

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-

esta 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 posesor 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 posesor 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 posesor 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 (Dallez, 1865, 1, 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 la 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

1 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

1 Gary, Informe núm. 16 (Loché t. VIII, p. 106).

2 Pont, t. II, p. 661, núm. 1189.

aunque sea un simple depositario? El que da un crédito en prenda conserva el derecho de promover contra el deudor, puesto que queda propietario del crédito (art. 2079); pero este derecho de promover está estorbado por el empeño; si el deudor se negara á pagar los intereses el demandante estaría en la imposibilidad de obligarlo á ello, puesto que no puede probar su derecho estando el título de su crédito en manos del prendista. Debería, pues, llamar á éste en causa tan amenudo como se tratara de reclamar los intereses. El legislador ha pensado que sería más sencillo autorizar al prendista para que exigiera el pago de los intereses; el deudor del crédito empeñado no se puede quejar porque está liberado, y el acreedor que ha puesto su crédito en prenda encuentra en ello una gran ventaja, puesto que está al abrigo de la corta prescripción que la ley establece para los intereses (art. 2277). La percepción de los intereses por el acreedor prendista también aprovecha al que ha dado la prenda, puesto que lo libera parcialmente. En efecto, la ley quiere que dichos intereses sean imputados desde luego sobre los que se le puedan deber al prendista; y si la deuda en seguridad de la que se dió la prenda no causa intereses el cargo se hace sobre el capital de la deuda. Generalmente el acreedor prendista, percibiendo los intereses que pertenecen al deudor, debería entregarlos, pero siendo esta deuda de una cosa consumible se compensa con el crédito igualmente consumible del prendista. Tal es el sentido y el efecto de la imputación de que habla el art. 2081.

La ley no da al acreedor prendista el derecho de percibir el capital de la deuda; no hay iguales razones para los intereses que se perciban periódicamente hasta que se extingue la deuda. Generalmente el capital se paga de un golpe, puesto que el deudor no puede hacer el pago parcial. Y conviene que este pago se haga al que ha dado el crédito en empeño; en efecto, es de principio que el acreedor no pue-

de apropiarse la prenda (art. 2078); y tendría un medio indirecto para apropiarse de ella á título de compensación si pudiera percibir el capital. De aquí podrían resultar abusos que el legislador quiso evitar prohibiendo al acreedor apropiarse la prenda. Se ha juzgado que la cláusula del contrato de empeño que autoriza al detentor de la prenda á perseguir el reembolso de las sumas vencidas, á paso y medida de los reconocimientos tanto del capital como de los intereses, era nula, puesto que tendría por resultado conferir la propiedad de la prenda al acreedor, lo que es contrario á la disposición prohibitiva del art. 2078. (1)

Se presenta otra dificultad en la aplicación del artículo 2081. En la especie el acta de empeño no había sido registrada, de lo que se prevalecían para contestar al acreedor el derecho de percibir los intereses. Esta objeción no fué admitida; el texto del Código basta para separarla, y ya la hemos contestado. El registro es una de las formalidades que la ley prescribe para la existencia del privilegio, y el pago de los intereses nada tiene de común con el privilegio; se trata únicamente de las relaciones que el contrato de empeño establece entre las partes contratantes: ¿es el deudor ó el acreedor el que percibirá los intereses? Y si los percibe el acreedor ¿cuáles serán sus obligaciones con respecto al deudor? Tales son las preguntas que decide el art. 2081; son ajenas al privilegio; desde luego los arts. 2074 y 2075 están fuera de causa, puesto que estas disposiciones no conciernen más que al privilegio (2) (núms. 446 y 458).

## § II.—DEL DERECHO DE RETENCION.

500. La ley da al acreedor prendista un derecho de retención que no se debe confundir con el privilegio que está

1 Bourges, 5 de Junio de 1852 (Dalloz, 1854, 2, 125).

2 Denegada, 24 de Mayo de 1855, de la Corte de Casación de Bélgica (Pasaris, 1855, 1, 265).

ligado al empeño. En los términos del art. 2080 «el deudor no puede reclamar la restitución de la prenda sino después de haber pagado completamente tanto lo principal como los intereses y gastos de la deuda en seguridad de la que se dió la prenda.» El texto mismo prueba que se trata de las relaciones que el contrato de empeño establece entre el acreedor y el deudor. ¿Cuándo puede el deudor pedir la restitución de la prenda? Tal es la pregunta á que contesta el art. 2082. La respuesta es muy sencilla: las partes contratantes han tratado en fe de una prenda; si el acreedor la ha exigido es que no tenía confianza en la persona del deudor; éste, por su parte, ha consentido porque era la condición, sin la que el acreedor no habría tratado. Resulta, pues, del objeto mismo del contrato de empeño y de la intención de las partes contratantes que la prenda se le debe quedar al acreedor en tanto que el deudor no está completamente liberado del pago. Esto es lo que se llama derecho de retención, y está fundado en la ley del contrato.

