

CAPÍTULO VII

El contrato de prenda y el derecho de retención.

SECCIÓN PRIMERA

El contrato de prenda.

Bibliografía: VIVANTE, en el *Codice di commercio commentato*, Verona, 1883, tomo v; en el *Filangeri*, 1887, pág. 340; en el *Diritto commerciale*, v, pág. 153.—BIANCHI: *Del pegno commerciale*. Macerata, 1883.—BOLAFFIO, en el *Foro italiano*, 1890, pág. 470; 1891, pág. 539.—BONELLI: *La Tradizione del titolo nel pegno dei crediti*, en el *Foro italiano*, 1893, página 904.—TROPLONG: *Du nantissement, du gage, et de l'antichrèse*, 1847.—PONT: *Petits contrats*, tomo II, 1867.—DERUBURG: *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, 1860-64.—GOLDSCHMIDT: *Handbuch*, Erlangen, 1868, I, §§ 83-92.—ENDEMANN Y COHN, en el *Manuale di Endemann*, II, §§ 175-183; III, §§ 440-443.

135. NOCIONES GENERALES.—El préstamo mercantil sobre prenda ha llegado á ser hoy uno de los instrumentos más familiares del crédito. La gran exuberancia de los productos industriales y de los títulos de crédito, la posibilidad de negociar las mercancías en transporte ó depositadas en los almacenes públicos mediante los títulos que las representan, promueven fecundas y nuevas aplicaciones de este contrato, que en otro tiempo desacreditaba al comerciante que á él recurría por ser indicio de su desarreglo económico.

Las reglas del préstamo sobre prenda, tal como están expuestas en el Código civil, han sufrido la influencia del ambiente mercantil. La urgencia de encontrar dinero á préstamo pignoraticio, las rápidas mudanzas de precio de las cosas empeñadas, la recíproca confianza que crece con el progreso de la civilización, hicieron sentir la conveniencia de formas sencillas y rápidas, tanto en la entrega como en la venta de la prenda; y principalmente en estos puntos es donde la doctrina del derecho común ha sido modificada por las leyes comerciales.

El préstamo sobre prenda es un contrato por el cual el deudor ó un tercero entregan al acreedor una cosa mueble, confiriéndole el derecho de hacerse pago sobre la misma con preferencia á los demás acreedores, si no se le satisface el crédito (1) (*). Es un contrato real, puesto que no se perfecciona mientras el acreedor no está en posesión de la cosa pignorada. Antes de esto sólo puede haber la promesa de celebrar un contrato de prenda; porque sin la tradición de la cosa no pueden nacer las obligaciones y los derechos que son propios de este contrato, en especial la obligación

(1) Cód. civ., artículos 1878, 1879, 1883.

(*) El Código civil del cantón de Zurich permite al acreedor adquirir, sobre ciertas cosas muebles, especialmente sobre cabezas de ganado, el derecho de prenda, aun sin la transmisión de la posesión, mediante una inscripción en el registro oficial de prendas (*Pfandbuch*), previa autorización del Presidente del tribunal del distrito. El derecho de prenda está, desde luego, limitado á una duración de dos años, contados desde la autorización judicial y prorrogables por otros dos. Las cosas quedan en poder del deudor á título de depositario, sin que pueda venderlas ni deteriorarlas. Publicado el Código federal suizo de las obligaciones, parece que este derecho de prenda sólo tiene lugar sobre los animales.—(N. DEL T.)

para el acreedor de custodiar y restituir la cosa recibida en prenda, y el derecho de retenerla y de venderla si no se le satisface con puntualidad el crédito. La prenda es un contrato accesorio, porque supone una obligación principal á quien sirve de garantía y cuyas vicisitudes jurídicas sigue. Es un contrato unilateral porque sólo el acreedor contrae una obligación principal, la de custodiar con diligencia y restituir si se le paga. Tiene por objeto una cosa determinada, porque no es posible un derecho real sobre una cosa indeterminada; y se extiende á todas las accesiones de la cosa dada en prenda, esto es, á los frutos y á los intereses de la misma. Por último, adquiere un carácter mercantil ó civil, según la índole del crédito á quien sirve de garantía, cualquiera que sea la naturaleza de las cosas dadas en prenda.

136. CONSTITUCIÓN DE LA PRENDA (artículos 454-456).—La prenda debe probarse por escrito si el crédito garantizado excede de 500 libras, aunque las cosas dadas en prenda no las valgan; lo cual, á decir verdad, parece poco justificado.

