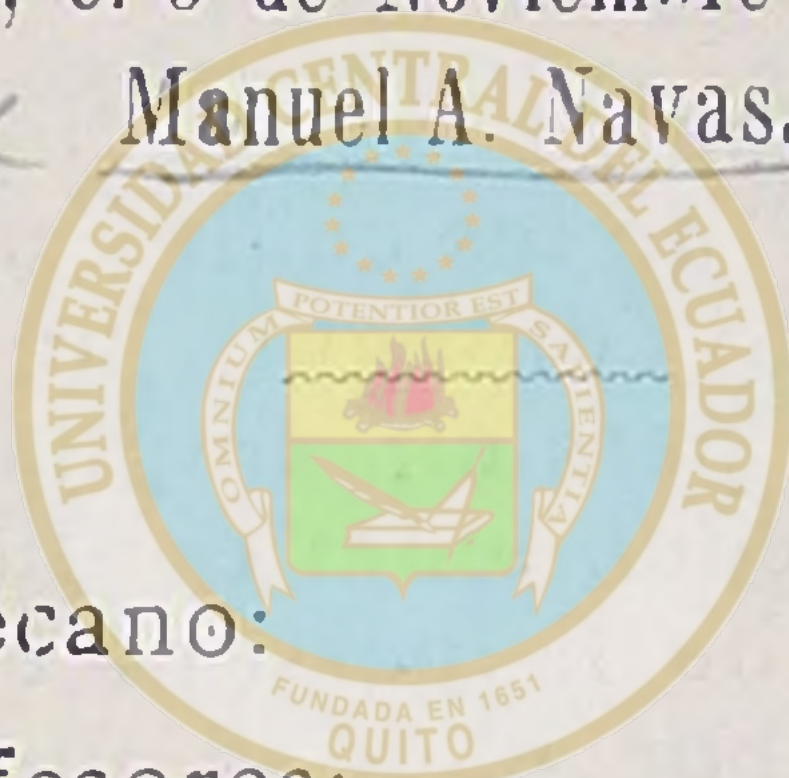


X DE LA PRENDA EN EL ECUADOR

Tesis previa para optar al grado de Doctor en Jurisprudencia, leída ante la Facultad, el 9 de Noviembre de 1917, por el Sr.

X Manuel A. Navas.



Sr. Decano:

Señores Profesores:

AREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Difícil en grado sumo sería la vida para el hombre si no tuviera el crédito a su disposición, con el objeto de que si en un momento dado se encuentra sin los elementos indispensables para subsistir, pueda ocurrir a la confianza de los que le conocen, para que le presten bajo condición de restituir aquellos elementos: así, el crédito en la forma más primitiva, facilita a un individuo los objetos que necesita o el dinero para adquirirlos, pero sólo entre conocidos, o sea, entre aquellos en los que la confianza ha germinado, bien sea porque confíen en la honradez y solvencia del prestatario, o bien porque le conozcan solvente, o uno y otro. Pues, en la realidad, acontece con mucha frecuencia que una persona muy solvente, propietaria de buenos y numerosos bienes, puede sin embargo y en determinadas circunstancias hallarse con falta de dinero para subvenir a sus necesidades o para satisfacer sus compromisos; y, entonces, imposibilitado de realizar sus bienes, a lo menos en condi-

cionas ventajosas, vese precisado a ocurrir al préstamo, o sea al crédito. Se realiza luego esa condicionalidad que ha sido impuesta al hombre como necesidad imprescindible de su naturaleza, y que hace salir verdadero a ese viejo aforismo de que nada hay tan necesario para el hombre como el hombre mismo.

Tal es el crédito en su forma más simple, reducido a esquema, a líneas generales. Requiere para que se realice, el conocimiento que de la honorabilidad y solvencia del prestatario tenga el prestamista, caso que puede tener lugar solamente en pequeños círculos sociales, entre personas de una misma ciudad o pueblo; pero si a sólo ello se redujeran los beneficios que el crédito prestara al hombre, pequeña sería su utilidad en las sociedades modernas llenas de actividad, de agitación febril, de borramiento de fronteras, ya que se agranda el círculo de ciudades y naciones; insuficiente de todo punto sería el crédito únicamente fundado en la confianza personal.

Establécense entonces las cauciones: fianza, hipoteca, prenda, en virtud de las cuales un individuo puede en cualquier momento conseguir un préstamo aún de persona desconocida para él; ampliase enormemente el círculo de los que pueden tener confianza en uno, no ya por el conocimiento de la persona que solicita el préstamo, sino más bien por el de la que responde por ella, o por los muebles o inmuebles que se los afecta o señala para con su precio verificar el pago.

El contrato de préstamo sobre prendas tal como está establecido en el Ecuador, en su legislación y costumbres, es el objeto de este ensayo pequeño como trabajo de estudiante.

No es para ello de mi ánimo hacer un comentario de las disposiciones de nuestro Código: calcadas del chileno, el cual a su vez es inspirado en esos productos inmortales del genio latino, el Derecho Romano y el Código Napoleón, ha quedado ya casi agotada la fraseología que para su exposición pudiera emplearse. Los Laurent y los Baudry; los Demolombe y los Huc; los Dalloz, Planiol, Demonte, Ricci y toda esa pléyade de Juristas ilustres, que aunando a su poderoso talento el abnegado trabajo de una vida entera, nos han legado en innumerables volúmenes caudal tan enorme y tan precioso, que cualquiera puede imputar a atrevimiento, el tomar como materia de tesis, punto alguno en que aque-

llos, con tocar, lo han surcado con luminosa huella.— Daré, pues, en casi todo mi trabajo, y aún sin ser esclavo del *magister*, por plenamente probados los aforismos y conclusiones a que han llegado en sus exposiciones; y me detendré más bien en la aplicación de las disposiciones legales en nuestra vida real: de ese modo, si no podré tampoco decir nada de nuevo para mis profesores, les demostraré que he cumplido mi deber sin ir al atrevimiento de que he hecho mención.

I

GENERALIDADES

Ventajas del contrato de prenda.—Definición.—Caracteres.

Ventajoso para el deudor y para el acreedor, el contrato de prenda ha ocupado un puesto preferido en todos los pueblos: históricamente debió ser una de las primeras formas de garantía.— El hombre desde que vivió en una sociedad avanzada, en la que se dió un puesto al derecho de propiedad privada, en la que la institución de “*todo para todos*” ahora preconizada como ideal supremo de felicidad por importante escuela socialista, era ya una forma preterita de los tiempos idos; desde ese entonces, el hombre al que faltó un objeto de necesidad imprescindible y que careció a la par de otro a propósito para establecer un trueque, debió ocurrir al medio de entregar una cosa en prenda; de ese modo, no se deshacía para siempre del objeto que tenía para él un gran valor de estimación no apreciable en el mercado, y el individuo que no aceptaba el cambio de objetos, por no necesitar el que se le ofrecía, entregaba sin embargo el bien poseído por él, en prestamo sí, pero con una prenda que le asegurara el reintegro del que dió, o de alguno que se le ofreció entregar después de un plazo.

La prenda, en consecuencia, debió nacer coetáneamente con la fianza, desde la época humana más primitiva; las locuciones de “yo respondo por él” pronunciada por un amigo común de los contratantes para garantizar el cumplimiento del obligado, y de “te entrego este objeto en seguridad de que te devolveré lo que me prestas”, son tales que, probablemente, pronunciaba el hombre desde que pudo sentir que no bastándole su esfuerzo actual para satisfacer una necesidad imperiosa, podía

comprometer las ganancias de su futuro trabajo para reintegrar lo que se le prestaba de presente.

En los tiempos modernos es aún más incalculable el éxito de este contrato. Establecido un representante de todos los valores, la moneda; con carta de naturaleza en todo el orbe esa su estimadísima auxiliar, la moneda de papel, el trueque, ha quedado reducido al modesto contrato de permuta, que es el uno por mil o por diez mil en los contratos de venta. Y preséntase ya a la imaginación el tipo del individuo que poseyendo bienes aun valiosos, se ve en un momento dado sin poder adquirir lo que urgente, rápidamente necesita, porque en dicho momento y por un motivo cualquiera, le falta aquel poderoso factor que económicamente le habilitará para todo: el metal acuñado o su representante de papel, el dinero en suma. Porque si el dinero ha sido comparado frecuentemente a la palanca de Arquímedes, a propósito para desquiciar al mundo de su sitio, a mí que hace un momento recordaba de la edad primitiva de los hombres, que a injusto título talvez, ha sido bautizada con el sugestivo rubro de dorada o de oro, ocúrrereme que a la actual época puede más cabalmente sin duda, calificarse también como edad de oro, pero acuñado. Repito, que el hombre que en cierto tiempo carece de ese oro, sin los beneficios que presta el crédito, puede darse por perdido aun teniendo en propiedad valiosos bienes; pues, tendrá que venderlos por lo general con pérdida por la urgencia, ÁREA HISTÓRICA DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL pasar aun siendo rico por la dura prueba de sentir el horror de una necesidad no satisfecha; de sufrir como Tántalo, como los pobres, la percepción de todos los objetos deseados a la vista, pero no al alcance de los sentidos excitados. Mediante las cauciones, la prenda desde luego, podrá sin el favor ajeno, conseguir ese dinero, que le facilitará la rápida adquisición de lo que apetezca.

Para el prestamista, para el que, aún por interés, cumple aquella función de condicionalidad, deshaciéndose de su capital, de su dinero, para que otro satisfaga sus necesidades actuales, la prenda es asimismo de un valor inestimable. En efecto, si bien el acreedor tiene derecho para que el deudor le responda con la totalidad de sus bienes del cumplimiento de las obligaciones que ha contraído, empero, si continúa éste en posesión de aquellos, el acreedor corre el riesgo de que por negligencia del obligado se disminuyan o se extingan, de que

se celebre con respecto a ellos un contrato de venta o donación a un tercero, o finalmente, y lo que es peor todavía, que un acto fraudulento del deudor, le deje al prestamista en absoluta inseguridad.

“Hay algo mucho peor para los acreedores que la incuria del deudor, dice con mucha verdad Planiol, y es su mala fe. Puede entenderse con un tercero, que será considerado como adquirente de su bien por compra o por donación, y que reconocerá por un acto secreto que no es el verdadero propietario; puede transformar sus propiedades aparentes, muy fáciles de ser aprehendidas, y reemplazarlas por dinero o por valores mobiliarios fáciles de ocultarse; puede por pura perversidad y sin ningún provecho para sí mismo, consentir en actos que enriquezcan a sus parientes o amigos, empobreciéndolo. Por otra parte, las relaciones de negocios que existen entre los hombres, y que son infinitamente variadas, ofrecen mil ocasiones de defraudar a los acreedores, bajo formas que no pueden ser ni previstas, ni determinadas de antemano”. — (Planiol.— Droit Civil Tomo 2°. Pág. 106).

La posesión del objeto del deudor le pone al acreedor, en cambio, en situación de esperar a que aquél siendo el dueño, vaya por sí a verificar el pago, en su interés de recuperar la cosa empeñada que, regularmente de mayor valor que la deuda, la deseará en su poder; y, si inversamente, la cosa es de un tercero que la ha prestado al deudor, dicho tercero será en el hecho el verdadero cobrador, ya que para tal fin presionará constantemente al que por el favor recibido tendría como un deber de gratitud recobrar la prenda para devolverla. En ambos eventos, el acreedor se aborrazará de buscar a su deudor, de averiguar por el estado de sus negocios para tomar las providencias conservativas necesarias, de hacerle los requerimientos de pago, etc.; en caso de que no le cumpla por sí mismo la obligación, podrá en todo tiempo ejercitar la acción real consiguiente, y tendrá así la seguridad de que no ha de quedar insoluto su crédito.

Expuestas las ventajas de las cauciones, con especialidad de la prenda, tiempo es de determinar su concepto.

Tres acepciones tiene la palabra prenda, pues, designa ya el contrato en sí, ya el objeto que se da al acreedor en virtud de tal contrato para que lo retenga

en seguridad de su crédito, y, ya finalmente el derecho del acreedor sobre ese mismo objeto.

En el primer sentido, que es el que más interesa a mi objeto, Pothier, define la prenda como un contrato por el cual el deudor u otro por él, da al acreedor una cosa para que la conserve en seguridad de su crédito; y el acreedor se obliga a entregarla luego que su crédito haya sido satisfecho. (Pothier.—Oeuvres. Tomo V.—Traité du contrat de nantissement).

Más ampliamente Huc, da la siguiente definición: “Es un contrato por el cual la posesión de una cosa mueble es transferida a poder del acreedor para seguridad de su crédito, con el cargo de restituirla en su individualidad propia en seguida del pago o de toda otra satisfacción por él admitida; con el derecho eventual de hacer proceder a la venta de ese objeto en caso de no pago y de ser pagado de preferencia sobre su precio”. (Th. Huc.—Commentaire du Code civil.—Tome XII. Pág. 402).