501. El derecho de retención se refiere únicamente á las relaciones del acreedor y del deudor. De aquí se sigue que las condiciones prescriptas por los arts. 2074 y 2075 para la adquisición del privilegio son ajenas al derecho de retención. La ley exige estas formalidades para impedir que las partes contratantes no hagan fraude á los terceros; y los terceros están fuera de causa cuando el acreedor ejerce su derecho de retención; es el deudor el que pide la restitución de la prenda: el acreedor rechaza su acción fundándose en el contrato de empeño; es decir, en las obligaciones y los derechos que resultan para las partes. La prenda es una garantía para el acreedor contra el deudor; esta garantía asegura el pago de la deuda; en tanto que no se paga la garantía subsiste. Para gozar del derecho de retención el acreedor sólo necesita de su contrato, pues es su ejecución la que la pide; poco importa, pues, que las formalidades estableci-

das en interés del tercero por los arts. 2074 y 2075 hayan sido llenadas; el deudor no puede prevalecerse de la falta de cumplimiento de dichas condiciones, pues que la ley no las estableció en su favor sino en interés de los terceros. El acreedor que opone el derecho de retención está frente á su deudor, no está en conflicto con los terceros, contra los que pide un derecho de preferencia; luego no se le puede objetar que ha descuidado sujetarse á la ley. Reclama la ejecución del compromiso que el deudor ha contraído contra él dándole una garantía real para su crédito. En tanto que subsiste la deuda la garantía subsiste igualmente; hé aquí el derecho de retención. Los terceros están fuera de causa, así como el privilegio que pertenece al prendista, cuando hay concurso de acreedores. Luego se deben apartar los artículos 2074 y 2075. (1)

502. ¿Puede el prendista oponer el derecho de retención á los demás acreedores? Conforme á lo que acabamos de decir esta pregunta no tiene sentido. El derecho de retención es ajeno á los acreedores; no pelean con el prendista más que cuando éste reclama su privilegio y pide se le pague de preferencia á los demás acreedores del deudor común. Y el derecho de retención no tiene nada de común con el privilegio; luego no se puede tratar de eso por el prendista de prevalecerse contra los acreedores; y éstos, por su parte, pueden ejercer sus derechos sin tener en cuenta el derecho de retención.

¿Cuál es el derecho de los acreedores? Pueden embargar los bienes de su deudor; pueden, pues, embargar también las cosas que éste ha empeñado, pues permanece propietario de ellas. Este derecho de embargo y la venta forzada que es una consecuencia no puede ser estorbada por el derecho de retención del acreedor prendista; todo lo que puede reclamar éste cuando se encuentra en conflicto con los de-

1 Durantón, t. XVIII, p. 624, núm. 557 y todos los autores.

más acreedores es que se le pague con privilegio; pero este privilegio no impide que los acreedores embarguen la prenda, pues el embargo no compromete en nada los derechos del acreedor prendista. Cuando la cosa se haya vendido se abrirá una orden entre los acreedores para la distribución del precio; y en este orden el prendista será colocado en primer lugar, puesto que es en el precio procedente de la venta en el que ejerce su derecho de preferencia; su derecho, lejos de ser desconocido, se encuentra realizado. Sucede á este respecto con el prendista privilegiado como con cualquier otro acreedor privilegiado ó hipotecario. El derecho real que grava las cosas afectas al privilegio ó hipoteca no impide que los acreedores no privilegiados ni hipotecarios promuevan: pueden perseguir la expropiación del deudor común, pero cuando se trate de distribuir el precio se abrirá una orden y en ésta los acreedores hipotecarios y privilegiados se pagarán de preferencia á los demás acreedores.

Hay una sentencia de la Corte de Casación que parece contraria á esta doctrina admitida universalmente. La Corte ha confirmado una sentencia que pronuncia la nulidad de un embargo practicado por los acreedores, pero importa hacer constar en qué circunstancias había sido practicado el embargo. Los acreedores no se habían limitado á embargar las cosas empeñadas y á venderlas, habían recibido el precio de la venta sin pagar al prendista, ni siquiera ofrecerle pagar. Obrando así había violado el derecho del prendista, no su derecho de retención sino su privilegio; por este motivo fué anulado el embargo. La sentencia atacada formulaba mal el principio: decidía que poseyendo el acreedor una prenda no puede ya ser despojado por los acreedores posteriores del deudor ni por aquel á quien representan, sin haber sido previamente pagado. Esto es un error que la Corte de Casación ha corregido. El derecho de

retención y el privilegio mismo que pertenecen al prendista no impiden que los demás acreedores embarguen la cosa empeñada. No es el embargo el que, en el caso, había comprometido y violado el derecho del prendista; es el hecho, por parte de los acreedores embargantes, de haberse apropiado el precio de la venta; no había más que un medio eficaz de resguardar los derechos del acreedor prendista: era anular todo el procedimiento. (1)