Esta formalidad probatoria que se prescribe en favor de un tercero, para impedir que el deudor y el acreedor su convengan en su daño sustrayendo á la garantía común una parte del patrimonio del deudor, no es necesaria de ningún modo para probar la existencia del préstamo pignoraticio entre los contratantes, que también pueden probarlo sólo con testigos.

La escritura es indispensable, cualquiera que fuere la cosa que se da en prenda, como mercancías, títulos de crédito, derechos de autor, privilegios exclusivos industriales. Sólo para la pignoración de los créditos se necesita una formalidad mayor: la notificación por medio del alguacil, al deudor del crédito dado en pren-

da á fin de que no pague su deuda á quien ya no tiene derecho de exigirla (1). Adviértase además, que, para facilitar la constitución de la prenda de los títulos á la orden, la ley no exige un documento especial, sino que se satisface con el endoso del título, con la cláusula de «valor en garantía»; y que para los títulos emitidos por una compañía mercantil, como las acciones y las obligaciones, se limita á que se anote en los libros de la sociedad. Si la prenda no se constituyó por escrito como quiere la ley, no por eso será inexistente; pero no se podrá probar ante un tercero, sino con los medios de prueba admitidos por el Código civil (art. 53).

La única condición verdaderamente esencial para la validez de la prenda, sea entre los contratantes ó ante un tercero, es la entrega de la cosa pignorada. Esta entrega debe ser real y efectiva, tanto que el deudor no pueda ya disponer de ella y el acreedor sea puesto en posesión de la misma de un modo ostensible: por ejemplo, con la entrega de las llaves del almacén donde están las mercancías dadas en prenda, confiando la tienda pignorada á un encargado del acreedor, transfiriéndole el conocimiento de flete, la carta de porte ó el resguardo de prenda que representan á las mercancías en viaje ó en depósito. La entrega de estos títulos equivale á la de las mercancías; porque quienes las custodian, el capitán, el porteador ó el guardaalmacén, no pueden entregarlas sino al poseedor de esos títulos.

137. CONSERVACIÓN DE LA COSA (art. 457).—El acreedor pignoraticio debe conservar con diligencia la cosa pignorada en el estado en que la recibió para poder cumplir más tarde la obligación de restituirla.

(1) Cód. civ., art. 1881.

Por ejemplo, si se trata de vino ó de aceite, debe hacer todas las operaciones necesarias para conservarlo, ó permitir al deudor mismo el derecho á la libre entrada en el lugar del depósito para que practique esas operaciones directamente. Debe consentirle inspeccionar la existencia y la diligente custodia de las mercancías, tomar módicas muestras de ellas, hacerlas visitar por quien desea adquirirlas.

Si el acreedor se vale por cuenta propia de la cosa ó abusa de ella de otro modo, el deudor puede pedir que sea puesta en secuestro (1), que el daño sufrido se descuenta de su débito, que se obligue al acreedor á volver á poner las cosas en el estado que tenían al tiempo de la entrega.

Si la cosa dada en prenda es un crédito, el acreedor debe realizar todos aquellos actos que, por hallarse el crédito en sus manos, no puede llevarlos á cabo el deudor. Debe cobrar los intereses, los dividendos, los premios vencidos: exigir en tal caso es conservar. Si recibió en prenda una letra de cambio, debe exigir el pago, protestarla y efectuar todos los actos necesarios para conservar la acción de reembolso (art. 259).

El acreedor puede retener el dinero que recauda en pago de su crédito; imputando los cobros primero al pago de los intereses y luego al del principal (2); si debiese devolver al deudor el capital por lo recaudado, se quedaría sin prenda. El acreedor tiene también derecho á hacerse reembolsar los gastos hechos para la conservación de la cosa recibida en prenda: tales son, por ejemplo, los gastos de seguro, pericia, almacenaje, transporte y aduana. También podrá reintegrarse

(1) Cód. civ., artículos 1887, 1885.

(2) Cód. civ., artículos 1886, 1256.—Cód. de com., art. 457.

de ellos con las sumas cobradas por cuenta del deudor, á quien restituirá el sobrante.