Según las definiciones transcritas, la prenda es un contrato accesorio que supone necesariamente una obligación anterior válida; supuesta la existencia de un préstamo de dinero, por ejemplo, el deudor u otro por él hace entrega de un objeto mueble al acreedor, a fin de que éste lo devuelva en seguida de que se le verifique el pago; o lo ponga a la venta y se retenga el precio hasta concurrencia de su crédito, en caso de que aquél no cumpla su obligación. Subordinado pues, a su cumplimiento, lo está así mismo a su validez, a tal punto, que si por cualquiera circunstancia se declara la nulidad de la obligación principal, aquél, a su vez, queda sin efecto; al contrario, la nulidad del contrato de prenda no acarrearía como consecuencia la del contrato a que accede.

Materia de seria discusión entre los expositores, ha sido la de determinar si la prenda es un contrato unilateral o sinalagmático: es lo primero dicen unos, ya que, es sólo el acreedor quien se obliga a restituir la cosa al deudor luego que éste haya satisfecho su obligación. Otros al contrario, (1) si bien reconocen que al momento de la formación del contrato, se obliga únicamente el acreedor, empero, previendo que por conse-

(1) Baudry-Lacantinerie & P. de Loines.—Du nantissement. Tomo I.

cuencia de hechos posteriores, por ejemplo de dispensas necesarias hechas para la conservación de la cosa por el acreedor, puede también obligarse el deudor, lo clasifican en una categoría especial, que admitiendo ellos mismos impropia la denominación, la llaman *sinalagmático-imperfecta*

Careciendo de utilidad práctica esa distinción, que no está consagrada por la ley, creo aún más, que la denominación de unilateral hubiera de suprimirse por inútil, si para no aplicarla a un contrato debiéranse tomar siempre en consideración esos actos posteriores que pueden obligar al cocontratante. Los contratos de comodato, depósito, mutuo, son generalmente aceptados como unilaterales, y, sin embargo, nuestro Código, lo mismo que el Francés, obligan al comodante, al depositante, al mutuante, a la indemnización por ciertas erogaciones hechas por el directamente obligado, para la conservación de la cosa. (Arts. 2.178, 2.222, 2.190 del C. C.) Pero, debemos convenir en que esos hechos posteriores son eventuales; “no nacen directa ni esencialmente del contrato, sino por causales supervenientes y accidentales” (1). En el caso de la prenda, la obligación que puede llegar a tener el deudor encontrará su origen en las expensas necesarias de conservación erogadas por el acreedor prendario, pero no en el contrato mismo que obliga únicamente a la devolución del objeto entregado para seguridad del crédito.

Otra cualidad de la prenda, y que es común a las seguridades reales es la de indivisibilidad: toda la prenda afecta a toda la deuda, de tal manera que aún cuando se pague una parte o toda ella y no los intereses, podrá el acreedor retener la cosa empeñada; (Art. 2.378); del mismo modo, si la prenda, por muerte del acreedor pasa juntamente con la deuda a que accedía, a ser derecho de varias personas, ninguna de ellas podrá remitirla, ni aún en parte, mientras los otros partícipes no hayan recibido a su vez la cuota correspondiente de esa deuda (Artículo 2.387).

Expuestos así los principales caracteres del contrato de prenda, voy hacer ligero estudio ya de las personas que intervienen en él y de los objetos que pueden ser da-

[1] J. A. Villagómez.—Estudios de Legislación sobre el Libro IV del C. C. Ecuatoriano.—Publicado en “Anales de la Universidad Central.” Tomo II. Nueva Serie.

dos en prenda, como también de las formas a que está sujeta su constitución y de los efectos que produce entre las partes y respecto de terceros.

II

De las personas que intervienen en el contrato.

Constitución de la prenda por un tercero.—Constitución por el deudor.—Cualidades que debe tener el que deja una cosa en prenda.—Prenda sobre cosa ajena.

Como corolario de la primera cualidad que he recordado del contrato de prenda, relativa a que es accesoria de una obligación principal cuyo cumplimiento está llamada a garantizar, se deduce que las partes que intervinieron en dicha obligación, son también las que por sí mismas o por medio de personas diputadas al efecto, intervienen en el otorgamiento del pacto accesorio: el deudor, o sea el obligado del primer contrato entrega un objeto mueble al acreedor para responder de su cumplimiento; y este último, obligase a su vez a devolver la cosa recibida, en su individualidad, luego del pago.

Cuando la prenda se constituye por un tercero en razón de su amistad con el deudor y a su ruego, hay dos contratos distintos como lo hace notar Pothier: uno de mandato entre el tercero y el deudor, y el otro de prenda entre el mismo tercero y el acreedor (Pothier Ob. cit.—Du Nantissement. N° 16).

Pero para conocer en su verdadero alcance las obligaciones y derechos que pueden nacer de la intervención del tercero que constituye prenda un objeto suyo para garantizar obligación ajena, es conducente en mi concepto hacer todavía una distinción más, pues, o interviene el tercero como mandatario del deudor, en cuyo caso estamos dentro de la hipótesis formulada por Pothier, o bien, el tercero entrega la prenda por su cuenta, sin conocimiento del deudor; evento en el cual, no intervendrá un contrato de mandato, sino que será un cuasi contrato, el de agencia oficiosa, el que determine la pauta de sus correspondientes responsabilidades. En el primer caso, obrando el tercero como procurador, el verdadero constituyente de la prenda es el deudor, quién habrá de intervenir en todos los actos posteriores que tengan relación con dicho contrato, ya que, por lo

que hace el tercero, a menos de habersele dado atribuciones especiales o poder general, quedará extraño a ellos. El agente oficioso, está al contrario obligado a continuar la gestión, o a encargarla a otro hasta que el interesado pueda tomarla (Art. 2.271).

Otra materia, en la que puede prestar utilidad la distinción anterior, es la relativa a los efectos de la capacidad personal del tercero que celebra el contrato de prenda: El menor y la mujer casada pueden según el artículo 2.115 del Código Civil, ejercer el cargo de mandatarios, y la prenda que constituya alguna de esas personas con tal calidad, sería válida, pues no obliga al incapaz que contrata apoyado en el mandato conferido; en cambio, si como agente oficioso entrega prenda propia un menor o mujer casada, cualquiera de éstos tendría facultad para alegar la nulidad, fundándose en las disposiciones de los artículos 142 y 247-248; nulidad que, evidentemente, podrá también alegar el deudor, apoyado en las mismas disposiciones, o sea en la incapacidad del agente oficioso, cuando éste hubiere entregado en prenda una cosa perteneciente a aquél.

Por lo demás, el tercero que entrega una prenda, no contrae obligación personal alguna para con el acreedor; en consecuencia, si el precio de la prenda no alcanza a cubrir la deuda, no será él sino el deudor principal responsable por el exceso, a menos que en el acto constitutivo se haya obligado a ello expresamente, en cuyo caso, creo, el contrato debería considerarse más bien como de fianza que como de prenda.

Además de las condiciones generales de capacidad exigibles en toda persona que celebra un contrato, para el de prenda requiérese también que el individuo que empeña una cosa sea dueño, o que si no lo es, tenga la autorización, o a lo menos el consentimiento de aquél. En efecto, si en virtud de la constitución de la prenda, se entrega dicha cosa al acreedor para seguridad de su crédito, y se la afecta con su precio al pago, es lógico que la mentada entrega entraña una enajenación eventual, que consiguientemente no puede ser hecha sino por quien tiene derecho para ello como propietario.

En el caso de que la prenda se hubiere constituido sobre una cosa ajena y sin consentimiento del dueño, los comentaristas franceses, si bien reconocen que en principio esa constitución no puede tener eficacia respecto del propietario, en obediencia a la máxima

res inter alios acta, alis prodesse aut nocere non potest; esto es, de que ningún contrato puede perjudicar a un tercero que no intervino en su celebración, sin embargo, dicen que en la realidad, cuando la prenda consiste en un objeto mueble, la acción reivindicatoria del vendedor propietario se encuentra paralizada por aquél otro precepto constante del art. 2.279 del Código Francés, que estatuye que, en “*tratándose de muebles, la posesión significará título*”.

Ahora bien, según ella, el acreedor prendario que goza de un derecho propiamente real, siempre que acredite la buena fe con que ha contratado, tendrá opción para oponerse legalmente a la reivindicación, aun cuando el constituyente por su parte haya conocido el vicio de su posesión: sólo cuando la cosa que se da en prenda hubiere sido robada al dueño, o cuando éste la hubiere perdido, podrá excepcionalmente recuperarla de cualquier poseedor.

Francamente opuesto a este sistema, nuestro Código, adopta la máxima contenida en esta fórmula: “*nemo dare potest quod non habet*”, y permite la reivindicación de los objetos muebles cuyo poseedor no los hubiere comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase (Art. 881). Y más concretamente, en tratándose del contrato de prenda, dispone que en caso de no pertenecer la cosa al constituyente sino a un tercero que no ha consentido en el empeño, subsiste el contrato, sólo en cuanto no la reclama su dueño; pues, en caso de que éste la reclame, y de que se verifique la restitución, no queda al acreedor prendario otros derechos que los de exigir del deudor otra prenda o caución suficiente, o que, en defecto de ambas, se le cumpla inmediatamente la obligación, aunque haya plazo pendiente para su pago (Arts. 2.372 y 2.373).

Así, según la Legislación ecuatoriana, la mayor ventaja que se asigna al poseedor, es la de que se le repute dueño mientras otra persona no justifique serlo [artículo 688 inc. 2°]; de manera que, en caso de juicio reivindicatorio, podrá, si quiere, permanecer a la defensiva, pues que es el actor quien deberá presentar todas las pruebas que justifiquen su reclamo, como quiera que es él quien pretende innovar un estado que se supone arreglado a derecho; tendrá también facultad para contrarrestar la prueba de su contrincante, con la plena demos-

tración de cualesquiera hechos que acrediten la improcedencia de la acción, y finalmente, puede llamar a su vendedor para que concurra al juicio a defender su derecho; pero, siempre que, en definitiva aparezca justificado el dominio del demandante, el poseedor demandado sufre inevitablemente la evicción de la cosa y no le queda otro recurso que el de entablar también por su parte, la correspondiente acción de restitución del precio, contra su causa habiente.

Ahora bien, cuál de los dos opuestos sistemas, el nuestro que es el del Derecho Romano, o el Francés que se inspiró en este punto en el espíritu germánico, puede reputarse más en lo justo?

Desde luego, nuestra ley parece inspirarse en la más estricta justicia cuando garantiza los derechos del propietario a tal punto, que éste puede recuperar su objeto de cualquiera persona en cuya posesión le encuentre. Pero resulta que el poseedor puede ser de buena fe; puede haber hecho su adquisición por compra, o cualquier otro justo título; y entonces, si a pesar de ello se le priva del objeto por que su vendedor no fue el dueño, aparece ya que se le hace víctima de una expoliación legal por un hecho que no constituye una culpa, sino un acto normal en la vida del comercio. Pongo por caso el de un individuo insolvente que enajena un objeto que no le pertenece, y que lo tiene como depositario, comodatario etc., ¿no es justo que sea el que le confió la cosa el que deba sufrir los perjuicios de esa insolvencia, que no el tercero que compró el objeto; toda vez que es costumbre racional averiguar los antecedentes de aquél a quien se va hacer un préstamo, o entregar un depósito, mas no de aquél a quien se va a comprar una cosa?

En el contrato de prenda puede decirse lo mismo: el acreedor cuando es desposeído del objeto que se le dió en garantía, puede a su arbitrio exigir otra prenda o caución, o en falta de una o de otra, reclamar la inmediata cancelación, aunque hay a plazo pendiente para su pago. Pero, si el deudor carece de lo necesario para satisfacer su obligación vendrá a resultar el acreedor prendario de peor condición que el tercero, y esto, a pesar de que por el hecho mismo de no haber tenido confianza en la capacidad económica del que le solicitó el préstamo, le exigió como condición para acceder a su pedido, la entrega de un objeto que lo conservaría como prenda de cumplimiento; mientras que el último, el

favorecido, por tener en ese mismo deudor una imprudente confianza, le entregó el objeto para que abusando de ella le dé en prenda e inspire confianza al prestamista de buena fe.—Creo pues, que en este punto el Derecho Francés está mejor inspirado que el nuestro, tanto más cuanto que lo relativo al caso en que se constituya prenda sobre cosa ajena perdida o robada, o en el de acreditarse mala fe en el acreedor que la recibe, ambos derechos coinciden, pues el Código Francés acepta también en esas hipótesis, la acción reivindicatoria (1).

III

De las cosas que pueden ser dadas en prenda

Derecho antiguo: prenda sobre la persona.—Nuestro derecho: la prisión por deudas.—Estudio del Art. 552 del Código de Enjuiciamientos.—Prenda sobre muebles; id. sobre dinero y créditos.

