de una venta. (2) La jurisprudencia se pronunció en este sentido.

Estas son las circunstancias en las que fué pronunciada la sentencia de la Corte de Casación de Francia. Importa anotarlas porque los hechos solos prueban que la simulación no es fraudulenta. El propietario de un navío lo vendió por acta notariada. Esta venta era simulada. Los compradores querían sencillamente conservar en el navío un privilegio

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 703, nota 13, pfo. 432. En sentido contrario, Troplong, *Del Empeño*, núms. 204 y 307.

2 Pont, t. II, p. 586, núm. 1090.

por el reembolso de anticipos hechos y por hacer para poner el navío en estado de hacerse á la mar. Estaba convenido que el vendedor permanecería propietario, que tendría solo las utilidades que resultaran de la navegación y que soportaría solo las pérdidas; los compradores debían restituirle la propiedad legal, á pedimento, después de pagarles. ¿Por qué queriendo las partes hacer un empeño prefirieron tratar bajo forma de venta? Esto es lo que nos vá á enseñar la jurisprudencia.

Habiendo muerto el vendedor aparente desde el principio del viaje el navío fué vendido y el precio depositado en manos de un escribano. Los vendedores demandaron á la viuda y á los herederos del vendedor, así como los acreedores del difunto, para reclamar el precio de la venta como perteneciéndoles. Se les opuso que la pretendida venta era un empeño y que esta acta no creaba privilegio en favor de los acreedores pretendidos vendedores. Fué sentenciado en primera sentencia y en apelación que la venta era en verdad un empeño, pero que ésta constaba por acta auténtica y tenía suficiente tradición para crear en favor de los acreedores prendistas el privilegio que reclamaban para con los demás acreedores. Recurso de casación. El acta litigiosa, dice el demandante, no es una venta, puesto que disfraza un empeño, y como tal es nula, puesto que no contiene la indicación de la suma debida, así como lo quiere el artículo 2075.

La Corte Casación comienza por establecer que el acta aparente de venta reunía todas las condiciones requeridas para la validez de este contrato. Dejamos esta parte de la sentencia que tiene por objeto contestar á la objeción sacada del art. 190 del Código de Comercio. Después la Corte agrega que el acto considerado como empeño sería válido y que atribuye, en consecuencia, á los acreedores el privilegio que resulta del empeño. Desde luego los navíos son mue-



bles y ninguna ley prohíbe darlos en empeño. Y se puede hacer de un modo indirecto lo que se tiene derecho de hacer directamente. Así se puede dar en prenda un navío bajo forma de venta; basta para la validez del empeño que el acta de venta contenga todas las condiciones exigidas por la ley para la validez del empeño y de la venta. En el caso el acta litigiosa encerraba todas las condiciones para la validez de la venta y las necesarias para el privilegio en el precio del navío, considerándolo como acta de empeño; á saber: la autenticidad, la suma debida determinada por precio de dicho navío y la naturaleza de la cosa empeñada; desde luego la dicha acta debe asegurar á los acreedores el privilegio que la ley concede al acreedor prendista. (1)

Hay una sentencia de la Corte de Rennes en el mismo sentido y pronunciada en circunstancias muy análogas; la citamos porque la Corte explica los motivos por los que las partes en lugar de hacer una acta de empeño hicieron una acta simulada de venta. Teniendo la convención de empeño por objeto un navío no puede producir su efecto sino bajo la condición de la forma de una venta. En efecto, la mutación en el acta de francisación es el único medio de operar para con la administración aduanera y para con los terceros la tradición de un navío, condición esencial de todo empeño, y el único practicable para conservar al acreedor su privilegio en la cosa. Tal es también el uso general del comercio, como lo testificaban en el caso los jueces consulares de Nantes. Si se declaraba este uso no obligatorio en sus efectos no sería posible encontrar anticipos con garantía de un navío, pues si se tuviera que entregarlo realmente al acreedor, como cualquiera otra cosa mueble, el navío permanecería inactivo bajo la detención continuada del acreedor y, por consiguien-

1 Denegada, 2 de Julio de 1856 [Daloz, 1856, 1, 427]. Compárese Denegada, 17 de Enero de 1876 (Daloz, 1876, 1, 347).

te, el deudor no podría navegar ni aprovechar el navío para pagar los anticipos que le hace el acreedor. (1)

#### § VI.—DE LA PRENDA COMERCIAL.

490. El art. 2084 dice que las disposiciones del capítulo del empeño no son aplicables á las materias mercantiles. Hemos dicho ya en qué sentido se entendía este artículo bajo el imperio del Código de Comercio de 1808; apesar de la aparente excepción del art. 2084 se aplicaban generalmente á la prenda comercial las reglas del Código Napoleón. Sólo es desde la publicación de las leyes nuevas que han sido promulgadas en Francia y Bélgica desde cuando puede decirse que el empeño comercial no está sometido á los principios del Código Civil. Siendo esta materia ajena á nuestro trabajo nos limitaremos á transcribir los textos. El art. 1.º de la ley belga de 5 de Mayo de 1872 dice así: «El empeño constituido para la seguridad de un compromiso mercantil confiere al acreedor el derecho de hacerse pagar en la cosa empeñada, con privilegio y preferencia á los demás acreedores, cuando queda probado conforme á los modos admitidos en materia mercantil para la venta de cosas de misma naturaleza y que el objeto del empeño fué puesto en poder del acreedor ó de un tercero designado por las partes.» Así la ley belga mantiene la condición de la puesta en posesión del acreedor prendista reproduciendo los términos del art. 2076. Pero ya no exige las formalidades prescriptas por los arts. 2074 y 2075: ya no hay acta ni declaración de la suma debida y naturaleza de la cosa empeñada; ya no hay notificación del acta de empeño, basta que el empeño quede probado conforme á las reglas admitidas en materia de comercio para la venta (Código de Comercio, art. 109); de modo que el empeño puede

1 Rennes, 29 de Diciembre de 1849 (Daloz, 1852, 2, 8).

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. 600, 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 prescriptas 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 poseedor 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 (Pasicrisis, 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 (Dalloz, 1862, 1, 305).

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 Consejo.

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