503. Según el art. 2082 el acreedor conserva su derecho de retención hasta que el deudor haya pagado enteramente su deuda, para cuya seguridad le fué dada la prenda. La ley dice *pagar*; supone el caso ordinario siendo el pago la vía ordinaria de extinción de las obligaciones. Se entiende que si la deuda se extinguiera íntegramente por otra vía legal, tal como la compensación, el deudor podría promover la restitución; la prenda no puede sobrevivir á la deuda. Pero es necesario que la extinción de la deuda sea íntegra. El empeño es indivisible, así como la hipoteca; luego por tanto tiempo como una parte cualquiera de la deuda subsista el acreedor tiene el derecho de retener la prenda; así, si el deudor pagara el capital y los intereses no podría pedir la restitución de la prenda si existieran gastos no pagados. Esto resulta del mismo texto del art. 2083. En cuanto al principio de la indivisión el art. 2083 lo conagra con sus consecuencias habituales: «La prenda es indivisible no obstante la división de la deuda entre los herederos del deudor ó los del acreedor.» La ley no prevee el caso en que el acreedor recibiera un pago dividido del deudor, porque éste no tiene derecho de pagar su deuda por partes; si el acreedor consiente en recibir un pago parcial el empeño no dejará por esto de subsistir por el to-

1 Denegada, 31 de Julio de 1832 (Daloz, en la palabra *Empeño*, núm. 212). Compárese Pont, t. II, p. 659, núm. 1186.

do, puesto que garantiza el pago de toda la deuda; de modo que el acreedor no puede ser forzado á devolver la prenda mientras que la deuda no está íntegramente pagada.

Entre el acreedor y el deudor toda deuda es en principio indivisible; la división no se hace de derecho sino á la muerte de una de las partes contratantes. Si el deudor muere dejando varios herederos la deuda se divide de plano entre ellos; cada uno solo debe su parte y porción hereditaria en la deuda y se libera pagando esta porción; no obstante, dice el art. 2082, no puede pedir la restitución de su parte en la prenda; la ley supone que la cosa empeñada es divisible, lo que no impide el empeño de ser indivisible; de modo que el heredero no puede reclamar su parte en la prenda sino cuando la deuda está enteramente pagada.

La deuda se divide también activamente cuando el acreedor muere dejando varios herederos; cada uno sólo tiene derecho á su parte y porción hereditaria en el crédito; si la recibe su crédito queda extinguido y, no obstante, el empeño subsiste; el deudor no puede pedir la restitución de la prenda mientras no ha pagado enteramente la deuda; la prenda servirá en este caso para garantizar los derechos de los demás herederos. El art. 2083 dice que el heredero que recibió su parte en la deuda no puede entregar la prenda en perjuicio de aquellos de sus coherederos que no han sido pagados. Esta es una consecuencia del mismo principio. Mientras que la deuda no ha sido pagada íntegramente el empeño subsiste; no pertenece al heredero pagado renunciar al empeño; esto sería renunciar el derecho de un tercero, lo que no se puede.

El art. 2114 (Ley Hipotecaria, art. 41) dice que la hipoteca es por su *naturaleza* indivisible, lo que implica que no lo es por esencia. Lo mismo pasa con el empeño. La indivisión tiene por objeto garantizar completamente los inte-

reses del acreedor hipotecario ó privilegiado, y la ley permite á las partes contratantes fijar sus intereses como lo quieran; pueden, pues, derogar el principio de la indivisión estipulando que el empeño sea divisible, ya sea entre el acreedor y el deudor en caso de pagos parciales, ya para con los herederos del deudor ó del acreedor. (1) Volveremos al principio en el título *De las Hipotecas*.

504. El derecho de retención no tiene lugar en principio más que para la garantía de la deuda para la que fué dada la prenda. Este principio recibe una excepción en el caso previsto por el segundo inciso del art. 2082. La ley supone que, posteriormente á la entrega de la prenda, el mismo deudor contrajo una nueva deuda con el mismo acreedor y que esta deuda se ha vuelto exigible antes del pago de la primera; en este caso el acreedor no podrá ser dispensado de la prenda antes que se le pague enteramente una y otra deuda, aunque no hubiera ninguna estipulación de que empeñara la prenda para el segundo pago. Los motivos de esta excepción han sido expuestos por el Orador del Gobierno; los vamos á transcribir. Es una justificación de la ley y una contestación á las objeciones que fueron hechas en el Consejo de Estado contra la disposición del proyecto que el Código consagró definitivamente. Tronchet decía que la convención de empeño no liga á las partes sino por la deuda en cuyo interés fué estipulado el empeño; extender el empeño á una nueva deuda para lo que no fué estipulado es agregar á las convenciones de las partes; haciéndolas aplicables á una deuda para la que no fueron hechas estas convenciones y extendiendo el derecho del acreedor se agrava la situación del deudor. Berlier contesta: Sin duda no se debe arbitrariamente agregar á los contratos, pero el