El estudio del objeto de la obligación, si indispensable en toda relación jurídica, ofrece particular importancia al tratarse de la prenda, en cuanto de su estricta concepción, se deduce la diferencia específica entre este contrato y el de hipoteca, los mismos que juntamente con la fianza, tienen como finalidad, garantizar el cumplimiento de una obligación principal. “El objeto inmediato de toda obligación, dice Ahrens. es siempre una

[1] Si por los precedentes razonamientos me he inclinado a aceptar la doctrina francesa, no puedo desconocer el peso de los argumentos en que se apoyan los sostenedores del principio contrario: “La entrega o tradición, dice el ilustre profesor de Derecho Práctico en nuestra Universidad, no puede, por su misma naturaleza, conferir al que recibe otros derechos que los que el tradente tenía sobre la cosa: *nemo dare potest quod non habet.*” Luego, pues, si el tradente no era dueño ni representante del dueño; si, por lo mismo, no tenía facultad de transferir el dominio, el cual estaba radicado en la persona que perdió la cosa o fue privada de ella; ni la venta, que no es sino una declaración de voluntad de los dos contratantes, ni la tradición, que es el acto material de la entrega, pueden destruir ni alterar el dominio del dueño de la cosa, ni dar al tercero un derecho de que carecía el tradente.” V. M. Peñaherrera.—Dictamen Jurídico.—Reivindicación de documentos al portador.—1902, París.

prestación ; pero ésta consiste en sí misma, ya en entregar una cosa, ya en establecer un hecho, de modo que el objeto inmediato que finalmente nos proponemos en una obligación es una cosa o un hecho.”

La división de las cosas en muebles e inmuebles puede conceptuarse como el punto de partida de la distinción : si se trata de la afectación de inmuebles al pago, de modo que ellas subsistan en poder del deudor, el contrato es de hipoteca ; mas, si el objeto es mueble y se entrega al acreedor, el contrato se denomina de prenda en su genuino sentido.

Fácilmente se ve, según lo dicho, que la hipoteca como instrumento de crédito, ofrece mayores ventajas que la prenda, puesto que sin embargo de asegurar eficazmente al acreedor, permite que la cosa afecta permanezca en poder del dueño ; pero, esto estriba en la naturaleza del bien con que se asegura el pago, pues, si se afectan muebles, la facilidad existente de que los oculte el deudor, impone el que se le prive de su tenencia.

Puede constituirse la prenda sobre todos los objetos que están en el comercio, dicen de acuerdo los expositores antiguos y modernos : pero esta conformidad en la fórmula no implica acuerdo en el fondo, como quiera que su extensión y alcance han sufrido notable cambio en las diversas épocas. “ Nada se oponía en el Derecho romano para que la prenda tuviese por objeto, no solamente las cosas materiales e inanimadas, sino también los esclavos, pues ellos estaban en el comercio,” dice Dalloz, y agrega : “ En Francia durante la edad media, los siervos atados a la gleba, estaban comprendidos como accesorios, en los compromisos sobre la tierra misma, y en nuestras colonias, los esclavos han constituido, considerados no ya como accesorios, sino como cosas principales, seguridades de que se aprovechaban los acreedores.”

Se observa según lo transcrito que si en la actualidad sólo puede constituirse prenda sobre las cosas, en anteriores periodos históricos, aun la persona que había tenido la desgracia de nacer en la esclavitud o de perder la libertad posteriormente, podía también como cosa ser puesta en prenda. Y esto no era todo : el hombre libre que contraía una deuda ; podía en falta de pago ser reducido a la esclavitud ; él mismo podía en virtud de una convención, entregarse en propiedad a otro y enajenar su libertad, en cambio de un precio que se le entregaba ;

por consiguiente, no cabía la menor dificultad para que el hombre pudiera darse en prenda a sí mismo, obligándose a ser vendido como esclavo, caso de no cumplir su compromiso. [1]

Aun en falta de estipulación de prenda, a la manera como ahora tenemos adoptado en las legislaciones modernas el principio según el cual, el deudor constituye una especie de prenda general sobre todos sus bienes, en el sentido de que ellos representan la primera garantía del acreedor, así también en esos tiempos, era la persona la que respondía en *primer lugar* por los compromisos contraídos. “Para hacer pagar sobre los bienes, dice Troplong refiriéndose a esa época, es preciso que el acreedor heche mano, ante todo, de la persona; pues el derecho de propiedad es un accesorio, una dependencia del estado personal y civil; sigue sus condiciones; no puede perecer en razón de la potestad conferida por la deuda sino en tanto que el estado civil del deudor ha perecido también y su persona ha caído en la esclavitud del acreedor.” (Troplong.—Pref. pág. V).

Sociólogos eminentes [2], al estudiar el nacimiento de esa horrenda institución que convertía a un hombre en propiedad de otro hombre, han hecho muy acertadamente la observación de que la esclavitud representaba un progreso importantísimo, ya que, siquiera al impulso de un móvil económico, el vencedor se abstenía de matar a sus prisioneros de guerra, según era costumbre anteriormente; así la esclavitud por deudas, progreso era en cuanto vino a reemplazar al anterior derecho que tenía el acreedor de matar a su deudor, al extremo de que siendo varios, hacían entre ellos un sanguinario concurso de acreedores, distribuyéndose los miembros y las entrañas palpitantes del cadáver del deudor.....— [Troplong. Pág. LXIX].

Lento es el progreso del derecho, cuando existen prejuicios o intereses de por medio: si el establecimiento de la esclavitud encontró fácil el camino, fue porque con ello se ganaba económicamente; pero cuán dura y largamente le vemos luchar al hombre para conseguir al fin el abolirla! Ligeras ventajas se consiguen en Roma en beneficio del deudor en el curso de varios siglos: la

(1) Dalloz.—Contrainte par corps.—Chap. I, N° 8.—Troplong.—Contrainte par corps.—Pref. Págs. XXII y LIII.

(2) Letourneau.—L' Evolution de l' esclavage.—Cap. XX, pág. 490.—Sales y Ferré.—Sociologia General. Pág. 360.

ley Rubria establece primero una persecución en los bienes del deudor, que deja ya en ese caso ileso a la persona; hacia el fin de la República, Julio César estatuyó en la *Lex Julia bonorum praescriptio*, un beneficio de cesión, en virtud del que el deudor podía evitar la infamia de la expropiación forzosa, dimitiendo él mismo los bienes que poseía. Pero en ambos casos, la situación del deudor insolvente subsistió la misma que en el derecho antiguo, toda vez que no tenía bienes que dimitir: fue necesario el advenimiento del Cristianismo que trajo a la sociedad ideas de humanidad y de emancipación, para alcanzar una mejora relativa. Con el fin de evitar las torturas con que el vengativo acreedor, acostumbraba martirizar al deudor insolvente, se estableció una prisión pública en donde “el deudor debía sufrir la ejecución corporal” (Daloz). Si se obtuvo así evitar la persecución directa del acreedor, el régimen de tormentos no concluyó empero para el deudor: como si hubiesen sido subrogados en los derechos del acreedor, los capataces de esas prisiones públicas, sucedieron a aquellos en hacer insufrible la vida de los infelices condenados. Fue Justiniano quien, en definitiva, vino a dulcificar la suerte de los deudores; “Cuánto más severo, dice Daloz, había sido para ellos el derecho antiguo, más suavizó, a su respecto, las disposiciones del nuevo”. Instituyó él, el beneficio de insolvencia, a virtud del cual el deudor que con juramento afirmaba estar en ese estado, y siempre que no haya provenido de negligencia culpable, sino de golpes adversos de la suerte, podía escapar a la prisión y a la afrenta anexa a la cesión de bienes [Daloz].

Parecida evolución se operó, en esta materia, en la Edad Media: desde el derecho de vida y muerte sobre el deudor conferido al acreedor, y pasando por el de reducirlo a la servidumbre, llegóse al mismo término de reemplazar la esclavitud con la prisión. Tanto entre los galos y en el derecho germánico, como entre los turcos y en Italia, siguieron los hechos ese desenvolvimiento paulatino y progresivo; y junto al concepto de enajenabilidad de la persona, se encontró inseparable la facultad a ella concedida para darse a sí misma en prenda del cumplimiento de la obligación que había contraído.

Sumamente discutida la prisión por deudas, ha sufrido encarnizados ataques y apasionadas defensas; ba-

tida en cuanto ataca uno de los más preciados derechos del hombre, el de libertad considerado inalienable; sostenida luego en tanto se la considera necesaria para el mantenimiento del crédito, como medio coercitivo para hacer cumplir las obligaciones contraídas. Uno de los autores que más a fondo ha tratado la cuestión, Troplong, sin embargo de reconocer que el derecho moderno a la inversa del antiguo, hace responsable a la persona sólo de un modo moral, pero no corporalmente; no obstante de admitir que “la libertad personal tiene más derechos que deberes impone la obligación jurídica”; empero, acepta finalmente que cuando un grave motivo de interés público lo impone, la ley acuerda una coacción sobre la persona, una responsabilidad corporal que suspende temporalmente la libertad: “Concesión inmensa y dolorosa, concluye, que, por lo mismo, será raramente pedida y no será parsiminosamente concedida por el poder humano, sino por necesidades de un orden excepcional”.

Por la importancia que tienen, voy a permitirme transcribir los párrafos con que el ilustre civilista citado, defiende su sistema:

“No hay derecho del hombre, por importante que sea, dice, que no encuentre su restricción y su límite en alguna obligación correlativa cuyo cumplimiento importe a otro o a la sociedad. Cualquiera que falte a este derecho de los otros, compromete por lo mismo, respecto de ellos, su propio derecho; y como la justicia debe tener a su disposición la fuerza necesaria para ser obedecida, se sigue que toda obligación tenga por sanción el poder de hacerla ejecutar por medios de constreñimiento sabiamente ejercidos sea sobre la persona, sea sobre los bienes. Aquel que ha faltado a sus deberes hacia el prójimo no podría oponerse a que sus derechos naturales sufran una disminución por efecto de ese constreñimiento. ¿No ha querido él mismo disminuir el derecho de otro? Y qué injusticia se le hace, puesto que el fin de la coacción no es causarle perjuicio, sino de hacerle dar a otro lo que le ha prometido y lo que es de derecho”.

“Aquél, pues, que ha dado su palabra, y que la quebranta voluntariamente, merece ser atacado por una coacción restrictiva de sus derechos de propiedad o de libertad. La libertad es sin duda de un gran precio; es pues preciso no atacarla con ligereza. Pero en princi-

pio, no se ve la razón de justicia por la que no pueda ser puesta a prueba para procurar la ejecución de la convención contratada por el deudor recalcitrante. ¿No es la persona la que se ha contratado con los terceros? Y puesto que ella ha faltado y es contumáz, por qué el constreñimiento no se ha de ejercer sobre ella, sobre la persona, si este constreñimiento es el solo y último medio que queda a la sociedad para asegurar la fe jurada? Solamente la ley, reglando esta coacción, debe guardar la justa y saludable reserva que pide la humanidad”.

Por mi parte creo que el criterio racional para considerar si se acepta o no como justa y como necesaria la prisión por deudas, es el del estudio de la personalidad, con sus derechos y sus deberes.

El hombre, en efecto, como ser dotado de razón, tiene una misión de cultura y de perfeccionamiento y en ese concepto se dice que tiene una finalidad que realizar. Miembro de la sociedad, desarrolla su actividad en un doble aspecto: como persona tiene múltiples necesidades que satisfacer y para ello ha menester del concurso de sus semejantes; entonces él mismo es a su vez una finalidad a cuya realización deben prestar su concurso los otros hombres; inversamente, para tener opción a exigir, se ve él también precisado a hacer prestaciones voluntarias a beneficio de aquellos, y de ese modo viene a ser un medio para la realización de sus fines y de la sociedad en general. Estos dos aspectos son los que dan margen para considerar al hombre como sujeto de derechos y obligaciones. Ahora bien, si el hombre puede ser considerado como medio, es sólo en cuanto es necesario para que los otros hombres cumplan también sus fines, y, sin menguar por tanto su aptitud para los suyos propios: de ahí nace la armonía jurídica dentro del Estado moderno. Convertir a la persona en un objeto secuestrable, subordinarla al cumplimiento de una relación económica, equivale precisamente a desconocer que ella es un fin en sí misma; es ponerla en situación de no poder cumplir su misión en la vida, misión o finalidad de tal modo inherente a su naturaleza, que, con razón, se acepta ahora como un axioma jurídico que ni ella misma puede sustraerse a su realización, con la renuncia o enajenación de sus derechos más importantes: del mismo modo que no puede dar fin a su personalidad con el suicidio, no puede amenguarla con

un atentado a la integridad de su cuerpo, o con la voluntaria pérdida de su libertad.

Entre los derechos asignados a la persona, los hay de más o menos valía, según lo indispensables que le sean para realizar los enunciados fines: el de propiedad, por ejemplo, no puede asimilarse al de libertad, pues, la privación del primero de esos derechos, no implica como la sola restricción del segundo un encadenamiento del sujeto, un atentado contra la personalidad humana. Desde luego, considero exacto el argumento expuesto de que la justicia debe tener a su disposición la fuerza necesaria para ser obedecida; ya en el propio sentido lo dijo Pascal: "La justicia sin la fuerza es impotente, la fuerza sin la justicia es tiránica. Es necesario poner juntas a la justicia y a la fuerza, y hacer que lo que es justo sea fuerte y lo que es fuerte sea justo"; pero, a mi ver, el problema está en si sea absolutamente indispensable ir contra la persona, o si es posible encontrar esa coacción en la restricción de uno de los derechos si más preciados para ella, menos esenciales, porque no le inhabiliten para el cumplimiento de su misión cultural y humana.