138. VENTA DE LA PRENDA (artículos 458-459).—El acreedor que no obtiene el puntual pago del crédito puede vender la cosa recibida en prenda para hacerse pago con el precio que por ella perciba. Si los contratantes no estipularon un procedimiento especial para la venta, al llegar el vencimiento del crédito puede el acreedor intimar al deudor que pague dentro de tres días, advirtiéndole que de lo contrario se procederá á la venta. Si el deudor no se opone á ello ó si su oposición es rechazada por el juez, el acreedor puede sin más, eligiendo el momento oportuno, proceder á la venta en pública subasta ó valiéndose de un agente ó corredor colegiados, si la cosa tiene precio de cotización en Bolsa. Vendida la mercancía, el acreedor debe dar inmediata noticia de ella al deudor rindiéndole cuenta refiriéndose á los documentos justificantes, por ejemplo, el acta de pública subasta ó la factura del mediador. También debe entregarle el sobrante conseguido por la venta, después de quedar satisfecho su propio crédito.

Los contratantes pueden simplificar aún más las sencillísimas formalidades establecidas por la ley; por ejemplo, pueden convenir en que la cosa se venda sin necesidad de intimación judicial, mediante un simple aviso epistolar. La ley se limita á anular cualquier pacto que autorice al acreedor á apropiarse la prenda en pago del crédito. La ley ha prohibido este pacto, conocido con el nombre de pacto comisorio, en defensa del deudor contra la presión de los usureros. Inspirándose en el temor de que apremiado el deudor por la necesidad conceda harto fácilmente al acreedor el derecho de apropiarse la prenda por un crédito muy in-

ferior al valor de la misma, quiso defender su debilidad contra las estrecheces económicas (*).

SECCIÓN II

El derecho de retención.

Bibliografía: VIVANTE: *Il Diritto di ritenzione nei rapporti commerciali*, en apéndice al *Codice italiano commentato*, tomo v; y en el *Filangeri*, 1877, pág. 340.—GUARRACINO: *Il Diritto di ritenzione nella legislazione italiana*. Nápoles, 1884.—GOLDSCHMIDT: en su *Manuale* §§ 93-98.—ENDEMANN: en su *Manuale*, §§ 181-183.—STRAULI: *Das Retentionsrecht nach den Bundesgesetz über das Obligationenrecht*. Winterthur, 1885.

139. EL DERECHO DE RETENCIÓN. — El préstamo sobre prenda, tal como lo regula el derecho común, supone una obligación aislada á la cual sirve de ga-

(*) El Código de comercio español no se ocupa especialmente del contrato de prenda. Sólo contiene algunas disposiciones, relacionadas con este contrato en la sección segunda del título v del libro I, que trata de los préstamos con garantía de efectos ó valores públicos. Antes de transcribir aquéllas, creemos oportuno citar en este lugar los preceptos del Código español respecto al contrato de préstamo mercantil, que pasan por alto, entre otras legislaciones, Francia, Italia, Alemania, Bélgica, Holanda, etc. Los Códigos de Suiza, República Argentina, y algunos otros de América, lo mismo que Portugal, siguen, por el contrario, el ejemplo de España. El Código portugués habla, no sólo del préstamo mutuo mercantil, que es el más frecuente en el comercio, sino también del comodato.

Del préstamo mercantil.

Se reputará mercantil el préstamo concurriendo las circunstancias siguientes: 1.^a, si alguno de los contratantes fuere comerciante; 2.^a, si las cosas prestadas se destinaren á actos de comercio (art. 311).

Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devol-

rantía: llegado el vencimiento, si el deudor satisface el débito es restituida la prenda; si falta á la obligación que contrajo se vende aquella y se liquida la diferencia del precio quedando todo terminado. Pero los negocios mercantiles no suelen ser tan separados y distintos: en las relaciones que hay entre comerciantes los negocios se suceden en una serie movible y corriente que cambia de continuo la medida del debe

viendo una cantidad igual á la recibida con arreglo al valor legal que tuviere la moneda al tiempo de la devolución, salvo si se hubiere pactado la especie de moneda en que habia de hacerse el pago, en cuyo caso, la alteración que hubiese experimentado su valor será en daño ó en beneficio del prestador. En los préstamos de títulos ó valores, pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase é idénticas condiciones ó sus equivalentes si aquéllos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario. Si los préstamos fueren en especie, deberá el deudor devolver, á no mediar pacto en distinto sentido, igual cantidad en la misma especie y calidad, ó su equivalente en metálico, si se hubiere extinguido la especie debida (art. 312).

En los préstamos por tiempo indeterminado ó sin plazo marcado de vencimiento, no podrá exigirse al deudor el pago sino pasados treinta días, á contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiere hecho (art. 313).