1 Una sentencia de la Corte de Casación de 18 de Diciembre de 1866 ha derogado el rigor de los principios. Véase la crítica en Pont, t. II, p. 668, número 1202.

legislador puede admitir como complemento natural de las convenciones lo que las partes han verosíblemente querido ellas mismas. Queda por probar que las partes, al contratar una nueva obligación, han entendido que la prenda dada para la primera no puede ser reclamada sino cuando el deudor había pagado enteramente ambas deudas. ¿Cuál es la situación de las partes? El acreedor prendista recibe una prenda para la primera deuda, lo que prueba que quiso tratar sólo bajo condición de garantía real. Una segunda deuda se contrata por el mismo deudor y con el mismo acreedor sin que haya un convenio formal de empeño. ¿Puede admitirse que el acreedor quiera tratar con el deudor sin garantía alguna? Nó, seguramente; si no estipuló que la prenda que detiene le serviría de garantía para la nueva deuda es porque creyó la estipulación inútil. En efecto, la nueva deuda se supone debe ser pagada antes que la primera ó al mismo tiempo; ¿no es natural pensar que el acreedor había contado con la prenda que posee para responder por una y otra deuda? Si tal es la intención del acreedor por su parte el deudor no puede quejarse de que se agrave su condición; las dos deudas son exigibles, tiene que pagarlas, y si cumple su obligación tendrá el derecho de reclamar la restitución de la prenda; ¿pero la equidad permite que no pague más que una deuda: la por la que dió la prenda cuando su acreedor no hubiera consentido en tratar con él si no hubiera contado con la eficacia de la prenda para la deuda? El Orador del Gobierno concluye diciendo que el proyecto nada tiene de conforme con la estricta equidad. (1)

Así la Exposición de los Motivos invoca la intención probable del acreedor y la equidad. El Relator del Tribunal se expresa en el mismo sentido. «La falta de estipulación, dice Gary, parece desde luego oponerse á que no se tome en seguridad de una deuda una prenda que no ha si-

1 Berlier, Exposición de los motivos, núm. 7 (Loché, t. VIII, p. 99).

do empeñada. Pero ya sea la *voluntad presumida* del acreedor ó la *equidad* que apoye la disposición del proyecto.» (1) Es bueno hacer constar los motivos tales como los autores de la ley los han expuesto porque las palabras de Berlier y de Gary se han invocado en una controversia que exponremos más lejos. Cuando los motivos de los principios se pueden establecer con certeza serán para resolver todas las dificultades que la ley presenta en sus aplicaciones.

505. Los oradores que han explicado los motivos de la ley insistían en la situación particular en la que se encuentran las partes contratantes. Y en razón de esta situación encuentran la decisión de la ley justa y equitativa. Se deben, pues, analizar los diversos elementos que comprometieron al legislador á derogar la regla establecida por el primer inciso del art. 2082.

La ley supone que la deuda por la que no se estipuló ningún empeño fué contratada posteriormente á la entrega de la prenda dada por una deuda anterior. Si la primera deuda fué contratada sin prenda y que el acreedor exigía una prenda para una segunda deuda no puede comprender á la primera. Esto es una derogación del derecho romano; se explica si se tiene en cuenta la voluntad presumida del acreedor. Si primero trata sin estipular la prenda es que hay confianza en la persona del deudor, lo que excluye cualquiera idea de garantía real. Es verdad que á consecuencia y ocasionada por una deuda nueva exige un empeño, pero esto no puede retrotraer y valer de seguridad á una deuda para la que no se convino ninguna garantía; la situación de las partes está fijada á este respecto por una convención que reemplaza á la ley. Se necesitaría una nueva convención para que una deuda contraída sin empeño fuese asegurada por nueva estipulación de empeño. Si la intención del acreedor al tratar de nuevo con el deudor ha-

1 Gary, Informe núm. 9 (Loché t. VIII, p. 105).

bía sido estipular una garantía real para la primera deuda debiera haberlo dicho, pues se trata de modificar una ley contractual, lo que sólo se puede por un nuevo concurso de consentimientos.