La libertad en general y en el caso especial de que ahora se trata, la libertad física, es un supuesto necesario de la persona, pues, como dice Giner, no cabe que sin ella tenga conciencia del derecho, ni pueda proponerse para realizarlo, si la privación aun temporal de la libertad, le pone al hombre en la imposibilidad de realizar su fin, como medio coactivo para que pague el dinero que se le prestó, surte un efecto más bien contrario a dicho objeto, ya que, en estado de reclusión estará en potencia menor para gestionar la solución de la deuda, toda vez que la privación de libertad le imposibilita hasta para el trabajo usual que le produce el sustento diario. Trato aquí de la falta de pago por carencia de bienes; pues, del caso de ocultación fraudulenta, estudiaré en sitio más oportuno, al analizar la legislación nacional.

Si bien es cierto que en un contrato es la persona la que se obliga, y que en el caso de no pago, es la misma persona la que falta a su promesa, en pero, todos los contratos recaen, como ya lo he recordado, sobre los *bienes*: la prestación es el único objeto de la relación jurídica; luego, de un modo mediato, el individuo que contrata, afecta sus bienes, sus propiedades al cumpli-

miento de lo pactado; he ahí por qué. al analizar el concepto de la prenda, expuse el principio ya reconocido por el derecho moderno, consistente en que el acreedor tiene una especie de prenda sobre la totalidad de los bienes del deudor (1). Ahora, si el objeto de la prisión es llegar a los bienes, por qué no empezar y concluir por la persecución de ellos para que con su producto se satisfaga al acreedor? Es un mal necesario dice Dalloz hablando de la prisión; pero si sólo es el concepto de necesidad el que la haga adoptar, bien creo que en habiendo otros medios idóneos que hagan casi inútil la prisión, cede el campo de la necesidad al de la justicia que en todo caso pide que no se atente contra la persona. Con un buen sistema legislativo, puede conseguirse hacer innecesario ese mal mediante otros arbitrios. Tal lo ha hecho Francia, a partir de sus leyes de 22 de Julio de 1867 y de 19 de Diciembre de 1871, que abolieron absolutamente la prisión por deudas.

Nuestro Código de Enjuiciamientos en materia civil, en el art. 552. establece la prisión por deudas procedentes de contratos civiles o mercantiles, en los casos siguientes: "1º.—Si la deuda proviene de depósito, de estelionato u otro fraude, o de arrendamiento de impuestos fiscales o municipales, de obra o de servicio personal; y, 2º.—Si el deudor ha ocultado bienes o los ha enajenado simuladamente, o si, por cualquiera otra causa, la insolvencia es culpable o fraudulenta". Como se ve, esta disposición es verdaderamente restrictiva, ya que, no aceptándose la prisión sino en los casos enumerados, de hecho quedan excluidas de esa coerción personal las deudas que proceden de cualquier otro contrato: mutuo, comodato, etc. Sin embargo, como lo diré luego, la práctica es muy diferente, pues al amparo de las disposiciones legales se procura llegar en el mayor número de los casos a aquel resultado dañoso para la persona. Para no alargarme demasiado, voy a analizar someramente los más importantes puntos del artículo que he transcrito.

(1) Nuestro Código reconoce ese principio en el art. 2.247, que dice: "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuados solamente los no embargables, designados en el art. 1.608".

El primer caso que la ley ecuatoriana ha querido sancionar con prisión, es el que procede del contrato de depósito. De suma importancia es en nuestra legislación el estudio de las características de este contrato, a saber las que le diferencian de los de comodato o de mutuo, pues, según sea uno de éstos o depósito, varía al quantum de responsabilidad del obligado.

Llámase en general depósito, dice el art. 2.198, el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie”.

“Comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso”. (Art. 2.161).

Lo que caracteriza esencialmente a este segundo contrato, es pues, la gratuidad que lo distingue del arrendamiento, por el que también se confiere el uso de un bien, pero a título oneroso, o sea mediante el pago de un precio o canon; la circunstancia de recaer sobre cosa no fungible, toda vez que ha de restituirse en especie, en su individualidad, lo diferencia del mutuo; el uso consentido al tenedor de la cosa, y el plazo obligatorio para las dos partes, en especial para el dueño, lo diversifican en fin del depósito.

Las diferencias anotadas entre el comodato y el depósito, no son absolutas: según las definiciones transcritas, el comodato es el préstamo de uso, y el depósito un encargo de guardar; sin embargo, según la disposición del art. 2.207, mediante el permiso expreso o *presunto* del depositante, puede el tenedor usar de la cosa; todavía más: la obligación del plazo puede equiparse también en el comodato a la misma situación facultativa para el dueño estatuida en el depósito. a virtud de un acuerdo de las partes y en conformidad con el art. 2.181, o sea en el *comodato precario*. La diferencia en esos puntos capitales, viene así, en virtud de permisos y reservas, a constituir casi un juego de palabras.

Si pequeñas son, según lo expuesto, las diferencias que separan el depósito del comodato en su esencia, lo propio sucede en lo que concierne a la responsabilidad que por la conservación de la cosa corresponde a los respectivos obligados: el comodatario irrestrictamente y en todos los casos es responsable hasta de la culpa le-

vísima (art. 2.165), mientras que, de un modo general, el depositario responde solamente de la culpa grave, y no responde de las otras sino en caso de estipulación expresa, o de que se haya ofrecido espontáneamente, o pretendido que se le preste a otra persona para depositario, o, finalmente, en el de que éste tenga algún interés personal en el depósito, sea porque se le permita usar de él en ciertos casos, sea porque se le conceda remuneración (art. 2.209). Perfectamente de acuerdo con la justicia esta distinción, se funda en que mayor grado de prudencia y cuidado debe desplegar aquél a quien no solo se distingue con la confianza que supone el préstamo, sino que también y de modo gratuito se le faculta para usar de la cosa prestada.

Las precedentes observaciones, hechas a propósito de la estrecha similitud y hasta confusión que puede tener lugar entre los contratos de comodato y de depósito, son, con pocas variantes aplicables a las relaciones de analogía y de diversificación del mismo contrato de depósito, término actual de comparación, con el de mutuo.

“Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad”. dice el art. 2.183; en consecuencia, si la expuesta calidad de recaer esta convención sobre cosas fungibles y la de que es susceptible de revestir un carácter oneroso mediante la estipulación de interés, le distinguen del comodato; en cambio, participa con este último de la diferencia con el depósito en cuanto al plazo, que quedó anotada en su lugar. Considerando ahora el fondo mismo, se encuentra como característica del mutuo, que lo diversifica de los anteriores, la circunstancia de que la tradición indispensable para su perfeccionamiento, transfiere el dominio, cosa que no sucede en el depósito, que no confiere sino la tenencia al depositario.

Pero, conforme a la presunción establecida por el art. 2.208, el depositario de dinero tiene facultad *para emplearlo* siempre que se la haya confiado sin las precauciones enunciadas en la misma disposición, a saber, en arca cerrada cuya llave retenga el depositante, o de otro modo que impida tomarlo sin fractura; quedando en consecuencia obligado a restituir oro tanto en la misma moneda, cuando aquél le exija; ahora bien, si el empleo del dinero consiste en utilizarlo como tal gas-

tándolo o empleándolo en una especulación cualquiera, y en tal concepto, parece para el que lo emplea, entra en la categoría de las cosas fungibles según el art. 564 (inc. 3°.), y por lo mismo, vienen a concurrir respecto de él todas las condiciones que se han menester según el ya citado art. 2.183, para que se considere mutuo al depósito de dinero.

Sin embargo, otras diferencias existen entre ambos contratos, que dan lugar a diversas consecuencias jurídicas: En el mutuo, la estipulación de plazo obliga a las dos partes, excepto solamente el caso en que no se han pactado intereses en que el deudor puede renunciarlo; al contrario, en el depósito, la restitución se verifica a voluntad del depositante, para quien por lo tanto no es obligatoria dicha estipulación [art. 2.213]. Manifesté ya también la diferencia relativa a que si en el depósito no se confiere sino la tenencia de la cosa (art. 702), en el mutuo, la tradición indispensable para su perfeccionamiento transfiere el dominio: dedúcese de esta diferencia, que en el depósito cuando se permite el empleo del dinero que es objeto de él, se impone al depositario la obligación de restituir otro tanto en la misma moneda; mientras que en el mutuo, esa restitución se ajusta sólo a la relación numérica enunciada en el contrato (arts. 2.186 y 2.208).

Por algunos jurisconsultos ha querido también presentarse como diferencia la de estipulación de interés; y se ha sostenido que por el hecho de probarse que el deudor los ha pagado, el contrato era de mutuo. Controvertible es el punto, pues, si es cierto que en el terreno científico, esa estipulación es demostrativa de que se facultó el uso del capital, empero, en el campo legal, estoy con los que opinan que no siendo de la esencia del mutuo, la estipulación de interés; que no estando prohibido ese pacto por otra parte en el depósito, y, finalmente, que siendo permitido según el ya citado art. 2.208 el uso de la cosa por el depositario, cabe que al concederle el permiso necesario, se le exija cierta gratificación por el uso, y que tal gratificación consista en el supradicho interés; con la condición desde luego, que la restitución sea de verificarse a voluntad del depositante. En los bancos, es muy usual el que se acepten depósitos reembolsables a la vista, abonando al depositante un módico interés por el tiempo en que aquél permita el uso de su dinero. No obstante, creo que aun legalmen-

te debe considerarse mutuo el caso en que comprobándose que se han estipulado intereses, se justifique además, que ellos se pagaron por un tiempo determinado al constituirse la obligación, aun cuando sea solamente por haber intercalado su monto en el capital por el que suscribió el obligado el título o documento respectivo; pues, de ese modo, quedará acreditado que el depositante se obligó por un hecho tangible a respetar el plazo, que es, en definitiva, la más imborrable cualidad del mutuo.

De grande trascendencia resulta esta dilucidación en la práctica, ya que, en virtud de la sanción establecida por el Código de Enjuiciamientos, conminando con prisión el pago de las deudas procedentes de depósito, apenas hay caso en que los prestamistas en su afán de conseguir las mayores seguridades posibles, no impongan a los que les soliciten su dinero, como condición *sine qua non* de hacerles el préstamo, la suscripción de una obligación en depósito: la estipulación de interés es de cajón, y para ocultarla, se descuenta del capital la suma que por tal concepto ha de corresponder al acreedor hasta el vencimiento: con este disfraz, casi no existe préstamo que no sea depósito, y, contra el espíritu de la ley, no hay por consiguiente excepción a la irrestricta prisión por deudas, y así salta a la vista que hemos retrogradado a la práctica repudiada por el derecho moderno, de que la persona se afecte a sí misma como prenda, esto es que cual un bien cualquiera constituya al amparo de una estipulación, una paradójica seguridad *real* sobre su *persona*.

Además, el estudio de las analogías y diferencias existentes entre los aludidos contratos de mutuo y comodato y de depósito, me ha parecido necesario para fundar a la postre mi opinión de que si la ley no considera de justicia conminar con prisión al deudor mutuario o comodatario, no es del caso tampoco que exista esa coacción personal en el depósito, pues, si es cierto y lo reconozco, la no devolución de éste implica un abuso de confianza al haber dispuesto de la cosa que se le confió para que la guarde, empero, creo también que en el mayor número de los casos y sobre todo cuando se trata de dinero, ese uso ha provenido de convenio con el depositante, convenio que se ha ocultado por exigencias de éste, en su mira de conseguir las más efi-

cientes garantías o seguridades contra el deudor, mediante la estipulación de depósito.

La supresión del N.º 1.º del art. 552 del Código de Enjuiciamientos, no privaría al verdadero depositante de una sanción personal contra su deudor, cuando pruebe el abuso de confianza, la ocultación de bienes o el fraude, pues estos hechos como delitos están consignados punitivamente en el Código Penal (Libro X.—Cap. 3.º.) Por otra parte, y si como lo he recordado, la opinión que sostiene la prisión por deudas se funda en la razón de la necesidad de que exista un medio coercitivo contra el deudor recalcitrante que pudiendo pagar no lo hace, y a fin de que por librarse de la prisión se decida a pagar, ese medio puede encontrarse en otros procedimientos legales preconizados para las deudas procedentes de cualquier contrato por nuestra Legislación adjetiva.

En efecto, si el tenor del art. 625 del Código de Enjuiciamientos, la cesión de bienes constituye la tabla de salvación del deudor de buena fe que en virtud del art. 552 es reducido a prisión, creo que a partir de las reformas que en el procedimiento se dictaron por la Legislatura del año 1916, el concurso necesario ha venido a ser también la más eficaz medida para constreñir al deudor que teniendo bienes se resiste a cumplir sus compromisos: en adelante, según los arts. 23 y siguientes de la enunciada Ley Reformatoria, el concurso puede ser obtenido por los acreedores con mayores facilidades que conforme el reemplazado art. 630 de dicho Código; pues, para que ahora tenga lugar este concurso, basta que el deudor requerido por el mandamiento de ejecución, no pague ni dimita bienes o que los bienes dimitidos sean litigiosos o estén situados fuera de la República, o consistan en créditos que no consten por escrito, o sean de persona de insolvencia notoria, o no sean de la posesión del deudor"; o, finalmente, que los dichos bienes "sean insuficientes para el pago, según el avalúo practicado en el mismo juicio, o según las posturas hechas al tiempo de la subasta". Como consecuencia del concurso, vendrán ya sea la ocupación de los bienes, libros, correspondencia y documentos del deudor, la interdicción del mismo para administrar sus bienes y para contraer sobre ellos nuevas obligaciones; y ya también el juicio sobre su culpabilidad o inculpabilidad. Con este sistema se investi-

gará si el deudor tiene bienes, en cuyo caso se harán pago los acreedores; y si verdaderamente carece de ellos, se le apresará si, pero sólo en el evento de que aparezca haber procedido culpable o fraudulentamente: la prisión en este caso no lesiona a la persona considerándola como un medio, sino que a virtud de haber ella violado un derecho sancionado por la ley penal, debe satisfacer a la sociedad perturbada por el delito cometido (1). Pero, si al contrario, no existe prueba de tal culpabilidad, la persona quedará ilesa, sin que se le prive ni aun momentáneamente de su libertad.