Los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito (a) (art. 314). Podrá pactarse el interés del préstamo, sin tasa ni limitación de ninguna especie, reputándose interés toda prestación pactada á favor del acreedor (art. 315).

Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso, ó en su defecto el

(a) El art. 330 del Código federal suizo de las obligaciones establece que en materias no comerciales no podrá el prestador reclamar intereses sino en virtud de cláusula expresa del contrato; pero en materia comercial se adeudarán de pleno derecho, considerándose efectuado el préstamo según el artículo 334, al tanto usual para los préstamos de igual naturaleza en el tiempo y lugar donde se hizo aquel de que se trate. Este precepto se encuentra más en armonía con la índole de las operaciones comerciales y las exigencias del comercio.—(N. DEL T.)

y del haber; la liquidación no se hace para cada negocio singular, sino después de periodos más ó menos largos. Esta mutabilidad impide que se pueda determinar *a priori* cuál es la prenda suficiente para garantizar al acreedor; puede darse el caso de que la prenda conceptuada como excesiva al principio, llegue á ser insuficiente con el acrecentamiento de los nego-

legal. Si el préstamo consistiere en especies, para computar el rédito se graduará su valor por los precios que las mercaderías prestadas tengan en la plaza en que deba hacerse la devolución, el día siguiente al del vencimiento ó por el que determinen peritos, si la mercadería estuviese extinguida al tiempo de hacerse su valuación. Y si consistiese el préstamo en títulos ó valores, el rédito por mora será el que los mismos valores ó títulos devenguen, ó en su defecto el legal, determinándose el precio de los valores por el que tengan en Bolsa si fueren cotizables, ó en la plaza en otro caso, el día siguiente al del vencimiento (art. 316). Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los comerciantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos (art. 317).

El recibo del capital por el acreedor, sin reservarse expresamente el derecho á los intereses pactados ó debidos, extinguirá la obligación del deudor respecto á los mismos. Las entregas á cuenta, cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán, en primer término, al pago de intereses, por orden de vencimiento y después al del capital (art. 318).

Interpuesta una demanda, no podrá hacerse la acumulación de interés al capital para exigir mayores réditos (art. 319, C. E.)

Del préstamo con garantía de efectos ó valores públicos.

El préstamo con garantía de efectos cotizables, hecho en póliza con intervención de agentes colegiados, se reputará siempre mercantil. El prestador tendrá, sobre los efectos ó valores públicos pignorados, conforme á las disposiciones de esta sección, derecho á cobrar su crédito con preferencia á los demás acreedores, quienes no podrán retirar de su poder dichos efectos á no ser satisfaciendo el crédito constituido sobre ellos (art. 320).

Los derechos de preferencia de que se trata en el artículo an-

cios; puede darse el caso de que allí donde toda garantía real pareció superflua, llegue luego á ser necesaria por disminución de solvencia del deudor ó por anmento del débito.

Aparte de esto, la petición de prenda siempre es un indicio de desconfianza poco apto para mantener cordiales relaciones entre comerciantes; era preciso que la ley les ahorrara la necesidad de darse reciprocas señales de desconfianza, ayudándoles con un medio táctico y legal de garantía. Y el Código proveyó á ello

terior, sólo se tendrán sobre los mismos títulos en que se constituyó la garantía; para lo cual, si ésta consistiere en títulos al portador, se expresará su numeración en la póliza del contrato, y si en inscripciones ó efectos transferibles, se hará la transferencia á favor del prestador, expresando en la póliza, además de las circunstancias necesarias para justificar la identidad de la garantía, que la transferencia no lleva consigo la transmisión de la propiedad (art. 321).

A voluntad de los interesados podrá suplirse la numeración de los títulos al portador con el depósito de éstos en el establecimiento público que designe el reglamento de Bolsas (art. 322).

Vencido el plazo del préstamo, el acreedor, salvo pacto en contrario y sin necesidad de requerir al deudor, estará autorizado para pedir la enajenación de las garantías, á cuyo fin los presentará con la póliza á la junta sindical, la que hallando su numeración conforme, las enajenará en la cantidad necesaria por medio de agente colegiado, en el mismo día, si le fuere posible, y si no en el siguiente. Del indicado derecho sólo podrá hacer uso el prestador durante la Bolsa siguiente al día del vencimiento del préstamo (art. 323).