506. El art. 2082 quiere en segundo lugar que la nueva deuda se haga *exigible* antes del pago de la primera. ¿Qué se entiende aquí por pago? ¿Es la época en que debe tener lugar el pago; es decir, cuando se hace *exigible* el pago de la deuda? Si la segunda deuda es exigible antes de la primera se explica no fácilmente por qué el empeño de la antigua se extiende á la nueva; la intención del acreedor ya no es dudosa en esta hipótesis: ha estipulado un plazo de pago más próximo precisamente porque contaba con la prenda de que era depositario posesor y de la que aún lo sería cuando la deuda nueva se hiciera exigible. Esta circunstancia explica por qué se ha juzgado inútil hacer una convención terminante de empeño en seguridad de la nueva deuda. Sucedería lo mismo si la segunda deuda se hiciese exigible en el plazo fijado para la primera. Los términos de la ley son aplicables y su espíritu no es dudoso. La Exposición de Motivos menciona con formalidad esta hipótesis. Al estipular que las dos deudas sean á la vez exigibles, el acreedor ha pensado que quedando detentor de la prenda hasta el momento en que el deudor deba pagar las dos deudas podrá retener la prenda en tanto que no se paguen las dos deudas.

Hay una segunda hipótesis que da lugar á alguna duda. La segunda deuda se estipuló exigible después de la primera, pero en el momento en que vence el plazo se encuentra no pagada la primera deuda: ¿podrá el acreedor retener la prenda por las dos deudas? El texto parece decidir la cuestión: en efecto, el art. 2082 prevee el caso en que la nueva deuda se haga exigible antes del pago de la primera; la ley no dice antes de que se haga *exigible* la primera; lo que es decisivo. Se objeta que el texto, entendido así, está

en oposición con la mente de la ley; ésta supone que la intención del acreedor es empeñar la prenda para las segunda deuda; lo que á la vez supone que la prenda subsiste cuando es pagable la deuda, y siendo exigible la primera antes que la segunda el acreedor se debe atener á que se le pague antes que ésta, y pagada la deuda se extingue con el empeño. Esto lo contesta la opinión generalmente seguida de que la disposición del segundo inciso del art. 2082 no sólo se funda en la suposición de un empeño tácito sino también por consideraciones de equidad. En definitiva, el espíritu de la ley deja una duda; y en caso de duda el texto debe prevalecer. (1)

507. Hay una tercera condición: el art. 2082 quiere que la nueva deuda sea contraída por el mismo deudor con respecto al mismo acreedor. Esta condición resulta de la naturaleza misma del derecho que la ley concede al acreedor: es una extensión del derecho de retención, y este derecho existe en provecho del acreedor á quien el deudor ha entregado una cosa en prenda; para que la cosa sirva de prenda á una nueva deuda se necesita naturalmente que la deuda nueva exista entre las mismas personas; es sólo bajo esta condición bajo la que se concibe el empeño tácito que la ley funda en la intención del acreedor y en la equidad en lo relativo al deudor. De aquí se sigue que el art. 2082 no sería aplicable si la segunda deuda hubiese sido contraída entre otras personas que las que fueron partes en la primera. Tal sería el caso en que la prenda la hubiese ministrado un tercero; éste es extraño á la segunda convención; su compromiso no puede extenderse á una deuda para la que no entendió constituir el empeño. (2) Las aplicaciones del principio son tan evidentes que creemos inútil insistir en ellas. (3)

1 Durantón, t. XVIII, p. 626, núm. 548; Aubry y Rau, t. IV, p. 711, nota 2, pfo. 434. En sentido contrario, Pont, t. II, p. 664, núm. 1195.

2 Lieja, 3 de Diciembre de 1865 [Pasicrisia, 1866, 2, 89].

3 Compárese Pont, t. II, p. 665, núms. 1196 y 1197 y los autores que cita.

508. Hemos supuesto al explicar el art. 2082 que la ley da al acreedor prendista el derecho de retención contra el deudor. Tal es también la opinión común. (1) Sin embargo, los autores modernos enseñan que el acreedor no sólo tiene el derecho de retención contra el deudor sino también un privilegio que puede oponer á los terceros acreedores. (2) Es una de las nuevas opiniones que desde luego desecharíamos porquetiende á hacer un nuevo Código Civil, y en nuestro concepto el Código Napoleón vale más que el que los intérpretes quieren substituirle sin tener derecho para hacerlo. Hay una objeción invencible contra la interpretación que combatimos: el texto de la ley y su mente son tan claros como la letra. ¿De qué se trata en el segundo inciso del art. 2082? De una excepción establecida en el primer inciso. Y la excepción se refiere naturalmente al principio que deroga. ¿Qué dice el principio? Que el acreedor prendista tiene el derecho de retención; luego la excepción debe también referirse al derecho de retención; no dice ni palabra del privilegio del acreedor prendista en el primer inciso; y se quiere que el segundo, que extiende por excepción la disposición del primero á un caso que la regla no comprende, dé al acreedor un privilegio! Lo que es contrario á los más elementales principios de interpretación. Para que la excepción comprenda otra cosa además de la regla se necesitaría que el texto lo dijera terminantemente. ¿Es que el segundo inciso habla del privilegio? Ni una palabra; la ley dice que en la hipótesis que prevee «el acreedor no podrá ser obligado á desposeerse de la prenda antes de estar pagado completamente de una y de otra deuda.» Hé aquí qué es el derecho de retención y el privilegio. La ley extiende el derecho de retención á una deuda nueva: no concede al acreedor un privilegio para dicha nueva deuda. Una cosa