Iguales consideraciones que las que acabo de hacer respecto del depósito, pueden formularse igualmente de los demás casos en que según el art. 552 inc. 1º, del Código de Enjuiciamientos, es permitida la prisión como medio conminatorio de pago.

El *estelionato* es según la definición de Escriche, “el delito que comete el que maliciosamente defrauda a otro, encubriendo en el contrato la obligación que sobre la hacienda, alhaja u otra cosa tiene hecha antecedentemente,” (2)

Antes de que la ley francesa de 1867 suprimiese totalmente la prisión por deudas, aplicación más frecuente que en nuestra nación tenía en aquella el constreñimiento por causa de estelionato; pues, si en el Ecuador en virtud de leyes expresas que reglan la transmisión de los derechos sobre los inmuebles, no se efectúa élla mientras no se otorga escritura pública y se inscriba el título en el Registro del Anotador de hipotecas (arts. 675 y 1.791), lo que hace imposible la ocultación del contrato anterior, al menos por causa que no sea la desidia del propio interesado; al contrario, en Francia esa ven-

(1) En ello se encuentra aun la ventaja de que como pena, tiene una duración limitada; no la indefinida que resulta de la aplicación del art. 552.

(2) Esta definición consta en el “Diccionario razonado de Jurisprudencia” por Escriche, edición de 1831; me parece más exacta en su aplicación a este caso, que la dada por el mismo autor en la edición de 1863: Estelionato, dice, es todo fraude o engaño que se comete en las convenciones u otros actos y no tienen nombre o género determinado”. Este concepto es demasiado lato para armonizarlo con nuestra ley, pues, al decir el art. 552 “estelionato u otro fraude”, no quiso seguramente emplearlo como *todo fraude innominado*, sino en un sentido más restringido y técnico.

ta es perfecta por el solo consentimiento y no se necesita del instrumento privado sino para asegurarse contra terceros, en los contratos que recaen sobre inmuebles de mayor valor que 150 francos [Daloz.—Vente. Nos. 58 y siguientes]. En el Ecuador, repito, sólo cabe el estelionato en tratándose de muebles, y como delito que es hállase sancionado por el Código Penal.

La razón de Estado, evocadora antes de retaliaciones funestas para la humanidad. en cuanto a su amparo el príncipe señor de vidas y haciendas, fulminaba contra cualesquiera súbditos con la muerte, el destierro o la confiscación, puede en el día reputarse como la causa justificativa de la existencia de procedimientos especiales y violentos para la recaudación de las rentas fiscales o municipales; los servicios públicos no pueden esperar para su realización a la justicia o judicatura ordinaria, que hecha para circunstancias normales, es insuficiente, tardia y anómala para el Estado. He ahí por qué el Código de Enjuiciamientos en la Sección final del Título II Libro II, crea la jurisdicción coactiva, en la que se concede a los empleados de la Hacienda Pública, como representantes del Estado, la facultad de conminar por sí mismos al deudor del fisco para el pago inmediato; y que, en caso de incumplimiento, ordenen el embargo de bienes, o en su falta, la prisión de aquél hasta que pague, o de fiador llano pagador, o haga cesión de bienes (art. 1.009 del C. de E. E.) En cuanto al juicio sobre las excepciones que puede alegar el deudor, no tiene lugar sino “después de depositada la cantidad a que ascienden la deuda y costas o el producto de los bienes rematados” [art. 1.013 del Código citado], pues, como lo ha enunciado Hauriou, el constreñimiento administrativo no es una sentencia sino más bien una decisión administrativa, y, en consecuencia, esa doble presunción de veracidad de la administración, relativa ya a la existencia del crédito, y ya al cálculo de su quantum, declina ante una oposición regularmente formulada y el asunto es llevado ante el tribunal competente. [Hauriou.—*Precis de Droit administratif et de Droit public.*—1914.—Pág. 862, en nota].

A pesar de todo, y por más altas razones de respeto a la personalidad, creo que la prisión debe suprimirse para todos los casos en que no se compruebe fraude o culpa del deudor en el respectivo juicio de concurso provocado por el empleado fiscal.

Severa en sumo grado es nuestra Legislación respecto del trabajador manual que no satisface a su acreedor, sea realizando la obra que se comprometió hacer, sea restituyendo el dinero que recibió por cuenta de aquella. Muestras de ese rigor encontramos ya en el Código Civil, que en su art. 1.543 dispone que si en la obligación de hacer, el deudor se constituye en mora, el acreedor puede pedir que se le *apremie* para la ejecución del hecho convenido.

El Código de Enjuiciamientos que como se ve por la transcripción que he hecho del art. 552, coloca entre las deudas cobrables por medio de prisión las procedentes de obra o de servicio personal, distingue en el art. 58 sobre si es o no realizable el hecho, conmina en el primer caso al deudor para la realización, reduciéndole a la cárcel, y en el evento de no ser de posible realización, ordena se proceda al embargo de bienes en la forma común, "previa una liquidación sumaria de la estimación del hecho". La facultad concedida en el art. 625 mediante la cual el deudor preso por cualquiera de los motivos enumerados en el art. 552, puede recobrar la libertad haciendo cesión de bienes, no existe para el obligado a hacer: la disposición especialísima del art. 1.029 niegue ese supremo remedio: "No habrá lugar a concurso, prescribe el artículo mentado, cuando el deudor como jornalero, artesano o doméstico, esté obligado a hacer alguna cosa. En este caso, el deudor de obligación de hacer, podrá consignar la suma que importe su obligación, con más los perjuicios que se liquidarán en juicio verbal sumario, y será puesto en libertad"; por donde se ve, que el único medio por el que el deudor de una obligación de hacer puede obtener su libertad, es el del pago. [1]

El Código de Policía se ocupa también de este caso, relativamente a los jornaleros; y así, el art. 110 dispone que "el jornalero que, sin justo motivo o sin licencia de su patrón, faltare a su trabajo o abandonare a su patrón, será reducido a prisión, y no podrá ser excarcelado si no rindiere fianza, a satisfacción del patrón o del Juez, de

(1) La Ley Reformatoria de 1916, da una nueva disposición en el mismo sentido: "Art. 22.—No habrá lugar a concurso ni al beneficio de cesión de bienes, cuando se trate de obligaciones de hacer, si el hecho es realizable y no se ha sustituido a esas obligaciones la de pagar en dinero.

cumplir fielmente su contrato. Mientras dure la prisión, el jornalero tiene derecho a ser asistido con veinte centavos diarios imputables a su cargo, por su patrón”.

Si numerosas por razón de la importancia de la materia, son las publicaciones que se han hecho acerca del concertaje en el Ecuador, pues que, jurisconsultos notables, agricultores y clérigos han aportado su contribución ideológica a la mejora y educación de nuestros jornaleros, los infelices indios; olvido casi absoluto ha existido en cambio, en lo relativo al estudio de esta institución, la de la prisión del jornalero, sin embargo de que ésta juntamente con el concertaje, forman el círculo de hierro que oprime y estrecha a esa desgraciada clase social . . .

Empero, razones más poderosas que en los otros casos, han impulsado al Legislador para conminar con prisión al que recibe dinero para realizar una obra y después falta a su compromiso: en ningún caso aparece tan palpable la presunción de fraude que en éste en que el individuo arrienda “la fuerza productiva” existente en su propio ser, y que se niega después de recibido el precio a ponerla al servicio del que le pagó. De él sólo depende cumplir su compromiso y lo repugna; no es sobre sus bienes que recayó su compromiso, sino en la propia energía de su persona. He expresado que no me parece justo que se constriña con prisión a la persona para que pague sus deudas, y, he manifestado que la cesión de bienes, el concurso, con su juicio accesorio de calificación de la insolvencia, debe demostrar si habiendo fraude o culpa en el deudor, se le impondrá o no la prisión como pena.

Y en el caso actual, acepto también que sería peligrosa y talvez de funestas consecuencias para la agricultura y la industria en general, la abolición de todo castigo al que recibe el precio de una obra cualquiera y se niega fraudulentamente a devengarla ejecutando aquella; en consecuencia, si no en el juicio de concurso, en el que según ley debe seguirse contra el moroso que no cumple su obligación, puede o condenársele al pago de la cantidad que recibió, con la correspondiente indemnización de perjuicios conforme al inc. 3º. del citado art. 1.543 del Código civil, o autorizar al acreedor para hacer ejecutar el hecho a expensas del deudor (inc. 2º. del id.), o, finalmente, que en el evento de ser éste insolvente y de negarse fraudulentamente a cumplir su

obligación, se le sancione con una pena correccional. De esta suerte, la prisión dejaría de ser un medio coercitivo, para convertirse en una pena que hiera solamente al deudor fraudulento o culpable, y no por término indefinido, que es la mayor injusticia de la prisión por deudas, en que el deudor sin disminuir un céntimo de su deuda, permanece por tiempo ilimitado privado de su libertad, sino al contrario, por un término determinado, impuesto en consideración a la máxima gravedad de su falta (1). En la actualidad, un jornalero puede permanecer meses enteros en la cárcel, sin más retribución que la de veinte centavos diarios imputables a su cargo. ¡Barato sistema mediante el cual sin gravar tampoco con un solo céntimo su patrimonio, puede un rico propietario conservar por mucho tiempo a un hombre sin libertad! Y no siempre sería cuerdo afirmar que es el capricho del jornalero el que le coloca en esa situación: El maltratamiento, la sevicia, la imposición de tareas superiores a sus fuerzas, pónenle con frecuencia en el trance de buscar en la fuga la panacea de sus males; ya que, para el infeliz obrero deudor de considerable cantidad, puede conceptuarse inexistente la acción de deshaucho del contrato de trabajo concedida por los arts. 1.984 del Código civil y 101 del Código de Policía, por carencia de dinero para extinguir su deuda. Podrá, haciendo mucho, cambiar de amo; pero libertarse del terruño al que está atado como el siervo medioeval a la gleba, no ha podido casi nunca aquel que una vez tuvo la desgracia de concertarse.

Terminada la digresión acerca de la prisión por deudas, tema que no he podido resistir a la tentación de tratarlo aun ligeramente, ora en razón de su importancia práctica y ora por su relación histórica con la antigua institución por la que un hombre podía afectarse como prenda, por sí mismo si era libre, o por su dueño si tenía la infelicidad de ser esclavo, réstame considerar los últimos problemas concernientes al objeto de la prenda.

(1) Según el inciso 5º. del art. 987 del C. de EE., se dispone que la deuda del que por insolvente ha sido reducido a prisión, se devengue a razón de un sucre por cada día de privación de libertad; pero claramente se ve que esa prescripción no es aplicable al jornalero, respecto del cual rige sólo la transcrita del Código de Policía.

Según la definición dada por nuestro Código, el contrato de prenda consiste en la entrega que de una cosa mueble se hace a un acreedor para seguridad de su crédito; ahora bien, de esto se deduce que todas las cosas que según la ley se reputan muebles, sean fungibles o no, pueden ser objeto de este contrato, y así, las especies monetarias mismas pueden ser entregadas en tal calidad. Pothier, y con él Dalloz, presentan como ejemplo típico de colocación del dinero como prenda, el que se encuentra en los estatutos de ciertas bibliotecas públicas y que faculta a los bibliotecarios para hacer préstamos de libros, con la condición de que los prestatarios consignen en poder de aquellos una suma equivalente al doble del valor del libro prestado, para garantizar su restitución. Este caso de prenda que facilitaría notablemente las consultas de libros pertenecientes a las bibliotecas públicas, sin menguar la responsabilidad de los bibliotecarios, es casi desusada entre nosotros, por carencia de facultad permisiva cuando no prohibición expresa de los reglamentos respectivos. Otros ejemplos pueden presentarse de más frecuente aplicación en la práctica de nuestros contratos: en el arrendamiento de fundos v. g., es costumbre rendir fianzas, hipotecas, o prendas de cantidades de dinero, para responder por las indemnizaciones que sean imputables al arrendamiento en razón de daños que sobrevengan en la finca arrendada.

En este caso ciertamente, que siendo el dinero dado en prenda susceptible de intereses, si es entregado al mismo arrendador, es claro, que ellos se imputarán a la pensión conductiva, y en tal caso el contrato aparecerá en el fondo más bien como de anticresis; pero, en el evento de que la cantidad de dinero se coloque en manos de tercero, en un banco por ejemplo, y de percibirse los intereses por el arrendatario, aquél será sin duda alguna de prenda.