Los efectos cotizables al portador, pignorados en la forma que determinan los artículos anteriores, no estarán sujetos á reivindicación mientras no sea reembolsado el prestador, sin perjuicio de los derechos y acciones del propietario ó desposeído contra las personas responsables, según las leyes, por los actos en virtud de los cuales haya sido privado de la posesión y dominio de los efectos dados en garantía (art. 324, C. E.)—(N. DEL T.)

al articular el mandato (art. 362) (*), puesto que concede al mandatario un derecho privilegiado de retención por todos sus créditos sobre todas las cosas de su mandante que se encuentren á su disposición. Sólo es de sentir que esta garantía general no se haya extendido á todas las relaciones jurídicas que nacen de los negocios mercantiles. Entre tanto, los pactos especiales tratan de suplir á menudo el silencio del Código. Por esto suele verse en los contratos estipulados por las bancas con sus clientes una cláusula impresa manifestando que el banquero se reserva un derecho de garantía por todos sus créditos propios sobre todo lo que pertenece á su deudor y se encuentra á disposición de aquél. Por esto las empresas aseguradoras estipulan el derecho de retener para sí, sobre las sumas debidas por indemnización á los asegurados, cuanto les corresponde á ellas por las primas vencidas y no vencidas.

Pero esta institución que sólo tiene entre nosotros algunas aplicaciones aisladas adquirió en Alemania, en Suiza, en Austria la importancia de un principio general en materia mercantil, emigrando á esos países desde el nuestro donde estuvo en vigor por los estatutos de Génova y de Florencia en los siglos xv y xvii. Allí le está concedido á todo comerciante que se halla en relaciones de negocios con otro comerciante el derecho de ejercitar el privilegiado de retención en garantía de todos sus créditos, sobre todas las cosas muebles y los documentos de valor de su deudor que se encuentran á su disposición. Esta institución, que antaño floreció en Italia, anhela recobrar su nativa ciudadanía, por tantos signos como aparecen en

(*) Art. 276, C. E.

la jurisprudencia y en las costumbres mercantiles. Facilitaría las relaciones entre los comerciantes lejanos, que sostienen la mayor parte del comercio moderno, protegiéndolos con una garantía real y extensa, que se haría valer especialmente en la quiebra del deudor. Libraría á los comerciantes italianos de la inferior condición en que se encuentran cuando tienen relaciones de negocios con los extranjeros de los países vecinos. Mientras que si un deudor italiano quiebra, su acreedor alemán, suizo ó austriaco se cobra por entero con las mercancías que tiene en su poder; por el contrario, si quiebra un comerciante de aquellos países, el acreedor italiano ha de devolver á su masa todas las mercancías que tiene de propiedad del quebrado y contentarse con que se le pague á razón de dividendo ó prorrata. Mientras que nuestros gloriosos antepasados de Florencia y de Génova se valían del derecho de retención para proteger el comercio nacional contra los extranjeros, nosotros usamos un proteccionismo al revés, renunciando á emplear las armas que los extranjeros utilizan contra nosotros. Pero debe ponerse á ello solícito remedio, con una revisión del Código (*).

(*) El Código español, en varios tratados, se ocupa incidentalmente del derecho de retención. El art. 276 establece que ningún comisionista podrá ser desposeído de los efectos que recibió en consignación, sin que previamente se le reembolse de sus anticipaciones, gastos, etc., con tal de que los efectos estén en poder del consignatario ó comisionista. El art. 340 dispone que en tanto los géneros vendidos estén en poder del vendedor, aunque sea en calidad de depósito, tendrá éste preferencia sobre ellos á cualquier otro acreedor, sobre el pago del precio, con los intereses ocasionados por la demora. El art. 908 dice que las mercaderías, efectos y cualquiera especie de bienes que existen en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiere transfe-

ruido al quebrado por un título legal é irrevocable, se considerarán de dominio ajeno y se pondrán á disposición de sus legítimos dueños, indicando el art. 909 los que resultan comprendidos en el anterior. Estos artículos que hemos citado, por vía de ejemplo, y otros más de los que pudiéramos hacer mención, demuestran que no ha pasado inadvertido para el legislador español el derecho de retención, si bien no podemos menos de lamentar con Vivante, por lo que se refiere á España, el que no se haya regulado separadamente y con toda amplitud, una institución de la que tanto puede esperar el comercio, si se legisla acerca de ella con acierto.—(N. DEL T.)