1 Aubry y Rau, t. IV, p. 711, nota 4, pfo. 434 y los autores que citan.

2 Mourlón, Examen crítico, núm. 227. Pont, t. II, p. 665, núm. 1199.

es el privilegio y otra el derecho de retención; el primero se ejerce contra los terceros y da al acreedor un derecho de preferencia; el segundo se ejerce contra el deudor con respecto del que no se puede tratar de un derecho de preferencia. Hé aquí por qué el derecho de retención no está sometido á las formalidades prescriptas por los arts. 2074 y 2075 para el privilegio. ¡Y se quiere que sin el cumplimiento de dichas formalidades, sin una convención de empeño, sin una acta registrada, sin notificarla, si se trata de un crédito, el prendista tenga un privilegio contra los terceros! ¿No tenemos razón de decir que el Código Napoleón vale más que el que los intérpretes quieren colocar en su lugar? ¡Cómo! La ley exige condiciones rigurosas para que el deudor pueda oponer su privilegio á los terceros; y cuando se trata de un empeño tácito la ley olvidaría su previsión y solicitud dando al prendista un privilegio contra los terceros, sin ninguna garantía para ellos.

Se invoca el espíritu de la ley; mejor dicho, los trabajos preparatorios. La cuestión ha sido muy discutida por la Corte de Casación de Bélgica, desechando por una excelente sentencia la innovación que se le quería hacer que consagrara. La Corte dice que el art. 2082 no establece ni derecho de retención ni privilegio que se puedan oponer á los terceros, la ley se limita á conceder al acreedor un derecho de retención respecto al deudor. Basta con leer el texto para convencerse de que la palabra *privilegio* no se encuentra allí; para introducirla pretendía el recurso que el derecho de retención que consagra el art. 2082 puede ponerse á los terceros. La Corte contesta que semejante derecho sería un privilegio y que los privilegios no se establecen por vía de inducción; y los derechos de preferencia sólo pueden resultar de una disposición expresa de la ley porque sólo el legislador tiene el derecho para crearlos. Para refutar

por completo la doctrina defendida por el recursante la Corte de Casación se remonta al origen del derecho excepcional que el legislador ha consagrado. Se sabe que el Código Napoleón sólo reprodujo, con algunas modificaciones, una ley del Código de Justiniano conocida bajo el nombre de ley *Etiam*, y dicha ley disponía en términos absolutos que el derecho de retención que concedía al acreedor no tenía lugar con respecto á un segundo acreedor. Basada en la equidad la ley romana permitía al prendista no contestar la demanda en restitución de la prenda por excepción de dolo; y esta excepción, personal por naturaleza, no puede oponerse á los acreedores que promoviendo contra los bienes de su deudor no hacen más que ejercer su derecho. La Corte de Casación invoca aún el Informe de Gary, que asimila el derecho de retención del art. 2082, 2.º inciso, á un embargo precautorio que el acreedor hace él mismo: lo que excluye cualquiera idea de derecho de preferencia. Así, pues, el espíritu de la ley está de acuerdo con el texto para condenar una interpretación que no tiene base ni en la tradición ni en el texto ni el espíritu de la ley. (1) Hay una sentencia posterior de la Corte de Bruselas en el mismo sentido; creemos inútil analizarla; la Corte reproduce solamente, con muchos esfuerzos, los argumentos que hemos hecho valer. (2)

### § III.—DERECHO DE VENTA.

509. La prenda es una garantía estipulada por el acreedor para asegurar el pago de la deuda. ¿En qué consiste dicha garantía? El art. 2073 la explica: si el deudor no paga el acreedor tiene el derecho de hacerse pagar con la cosa que se le dió en prenda de preferencia á los demás acreedo-

1 Denegada, 26 de Abril de 1872, en el Informe de Girardin (*Pasicrisia*, 1872, 1, 244).

2 Bruselas, 22 de Julio de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 314).

res. Queda por saber cómo el acreedor se puede hacer pagar con la cosa empeñada. El art. 2078 contesta á la cuestión: «El acreedor no puede, por falta de pago, disponer de la prenda, salvo el caso que por orden judicial le quede dicha prenda en pago hasta concurrencia de lo que se le debe y después de avalúo por peritos ó que se vendiera en subastas.