Mediante la entrega del título, puede también darse en prenda un crédito cualquiera, al tenor de lo estatuido por el art. 2.371, según el cual requiérese además, que “el acreedor notifique al deudor del crédito consignado en el título, prohibiéndole que lo pague a otra persona”. Pero aquí, es necesaria otra aclaración: Los derechos y acciones se reputan muebles o inmuebles, “según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se deba” (art. 569); por consiguiente, el contrato de préstamo de dine-

ro, en cuanto da acción contra el deudor para que le pague, es mueble; empero, cuando el préstamo ha sido asegurado con una hipoteca y en consecuencia la acción se ejercite sobre el inmueble afecto, es decir, en cuanto se persiga el derecho real, entonces, parece que el contrato cambia hasta cierto punto de naturaleza, y el derecho aparece como inmueble que por tanto no podría ya ser objeto de la prenda. Así, resultaría que sólo los créditos quirografarios y los asegurados con prenda, podrían ser a su vez, empeñados. Esta opinión fundada estrictamente en las definiciones legales, la creo no obstante, inadmisibile, porque la hipoteca es un contrato accesorio que no puede alterar la naturaleza íntima de la obligación principal de préstamo de dinero, tanto más cuanto que ella es establecida en beneficio del acreedor, para quien por lo mismo es facultativo hacer o no uso de la acción real; de manera que, su derecho vendrá a ser inmueble sólo cuando ejercite su acción sobre el inmueble, y todavía entonces, dejando subsistente su facultad para perseguir la obligación principal por otros medios, que no son otros que los deducidos de la acción personal contra el deudor, que es mueble.

Entre las cosas que pueden ser colocadas en prenda, coloca Dalloz, también las que el acreedor prendario conserva en su poder para seguridad de una obligación anterior en favor suyo. Esta es, dice, la que en derecho romano se llamaba *sub-pignus*. A este respecto, recuerda ese autor lo enunciado por M. Pellat relativamente a considerar como un error aquello de que entre las cosas incorporales que pueden ser objeto de un derecho de prenda, se cuente ordinariamente a la prenda misma constituida por el acreedor prendario, fundándose en que los textos que mencionan esta última especie de prenda, no hablan sino del empeño que el acreedor prendario hace de la *cosa* misma que se le ha dado en prenda, mas nó del empeño de su derecho de prenda.

En mi concepto, creo que perfectamente caben los dos suposiciones en el derecho; pues, si puede de un modo válido, empeñarse el crédito garantido con un derecho de prenda entregando meramente el título, es posible también que se empeñe la cosa misma conservada en prenda de una acreencia anterior. Es evidente, que en ambos casos los efectos serán distintos, ya que, en el primer supuesto el primitivo deudor no podrá hacer el pago a su acreedor, a virtud de la prohibición que se le

hace con la notificación prevenida en el art. 2.371; mientras que en el segundo caso, si el acreedor prendario puede recibir el pago, su deudor, o sea el dueño de la cosa, tiene también facultad conforme a nuestra ley, para reivindicarla de manos del segundo acreedor, se entiende, después que haya pagado su deuda. En el derecho francés, está en lo justo Dalloz al afirmar que, de acuerdo con la fórmula que ya tuve ocasión de estudiar en el capítulo anterior, relativa a que “en tratándose de muebles la posesión es título”, el segundo acreedor, siendo de buena fe, esto es, habiendo ignorado que la cosa pertenecía a un tercero, podrá retenerla, y ejercer su privilegio sobre el precio de ella.

Para terminar el estudio del objeto de la prenda, quédame exponer con Baudry, una excepción legal al principio de que pueden ser empeñadas todas las cosas que están en el comercio. En efecto, si en conformidad con el art. 2.368 se ha de mirar como condición indispensable para la validez del contrato de prenda, el que la cosa sea entregada al acreedor, resulta que las cosas futuras, como los frutos pendientes por ejemplo, no pueden ser dadas en prenda (1). “Toda tradición de una cosa que no existe todavía, es imposible”, dice el autor nombrado, y como consecuencia, respecto de ellas puede haber una promesa de prenda, que surtirá sus efectos sólo el día en que existan.

AREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

(1) No obstante, en el C. C. mejicano se encuentra en el art. 1.777, facultad para que se pueda constituir un contrato de prenda válido sobre los frutos pendientes de bienes raíces que deben ser recogidos en tiempo determinado; en cuyo caso, y al tenor del art. 1.778, el dueño de la finca, salvo convenio en contrario, es considerado como depositario. Empero, la parte expositiva del Código del año de 1871, dice ya en lo pertinente a esta cuestión: “Se ha creído necesario establecer de un modo terminante, que la existencia de la prenda en poder del acreedor es una condición esencial, a fin de evitar nuevos conflictos, ya entre los mismos contratantes, ya entre cualesquiera de ellos y un tercero. Mas como unas veces puede consistir la prenda en frutos, que no es posible que estén siempre en poder del acreedor, y sin culpa de éste puede otras veces perderse la cosa empeñada, pareció prudente y equitativo prevenir que en estos casos no tenga lugar la disposición general”.

IV

De la forma

Necesidad de las formas exteriores.—Legislación extranjera: nacional.

Notable divergencia existe entre las legislaciones de los diversos Estados, en lo que concierne a las formalidades exteriores a que deben sujetarse los contratos en su otorgamiento. Teniendo por objeto esas formalidades proteger a los que intervienen en el acto jurídico, contra todo fraude o toda imposición, varían como dice Weiss, con la situación moral del Estado y el carácter de sus habitantes. “Ciertas medidas de precaución o desconfianza, agrega ese autor, indispensables en un lugar, estarían por demás en otro”. Pero si es cierto este concepto, y él justifica la imposición de ciertas formalidades con preferencia a otras, también es verdad que varios contratos, por razón de su naturaleza intrínseca, deben sujetarse siempre a formas especiales, tendentes a evitar que con su constitución se lesionen los derechos de las mismas partes contratantes, o de terceros interesados; y que, en caso de omitirse dejan a la obligación como simplemente natural, cuyo cumplimiento no será fácil exigirse civilmente: esas formas tienen pues, el carácter de *pruebas preconstituídas*.

Lo dicho puede aplicarse a la constitución del contrato de prenda. Sustrayéndose varios bienes del patrimonio del deudor, en provecho de determinados acreedores que adquieren un privilegio real para pagarse con su precio, pueden resultar casos en que la entrega de dichos bienes se verifique en manifiesto perjuicio de los demás acreedores, que al hacer un préstamo al deudor, tuvieron en cuenta, evidentemente, el caudal de todos los bienes muebles o inmuebles que existían en su patrimonio y que llegado el caso, habían de constituir caución suficiente para la completa solución de sus créditos. Explicando Dalloz y Baudry, la razón de ser de las formalidades exigidas por el art. 2.074 del Código francés,

rememoran las palabras con que Gary las sostenía ante el Cuerpo Legislativo de esa Nación: “Si no se trata, decía aquel orador, sino del efecto que debe tener la convención entre el acreedor y el deudor, las reglas según las que ella debe ser establecida, son las prescritas por la ley de los contratos y de las obligaciones convencionales en general. Pero si esa convención debe ser opuesta a terceros; si el detentador de la prenda reclama en perjuicio de estos terceros el privilegio que la ley le asegura, es preciso entonces que la remisión de esta prenda, o la convención de que ella es efecto, tenga una fecha cierta que excluya toda idea de fraude y de colusión entre este detentador y el propietario de la prenda. Sin esta precaución, un deudor de mala fe, en el momento que viera que sus efectos muebles van a ser puestos bajo la mano de la ley, podrían por inteligencias criminales, sustraerlos a la acción de los acreedores”.

En obediencia a estos principios, el Código francés en el mentado art. 2.074, establece que el privilegio a que da lugar el contrato, “no podrá tener lugar sino cuando exista un documento público o privado, que contenga la declaración de la suma debida, así como también la naturaleza y especie de las cosas dadas en prenda, o un estado anexo que indique sus cualidades, peso y medida.—La redacción del documento y su registro no se prescribirán, sin embargo, sino en materia cuyo valor pase de 150 francos”.— Si del tenor literal de este artículo, parece deducirse que la forma escrita es obligatoria en todo caso; conformándose más a su espíritu y a los preceptos científicos, la Corte de Casación Francesa, falló en el sentido enunciado antes por Gary, o sea, en el de que tal imposición existe solamente para oponerla contra terceros y que, en consecuencia, de ninguna manera su omisión puede producir nulidad entre las partes (Dalloz.—Nantissement.—Nº. 77, en nota).

Más exigente el Código de Méjico, requiere para la validez del contrato entre las partes, la constancia escrita en todo caso, y el otorgamiento de instrumento público siempre que el valor de la obligación pase de 500 pesos; instrumento público que es prescrito necesariamente, sea cual fuere el valor de la obligación, cuando se quiera que el pacto surta efecto contra terceros [C. C. de Méjico.—Arts. 1.787 y 1788].—Los Códigos de Portugal y del Uruguay, distinguen de manera semejan-

te, en los efectos del contrato entre las partes y respecto de terceros: los someten en el primer caso a las reglas generales, y exigen el otorgamiento de instrumento público o de documento privado de fecha cierta y comprobada, si se pretende ejercitar el privilegio en concurrencia con acreedores quirografarios del mismo deudor (C. C. de Portugal.—Art. 858.—C. C. del Uruguay.—Arts. 2.271, 2.354, 1.561).

Formando contraste con los Códigos de las naciones nombradas, el del Imperio Alemán, no exige, como lo hace notar R. de la Grasserie, la confección de un acto escrito; bastan el consentimiento y la tradición.—“Para constituir una prenda, estatuye el art. 1.205, es preciso que el propietario entregue la cosa al acreedor y que ambos estén de acuerdo para constituir este derecho.—Si el acreedor está ya en posesión, este acuerdo es suficiente” (R. de la Grasserie.—Code Civil Allamand.—1910.—Art. 1.205 y nota).

Idéntico al del Código Alemán parece a primera vista el sistema adoptado por nuestro Código civil, pues, al establecer los requisitos necesarios para que tenga eficacia el contrato de prenda, dice solamente en el art. 2.368: “Este contrato no se perfecciona sino por la entrega de la prenda al acreedor”. Sin embargo, en esta disposición el legislador no ha querido sino expresar que atenta la naturaleza del contrato de prenda, la tradición es indispensable, y que verificada ella, el contrato queda perfecto.—Por lo demás, con el silencio que ha guardado en orden a nuevas formalidades, lo ha sometido a las reglas del derecho común, y de ese modo, como lo voy a demostrar, el sistema adoptado ha sido el que preconiza el Código Francés.

“Deberán constar por escrito, prescribe el art. 1.699, los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de S/. 160”. Ahora bien, presupuesta según esto, la obligación de hacer constar por escrito la constitución de la prenda cuyo valor excede de 160 sucres, tenemos que para que el contrato pueda oponerse a terceros, será preciso además, que el escrito tenga una fecha cierta y auténtica.—En efecto, el art. 1.693, dice: “La fecha de un instrumento privado no se cuenta, respecto de terceros, sino desde el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o en que haya

tomado razón de él o lo haya inventariado un empleado competente, con el carácter de tal”.

Sin duda alguna, la omisión del escrito, podrá, llegado el caso, suplirse con la confesión de parte, de manera igual a la que se procede al tratarse de probar la existencia de cualquiera de los demás contratos, excepción hecha solamente de aquellos en que se impone la escritura pública como condición de forma, la venta de bienes raíces por ejemplo; pero, es evidente entonces, que el acreedor queda sujeto a las eventualidades de la falta de prueba ya que sus derechos puedan ser desconocidos aún con la mentada confesión del obligado, cuando se trate de ejercer su privilegio contra terceros.— Voy a explicarme.

Según el art. 2.450 regla primera, en los casos de cesión de bienes o de juicio de concurso, los acreedores tienen derecho “para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, *prendas* y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero”.— En este caso, viene a tener aplicación lo prescrito en el art. 1.693 anteriormente inserto, relativamente a la determinación respecto de terceros de la fecha de un instrumento privado; pues, a virtud de la regla tercera del expresado art. 2.450, la acción rescisoria en él concedida, espira “en un año, contado desde la fecha del acto o contrato”, es decir, alcanza a dejar sin efecto los contratos onerosos celebrados por el deudor, hasta un año antes de la cesión de bienes o de la apertura del concurso.—Y si esto acontece respecto de los créditos cuya fecha consta de un modo fehaciente según lo expresado, cabe imaginarse los verdaderos peligros que puede correr el acreedor que no se ha asegurado con un escrito firmado por el deudor, y que no ha hecho registrar oportunamente, como título que acreditaba su derecho.

Uno de los problemas de mayor importancia en el estudio de la confesión de parte, es el del valor probatorio que pueda ofrecer la que preste un fallido.—La confesión, es considerada con razón por la ciencia jurídica y por las legislaciones positivas, como la prueba por excelencia: declaración que contra sí misma hace una persona al afirmar la verdad de un hecho, no puede por menos que ser creída.—Pero también y por esa misma causa, ella puede implicar una enajenación, imposible

de verificarse válidamente por quien desde que se declara formado el concurso, “queda inhabilitado para la administración de sus bienes, para disponer de ellos y para contraer, sobre los mismos, nuevas obligaciones” (Art. 581. C. de Enjuiciamientos).—De acuerdo con esos principios, Bonnier ha podido afirmar que no debiendo tener lugar la confesión en perjuicio de terceros que adquirieron un derecho sobre el objeto de la controversia, la confesión prestada por el quebrado, con posterioridad a la declaratoria de quiebra, no puede perjudicar a sus acreedores [Bonnier.—Tratado de las Pruebas. Tomo 1º., pág. 409].—Admitir incondicionalmente la confesión del deudor, o dar valor a un documento privado aun cuando sea reconocido por aquél con posterioridad a la declaratoria de quiebra, sería un contrasentido, como quiera que esa admisión abriría ancha puerta para todas las simulaciones y todos los fraudes en menoscabo de los verdaderos acreedores.

Pero en la realidad de los hechos, pueden presentarse todavía sendas dificultades que hacen vacilar el criterio para la aceptación absoluta del principio expuesto.—Frecuente es el caso en que el préstamo de dinero por ejemplo, se lo hace constar en un simple instrumento privado que el acreedor confía, desde luego, hacerlo título mediante el reconocimiento por el deudor de la firma con que lo ha suscrito; pero, una vez declarada la quiebra, siempre inopinadamente para el acreedor confiado y de buena fe, puede verse éste con sus créditos impugnados y rechazados, aun cuando el deudor, por su parte, reconozca cierta la obligación.—Y esto es claro: si la fecha del instrumento privado no se cuenta respecto de terceros, sino desde que se realiza alguno de los hechos o actos enumerados en el citado art. 1.693, y en el supuesto que analizo, por el reconocimiento o por la presentación en juicio del documento respectivo, resulta que éste puede perfectamente ser impugnado toda vez que la mentada fecha aparece posterior a la en que se declaró la quiebra. Ahora bien, si al sólo competir entre acreedores que por su propia previsión se aseguraron con instrumentos públicos, y otros que imprudentemente omitieron exigir al deudor esas seguridades, puede estimarse justa la sanción anotada; pero, si al contrario, esa abundancia de pruebas de ciertos acreedores, procede de acuerdos fraudulentos con el deudor, verificados con antelación a la declaración de

quiebra, se comprende que no puede haber de ningún modo, fundamento para aceptar que haya justicia en la exclusión de los primeros. Y que este caso no ha de ser desusado en la práctica, lo demuestra la consideración de que un deudor fraudulento, siempre tiene interés en ir a la quiebra de acuerdo con uno o más acreedores, los mismos que en el juicio de calificación de créditos puedan convertirse en censores de los otros.

En resumen, creo pues, que si la confesión del deudor debe perjudicarle a él solo, cuando ella tenga lugar en un juicio de concurso, únicamente podrá ser aceptada en tanto los bienes de aquél alcancen para cubrir todos sus débitos; pero, en el caso de que la aceptación del nuevo crédito menoscabe las cuotas que han de corresponder a los otros, dicha confesión no podrá ser aceptada sino cuando a ella o al instrumento privado no reconocido, se agreguen otras pruebas que demuestren con certeza la verdad de la obligación y de la fecha en que ha sido contraída.

Las precedentes consideraciones, nos llevan a la conclusión indubitable de que si para obviar dificultades y peligros deben los acreedores asegurarse siempre con instrumentos que lleven el sello de plena validez ante la ley, ésta, por su parte, debiera también hacerse más explícita y exigente.—Las disposiciones del C. C. mejicano referentes a esta materia y que rememoré anteriormente, parecen aparentes para llenar las necesidades de diversa índole que están llamadas a satisfacer. Refiérome a la disposición relativa a que para dar eficacia al contrato de prenda respecto de terceros, se exija el otorgamiento de instrumento público, cualquiera que sea el valor de la obligación.

En los asuntos de valor que excede a ciento sesenta sucres, en efecto, un mero escrito firmado por el deudor tendría el carácter de principio de prueba que unida a declaraciones de testigos, constituiría una justificación plena de la existencia del crédito aun respecto de terceros; pero, si estamos viendo la facilidad con que el deudor puede celebrar acuerdos fraudulentos y fingir créditos que no existían en realidad, se comprende cuán poco valor y verosimilitud puede ofrecer cualquiera escrito del fallido. Pues bien, aliándose ese repudiado principio de prueba con la no menos repudiada prueba testifical, es posible considerar demostrado el hecho que con aquellas se intentaba comprobar, esto es, la existencia

de la obligación mayor de 160 sucres? Al tenor de la ley, sí, evidentemente; pero como se ve, es sumamente peligroso y por desgracia difícil de subsanar, sin herir talvez valiosos intereses, el sistema del Código. Y en las causas pequeñas, hasta el límite de 160 sucres, no existe ni siquiera la obligación de hacer constar por escrito el contrato; puede éste justificarse plenamente con sólo las declaraciones de testigos. Aceptable esta disposición en tratándose de cualquier otro contrato, no la creo atinada en lo concerniente a la constitución de prenda, que como lo he manifestado, no da únicamente el derecho de que el acreedor se pague de su crédito con el precio de la cosa que para tal efecto se le ha entregado, sino que también entraña un privilegio por el que en dicho precio excluye aquél a todos los demás acreedores.

La exigencia del acto escrito y de fecha comprobada sea cual fuere el monto de la obligación, cuando se quiera oponer el enunciado privilegio contra terceros, ha sido ya reconocida por nuestra Legislación, si bien en materia diversa. El Código de Comercio en el art. 533, dice: "El contrato de prenda debe hacerse por escrito, bien sea dada la prenda por un comerciante, bien por uno que no lo sea, si es por un acto de comercio. La certeza de la fecha del documento puede justificarse por todos los medios admitidos por las leyes mercantiles. Si falta el acto escrito, la prenda no surte efecto respecto de terceros".

A continuación, y de acuerdo con la naturaleza especial de los negocios mercantiles, distingue el art. 534 la constitución de prenda sobre efectos a la orden que puede hacerse mediante "un endoso regular con las palabras *valor en garantía u otras equivalentes*"; la de "acciones, obligaciones u otros títulos nominativos, de compañías industriales, comerciales o civiles", que se verifica por traspaso que por causa de garantía, se haga en los registros de la compañía, y, por último, la de títulos al portador, que se realiza por la simple tradición.

Finalmente, y entrando ya en los detalles por decirlo así del contrato, previene en el art. 537 que éste se extienda en dos ejemplares, cuyo original debe conservar el acreedor, y cuyo duplicado que denomina "resguardo", debe entregar al deudor: cada ejemplar, debe contener "las condiciones del préstamo, la cantidad prestada, el interés, el plazo y la enumeración de la es-

pecie dada en prenda". A virtud de lo estatuido por el inc. 3º., ambos títulos pueden negociarse antes del vencimiento, sin otra formalidad que el endoso, que, si sustituye de hecho a los endosatarios en los derechos y obligaciones de los endosantes, conserva sin embargo a estos últimos como responsables directos del cumplimiento de las obligaciones.

Si se atiende al desenvolvimiento histórico que han seguido las formas en los contratos, se observa un anacronismo en el hecho de que el Código de comercio sea más exigente que el civil, al contener aquel un número mayor de formalidades que éste, en lo que al contrato de prenda se refiere: la legislación esencialmente formalista en la antigüedad, hasta el punto de que "el derecho haya sido un procedimiento", como recuerda Planiol (Droit Civil.—Tomo 1º., pág. 106), fue paulatinamente y con el transcurrir de los tiempos, disminuyendo inútiles solemnidades; han sido las necesidades del comercio, no menos que el progreso de la cultura humana, que han realizado esa transformación. De allí que el procedimiento en los negocios mercantiles sea más sencillo, más corto y exento de trámites.

Inexplicable parece, pues, que en tratándose de imponer formalidades, el legislador haya avanzado más en el Código de comercio, sin equipararlas por lo menos en el Civil; empero, la razón que ha influido, en mi concepto, para que a pesar del reconocimiento del principio no haya reformado la regla legal, está en ese espíritu de respeto que juntamente con gran número de las disposiciones de ese grandioso monumento jurídico que se llamó Código Napoleón, hemos heredado de la Nación francesa. A. García Moreno, en las "Indicaciones críticas" que acompaña al texto del Código francés relativo al Régimen hipotecario, explica la persistencia en el ya anticuado sistema adoptado en esa materia, atribuyéndola a "la exageración del sentido histórico, a esa profunda veneración que se guardó entre los jurisconsultos de la Nación francesa al Código civil, considerándolo como cosa sagrada, cuya reforma constituyera una profanación". Pues bien, en el Ecuador sucede lo propio: contrastando con el prurito de nuestros Congresos de hacer año tras año reformas a las leyes, por vía de ensayo, de imitación o de divagación ideológica, es tal el respeto que sienten y el temor de alterar el Código civil de modo alguno, que como lo hacía notar el emi-

nente profesor de Derecho Práctico en nuestra Universidad, a trueque de no tocarlo, las innovaciones imprescindibles al Derecho sustantivo civil, son con frecuencia intercaladas en el Código adjetivo.

Por lo expuesto, estimo que sería prudente la exigencia de instrumento público en lo civil, ya que, lo repito, siempre hay probabilidades de que se presenten dificultades para comprobar la fecha de un escrito privado, y en esas condiciones puede llegar a ser ilusorio el derecho del acreedor prendario, en cuanto se halle imposibilitado para hacer efectivo su privilegio contra terceros.

V

De los efectos

Derecho de retención.—Id. de venta: el pacto comisorio.—Las casas de préstamos en la República.—Derecho de preferencia.—Derechos y acciones del dueño de la prenda.—Prescripción.

Entregada la cosa al acreedor para que la conserve en garantía de que el deudor le cumplirá la obligación principal, se constituye en favor de aquél, como lo he repetido antes, un derecho real, en virtud del que tiene facultad de retener la cosa en su poder hasta el pago; de hacerla vender y pagarse con su precio, con exclusión de cualquier otro acreedor, una vez que vencido el plazo el deudor se constituye en mora de satisfacer a su acreedor. A la inversa, el deudor que ha pagado la totalidad de la deuda para cuya seguridad entregó la prenda, adquiere el derecho de recobrarla.

Correlativamente a cada uno de estos derechos de que vemos investidos respectivamente al acreedor y al deudor, el Código ha consignado los preceptos correspondientes para hacerlos efectivos. Voy a examinar cada uno de aquellos que reglan esta importante materia.

La constitución de la prenda, lo mismo que la de cualquiera de las otras cauciones, tiene lugar por exigencia del acreedor que no teniendo suficiente confianza en la solvencia o en la honradez del que le solicita el préstamo, le impone la condición de asegurarle el pago,

en este caso, con la entrega de un objeto mueble; así pues, mientras tal pago no se verifique, subsisten los motivos para la retención del objeto por el acreedor. Esa seguridad, dice con razón Baudry, es una condición en ausencia de la cual el acreedor no hubiera celebrado el contrato.

De acuerdo con este enunciado, el art. 2.375 dispone que si “el acreedor pierde la tenencia de la prenda, tendrá acción para recobrarla, contra toda persona en cuyo poder se halle, sin exceptuar, naturalmente, al deudor que la ha constituido”. El acreedor es, pues, quien debe conservar la cosa en su poder hasta el pago; y mientras tanto, la extensión de su derecho sobre la cosa es la de un mero depositario. Nuestra legislación distingue perfectamente entre la posesión y la tenencia: el deudor ejerce la posesión porque la tiene con ánimo de señor o dueño; él solo puede adquirir el dominio por prescripción, del mismo modo que si la cosa estuviera en su poder; el acreedor al contrario, es mero tenedor, retiene el objeto, pero en lugar o a nombre de otro, de manera que, cualquiera que sea el tiempo que la conserve en su poder no la adquiere nunca en propiedad, mientras un título translativo de dominio no le confiera título suficiente. Esto, mientras la cosa esté empeñada en su poder, pues, desde el momento en que pagado de su deuda esté obligado a devolverla, se convierte en deudor, y entonces, claro es, podrá empezar a prescribir el dominio del objeto (1).

El acreedor por su parte está obligado a guardar y conservar la prenda como buen padre de familia, y responde de los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa”; no puede servirse de la prenda sin consentimiento del deudor. (Arts. 2.376 y 2.377). En caso de que abuse de la prenda, pierde su derecho real, y el deudor puede pedir la inmediata restitución de aquella (art. 2.378, inc. 3°.)