El acreedor no puede disponer de la prenda apropiándose-la, sólo tiene derecho á ser pagado con la prenda, del mismo modo que el acreedor hipotecario tiene el derecho de hacerse pagar con el inmueble hipotecado; pero ni el acreedor prendista ni el acreedor hipotecario se pueden apropiarse la cosa. La ley no lo dice para el acreedor hipotecario, ¿por qué lo dice para el acreedor prendista? El Orador del Gobierno da la razón en la Exposición de Motivos. De ordinario el valor de la prenda es superior al monto de la deuda, lo que no tiene inconveniente si el deudor paga y retira la prenda; pero se presentaría un gran peligro si la prenda se hiciere de la propiedad del acreedor por falta de pago. El deudor, obligado por la necesidad y con la esperanza de poder sacar la prenda pagando la deuda, empeña una cosa cuyo valor es mayor que la deuda; después se encuentra en la imposibilidad de pagar: así es como, dice Pothier, un objeto de valor sirve para pagar una deuda pequeña. ¿Qué resulta? Que el empeño enriquece al acreedor y arruina al deudor. Hé aquí lo que la ley ha querido evitar. El empeño es un contrato favorable en tanto que procura crédito al deudor ofreciendo al acreedor una garantía para la ejecución del compromiso: se convierte en odioso y contrario al orden público si favorece la explotación de la miseria por la codicia. (1)

510. El acreedor prendista debe dirigirse á la justicia para que ordene que la prenda quede en pago ó que se ven-

1 Berlier, Exposición de los motivos, núm. 6 [Loché, t. VIII, p. 99].

da en remate público. ¿Por qué interviene la justicia? Esta es una garantía para el deudor: la intención del juez impedirá al acreedor apropiarse la prenda. Se ha objetado que la garantía podría llegar á ser perjudicial á aquel en cuyo interés se estableció: no se pide justicia sin gastos, y es el deudor el que los carga. El Crador del Gobierno contesta que si el principio es bueno se debe admitir, salvo vigilar que el recurso forzoso á la justicia sea sencillo y poco dispendioso: esto, dice Berlier, no estará descuidado en el Código de Procedimientos. La esperanza no se realizó, lo que es uno de los grandes vicios de nuestra legislación, pues la justicia que arruina á los que la piden no es justicia.

¿En qué sentido interviene? El juez ordena que la prenda quedará al acreedor en pago de lo que se le debe ó que se rematará. ¿Significa esto que el juez decidirá si deberá venderse ó deberá quedarle al acreedor? El Relator del Tribunado parece dar este poder al juez. Dice: «Si la prenda es de un valor tan pequeño que sea absorbido por los gastos del remate los jueces se conformarán con el avalúo.» Se ha concluido que correspondía á la justicia ordenar lo que le parezca más ventajoso en interés del deudor. (1) No es esta la misión de los tribunales: no intervienen para resguardar los intereses; esto es el objeto de la jurisdicción voluntaria: la contenciosa, de que los jueces están investidos, decide las cuestiones de derecho aceptando ó desechando las conclusiones del demandante. Toca, pues, al acreedor ver lo que tiene interés en pedir, que la cosa sólo quede en pago ó que se remate: y el juez debe ordenar lo que el demandante pide. Si interviene la justicia es únicamente para impedir que el acreedor se apropie la cosa. El mismo derecho que el art. 2078 concede al acreedor prueba que á él le toca elegir lo que deba pedir. Puede pedir á la

1 Gary, Informe núm. 11 (Locté, t. VIII, p. 165). Durantón, t. XVIII, página 613, núm. 536.

justicia que la prenda se le quede en pago de lo que se le debe: en este caso se convierte en propietario de la cosa; y se concibe que se convierta en propietario contra su voluntad? Esto es, sin embargo, lo que sucedería si el acreedor pidiese el remate y que el juez decidiera que la cosa se le quedara en pago; lo que no es admisible. (1)

511. El acreedor puede pedir: primero, que la prenda se le quede en pago hasta concurrencia de lo debido, lo que implica la necesidad de un avalúo: el art. 2078 quiere que se haga por peritos. Sin embargo, se ha juzgado que el tribunal mismo podría valuar. En la especie se trataba de acciones negociables en la Bolsa: el tribunal decidió que se le quedarían al acreedor por un valor determinado por cotización pública de la Bolsa. Una pericia en esas circunstancias hubiera sido inútil y, por tanto, frustratoria.

Además, es de principio que los jueces son peritos de derecho; aun cuando la ley ordena una pericia es para esclarecer la conciencia del juez: si el juez se halla suficientemente instruido ¿por qué recurre á los peritos que no pueden llevar ninguna ley en el debate? La Corte de Casación agrega que sólo sería de otro modo en el caso de que una disposición expresa de la ley obligara al juez á una prueba pericial, y el art. 2078 dispone en los términos del derecho común: es cierto que el juez no estará ligado por la opinión de los peritos: el juez puede, pues, decidir sin ordenar que se nombren peritos. Esto también está fundado en razón: se quejan de los gastos que origina la intervención de la justicia: la queja sería más que legítima si ordenara medidas de instrucción sin utilidad ninguna. (2)

512. El acreedor puede también pedir que la prenda se venda en remate; es decir, con publicidad y competencia,

1 Pont, t. II, p. 636, núm. 1146. Aubry y Rau, t. IV, p. 712, nota 7, párrafo 434. Massé y Vergé acerca de Zachariae, t. V, p. 110, nota 8.

2 Casación, 1.º de Julio de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 274). Compárese Denegada, 4 de Abril de 1866 [Dalloz, 1867, 1, 33].

lo que es una garantía para el deudor que se venda la cosa en su verdadero valor ¿Basta que la venta se haga en subasta pública? Se enseña que la venta debe hacerse conforme á las formas establecidas para el embargo.(1) Se ha juzgado en sentido contrario que las disposiciones del Código de Procedimientos sobre el embargo no son aplicables á la venta de la prenda. En efecto, ninguna ley las prescribe en materia de empeño; el art. 2074 sólo exige la publicidad y el Código de Procedimientos supone una venta forzada y por embargo. Y la venta de la prenda no es forzada no hay embargo. En la especie juzgada por la Corte de Lieja se trataba de un vino dado en empeño; dicho vino se hallaba en el depósito de Verviérs. El acreedor procedió á la venta por intervención de un diligenciario, con publicidad, y observando las formalidades de costumbre en las ventas de mercancías que se hallan en depósito. La venta hecha con dichas formas fué validada. Creemos que la Corte juzgó bien. (2)

¿Se necesita que el acreedor obtenga la autorización judicial para proceder á la venta ó pueden convenir las partes que si no paga el deudor el acreedor tendrá el derecho de vender la prenda en remate sin estar obligado á pedir el permiso judicial? Se enseña, fundándose en la tradición, que esta convención sería válida, y se agrega que sería inútil si el acreedor tuviera un título ejecutorio. En teoría seríamos de esta opinión, pero se trata de saber lo que quiere la ley, y el art. 2078 es terminante, quiere que el remate sea ordenado judicialmente; y la ley agrega que toda cláusula que autorizara al acreedor á disponer de la prenda sin estas formalidades es nula, y la intervención de la justicia es una de esas formalidades. Sin duda el acreedor que tiene un título ejecutorio no debe dirigirse á la justicia, pue-

1 Pont, t. II, p. 638, núm. 1149.

2 Lieja, 16 de Febrero de 1826 (Pasiorisia, 1826, p. 20).

de embargar y vender los bienes del deudor; pero en la especie no se trataba de embargo ni de venta forzada; el artículo 2078 contiene una disposición especial para el caso en que una prenda deba ser vendida; la ley exige en este caso una orden judicial para garantizar los derechos del deudor; la cuestión se reduce, pues, á saber si el deudor puede renunciar á una garantía que le da la ley; y la ley decide la cuestión, puesto que anula las cláusulas que deroguen estas disposiciones.

513. La aplicación del art. 2078 ha levantado otra dificultad. Se pregunta si el acreedor puede hacerse adjudicatario. La solución depende del punto de saber si el art. 1596 es aplicable al acreedor prendista. En los términos de esta disposición "no pueden hacerse adjudicatarios, bajo pena de nulidad, los mandatarios de los bienes que tienen encargo de vender." ¿El acreedor prendista que hace vender la prenda es mandatario del deudor? Nó, en nuestro concepto; no es más mandatario que cualquier acreedor que hace que venda los bienes de su deudor; es en su nombre propio en el que obra y no en nombre del deudor; es cierto que la cosa vendida es de aquél, pero esto no basta para que el acreedor sea mandatario. Hay una sentencia en este sentido de la Corte de Lieja; la Corte dice muy bien que el acreedor, á diferencia del mandatario, está interesado en pujar con el objeto de vender la cosa en su verdadero valor; valor que aprovecha, puesto que tiene un privilegio en el precio. (1) La Corte de Casación se ha pronunciado por la opinión contraria, pero sin motivar su decisión. (2)

514. La venta de los valores cotejados en la Bolsa no se hace por puja sino en la Bolsa ó con el ministerio de un agente de cambio. Hay acerca de este punto una legislación es-

1 Lieja, 16 de Enero de 1826 (Pasiorisia, 1826, p. 20).

2 Denegada, 7 de Diciembre de 1852 [Daloz, 1853, 1, 35]. Pont, t. II, págin. núm. 1149.