Lo normal en tratándose de la prenda es, pues, que el acreedor conserve la cosa en su poder hasta la extinción completa de la obligación principal; sin embargo, el Código contiene una prescripción que si no está en contradicción con los principios adoptados en otras disposiciones, por lo menos, puede dar lugar a erróneas in-

(1) Esto en principio: legalmente no sucede lo propio según manifestaré en su lugar.

terpretaciones. En efecto, el inc. 2º. del art. 2.375, cuyo primer inciso he transcrito, faculta al deudor que por un medio cualquiera ha tomado la tenencia de la prenda, para oponerse a la acción que para recobrarla le intenta el acreedor, pagando le deuda para cuya seguridad fue constituida; ahora bien, esta concesión, así in genere, parece que contradice a lo dispuesto en los arts. 1.487, inc. 2º. y su relacionado el art. 2.191; aludo al caso en que en el contrato de mutuo se hubieren estipulado intereses, y en que por consiguiente, la estipulación de plazo es obligatoria para el deudor; luego cuando éste ha garantizado su cumplimiento con prenda, creo que no puede imponer al acreedor que reciba el pago para retener él la prenda, al tenor de lo permitido por el art. 2.375, inc. 2º., sin contradecir a lo estatuido por aquellos otros preceptos, a lo menos mientras esté pendiente el plazo que se haya estipulado. Para esta afirmación me fundo en que un contrato accesorio destinado exclusivamente a asegurar al acreedor, no puede de ninguna manera alterar la naturaleza íntima del contrato principal. Así, opino porque no puede extenderse la facultad mencionada del art. 2.375, inc. 2º., al caso en que la prenda se haya dado para garantizar un préstamo a interés. Lo lógico es que si el deudor necesita indispensablemente de la cosa que dio en prenda, la reemplace con otra con arreglo a lo permitido por el art. 2.378, inc. 2º., porque, insisto, el acreedor no puede ser obligado a recibir el pago cuando el deudor no tiene el correlativo derecho para hacerlo.

Vencido el plazo, el deudor que se constituye en mora de cumplir su obligación, confiere al acreedor "el derecho de pedir que la prenda de aquél, se venda en pública subasta, para que se le pague, con el producto, o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta el valor de su crédito; sin que valga estipulación en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios" (art. 2.379).

El objeto principal de las cauciones es asegurar el cumplimiento de la obligación principal: previendo el acreedor que pueden disminuir las facultades del obligado, exige una prenda o una hipoteca, por ejemplo, y la finalidad de éstas no es conservar la cosa, pues ya he recordado que en la hipoteca, el mismo deudor permanece en posesión; en la prenda, el acreedor la conserva

por la relativa facilidad que el deudor tendría para enajenarla, ocultarla, etc., con mengua de sus derechos; pero, en todo caso, el objeto que en definitiva se propone, no es otro evidentemente que tener una cosa que le esté afecta de un modo especial al pago de su crédito, con el fin de no correr las eventualidades del acreedor meramente quirografario. No tendrá necesidad de investigar bienes del deudor para denunciarlos y solicitar su embargo: simplemente, se presentará al Juez y pedirá la venta en subasta pública del objeto empeñado, para que con su precio se le pague su crédito.

La exigencia legal expuesta de que la venta debe efectuarse en pública subasta, tiene una excepción respecto de las cosas cuyo valor no exceda de ciento veinte sucres, las cuales pueden adjudicarse al acreedor por tasación, a petición suya (art. 2.382). En todos los demás casos, es de rigor la venta en la forma prevenida; y este requisito, lo mismo que la prohibición establecida en el inc. 2º. del art. 2.379, por la que no puede estipularse que el acreedor tenga facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los señalados, se funda en una razón que pudiéramos llamarla de orden o de moralidad públicas. El individuo que está en una situación angustiosa por falta de dinero, poco repara en las condiciones de seguridad que le exige aquél que va a suministrarle un préstamo; parece paradójico, pero es lo cierto, que las privaciones lejos de producir un espíritu de economía, de ahorro, de previsión, impulsan más bien al hombre a hacer cualquier operación o negocio ruinoso, a trueque de conseguir por lo pronto lo que le es indispensable. Y el capitalista al encontrar así un ánimo dispuesto a todas las concesiones, a renunciar todos sus derechos, se ve también impelido a abusar; el prurito de conseguir mayores ganancias con menores riesgos, le pone en posición de exigir cuanta ventaja considere a su alcance. La usura, la apropiación sin fórmula alguna de juicio del objeto empeñado, sea cual fuere su valor, son medios fáciles de conseguir esas ganancias pingües que con mínimo riesgo habilitan al capitalista sin moral y sin ley, para extraer la última savia al ominoso proletario.

La fijación de un máximun al tipo de interés y la prohibición del pacto comisorio en el contrato de prenda, son, entre otras, las más importantes medidas defensivas que las legislaciones modernas han preconiza-

do con la mira de destruir en germen la usura. La naturaleza de este trabajo impídeme detenerme en el prolijo estudio del primero de esos problemas; así, respecto de él, voy sólo a recordar con Gide, que más que toda disposición de las leyes positivas, son únicamente los principios económicos los que reglan el tipo del interés. La mayor o menor cantidad de capitales que se ofrezcan para ser colocados en préstamo; la productividad de las industrias en que dichos capitales pueden emplearse, son causas que pueden hacer subir o bajar dicho tipo; inversamente, la necesidad mayor que un individuo tenga de dinero, aun cuando no sea para invertirlo en ninguna industria, le hará aceptar un interés tanto más crecido, cuanto más premiosas sean las necesidades que ha de satisfacer con el dinero que solicita. En consecuencia, la disposición legal queda inaplicada y resulta nugatoria por cuanto es burlada con facilidad suma: usual, diaria en los préstamos la estipulación de un interés superior al doce por ciento anual consentido por la ley (art. 2.193), no hay caso alguno indudablemente, en que ella conste por escrito en el documento respectivo. Prestada una suma de cien sucres al tres por ciento mensual de interés, con el plazo de tres meses, por ejemplo, fácil es descontar de antemano los nueve sucres que resultan hasta el vencimiento, y entregar por consiguiente sólo noventa y un sucres al mutuario; o bien, mejor todavía, imputándolos anticipadamente al capital, hacen suscribir al prestatario una obligación por ciento nueve sucres como recibidos en depósito.

Los economistas y algunos eminentes juristas como Th. Huc (1), llegan ya con sobra de razones a impugnar toda tasa al interés, y a sostener por lo mismo, la libertad de esa estipulación; y si la tradición y la reflexión nos muestran la monstruosidad de una estipulación del diez por ciento mensual, tan común en ciertas casas de préstamo de nuestra República, ello nos conducirá solamente a luchar por el establecimiento de instituciones de crédito popular y de Montes de piedad que faciliten el préstamo de pequeñas sumas de dinero a los que las necesiten, reemplazando a esas casas del robo que llamamos comunmente *contadurías*.

(1) Th. Huc.—Commentaire du Code Civil.—T. 11.—
§ 184.—Pág. 241.

Algo más, por ser la propia materia de este trabajo, voy a detenerme en el análisis del segundo punto enunciado, o sea el de la prohibición del pacto comisorio en la prenda.

Se llama *pacto comisorio* en la prenda, dice Planiol, la cláusula que autoriza al acreedor para conservar la prenda en seguridad de la deuda, y le atribuye de antemano la propiedad para el caso de no pago". Su prohibición está comprendida, pues, en nuestro Código, en la parte final del primer inciso del art. 2.379 que he transcrito; y las razones de justicia que la motivan, son según expresa el autor citado, ya de que ella es peligrosa para el deudor, y ya de que casi siempre oculta un préstamo usurario, en cuanto el valor del objeto empeñado sea muy superior a la deuda que garantiza. Haciendo hincapié en esta última razón Baudry, expone que si la falta de pago fuere suficiente para transferir la propiedad al acreedor, éste se enriquecería a expensas del deudor; y ello, dice el insigne comentarista, "no debía permitirlo la ley, y en efecto, ella no lo ha permitido".

Parece que la ley no tuviera absolutamente por qué intervenir nulitando la cláusula de un contrato válidamente celebrado entre personas capaces; que ella no debe convertirse en tutora de los intereses de un individuo imprudente o descuidado, que no vela él mismo por ellos; pero, ya he dicho antes: la suprema ley de conservación impele con frecuencia al hombre a sacrificar todo en aras de satisfacer una premiosa necesidad: esa máxima de razón y de cordura que nos dice que sacrifiquemos el presente en provecho del porvenir, máxima que preconiza el ahorro y el trabajo en sus múltiples formas representativas de las penalidades y fatigas en el momento actual, pero de promesas halagadoras de un risueño bienestar futuro, no es casi nunca obedecida por el necesitado; imposible es el ahorro que no sea del excedente de lo que se ha menester para la estricta satisfacción de las más premiosas necesidades; casi a un suicidio equivaldría el restringir el cumplimiento de esas necesidades que significan nada menos que la conservación del sér, de la existencia personal, por guardar o ahorrar. De allí que ahora los economistas, al analizar filosóficamente el salario, piden con justicia la fijación de un mínimum, y recomiendan como tipo de aquella fijación, el que, atentas las circunstancias de cada Estado, represente por lo menos la cantidad precisa para que

el trabajador se sustente y pueda además, siquiera lenta y paulatinamente, ahorrar y formar a la larga un pequeño capital, mediante la reserva de una parte de ese mismo salario o jornal diario. La ley, pues, no puede dejar de tomar en consideración esa falta de prudencia del necesitado; esa aspiración de ganancia que caracteriza al capitalista y que le hace buscar con afán las mejores ventajas, las mayores utilidades, y todo ello con los menores riesgos posibles. Nulitó en consecuencia el pacto comisorio, porque previó que el deudor que consentía en que su prenda sea apropiada por el acreedor en falta de pago, no estaba en el ejercicio de toda su libertad, y que, por lo mismo, su consentimiento estaba viciado.

Considerando estas razones, las legislaciones antiguas y modernas han llegado a la conclusión de prohibir bajo pena de nulidad la estipulación rememorada: la nuestra, ya lo he expresado, tiene también prescripción en tal sentido. Pero, si las leyes positivas, interpretando el sentir de las colectividades humanas y los dictados de la más estricta justicia, han declarado nulo el pacto comisorio, también la usura ha tomado la ofensiva, y a la manera como el subido interés se ha ocultado sumándolo de antemano al capital, así también para burlar la prohibición que analizo, ha ocurrido a diversos ardides: la retroventa primero, la venta simple después, han sido los biombos ocultadores de la infracción.

“Por el pacto de retroventa, el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, entregando al comprador la cantidad determinada que se estipulare, o en defecto de esta estipulación, lo que haya costado la compra”, dice el art. 1.872. Ahora bien, como lo hace observar Planiol, “es fácil comprender que esta convención puede reemplazar un préstamo sobre prenda con pacto comisorio”; y en efecto, era esto lo que sucedía entre nosotros hasta el año de 1904. Un individuo que necesitaba dinero, ocurría a una casa de préstamos, y allí, celebrando un contrato de mutuo con interés y sobre la prenda que llevaba, recibía sin embargo como comprobante una cédula o papeleta en que se acreditaba una compra con pacto de retroventa; el precio que se estipulaba para el recobro de la cosa por el vendedor, que era el deudor prendario de verdad, era el mismo que aparecía como de venta agregado de los intereses por el

capital computados al diez por ciento mensual y en el perentorio término de tres meses.—Si no pagaba dentro de este plazo, el prestamista o presunto comprador de la especie, quedaba de dueño absoluto de ella, surtiendo así un efecto perfectamente legal y permitido por tanto.

Varios comentaristas franceses, Planiol entre otros, dándose cuenta de este fraude tan común en la práctica, han procurado dar ciertas reglas a virtud de las cuales pudiera el Juez reconocer el caso en que el contrato de compraventa haya servido para ocultar el pacto comisorio del de prenda: la costumbre de ejecutar estos contratos por el mismo comprador presunto, de tal manera que haga de ello una profesión, hará comprender, dice, que el tal es un prestamista prendario.—Del mismo modo, continúa ese autor, los antiguos autores habían establecido una presunción de fraude fundada sobre tres signos: “la facultad de rescate, la futilidad del precio y el subarriendo inmediato de la cosa al vendedor, permitían descubrir los contratos prendarios.—Este hábito ha sido conservado por la jurisprudencia moderna” (Planiol.—Obra citada.—T. 3°.

Por muy jurídicos que sean estos criterios de reconocimiento, es cierto que en la realidad, sumamente apurado se vería el Juez para de acuerdo con la ley, declarar nulo el contrato de venta con pacto de retroventa, por la presunción de que éste ha servido para ocultar el verdadero de prenda, y ello, aun cuando se justificase la costumbre o profesión en tal sentido por parte del contratante.—Así debió conceptuar el legislador ecuatoriano, cuando en 1904 intercaló en el Código de Policía una prohibición tan terminante como la contenida en el art. 87 que dice: “Prohíbese en lo absoluto el pacto de retroventa sobre bienes muebles, en cualquiera forma que se estipule o cualquiera que sea el nombre que se le dé para disfrazarlo”; y luego, penando la transgresión de esta prohibición, el art. 88 impone al infractor la multa de 10 a 200 sucres, “sin perjuicio de las respectivas indemnizaciones” a que hubieren lugar.—Pretendió pues dar un paso decisivo reformando el Código Civil a este respecto, y poniéndolo en el número de las infracciones, impedir en adelante esta clase de fraudes en lo absoluto; quizo que el contrato de préstamo sobre prendas se lo haga a las claras, y a tal efecto, prescribió al Poder Ejecutivo proteger y reglamentar las casas de préstamo establecidas o que se es-

tablecieren en la República, y facultó a los empresarios de esas casas para estipular el interés del dos por ciento mensual, "sólo en los casos de préstamo de dinero sobre prendas o sin garantía de ninguna clase" (Arts. 85 y 86 del C. de Policía.—Edición de 1904).—Estas disposiciones, como con mucho acierto lo hace notar el doctor Leonidas García en su opúsculo "Montes de Piedad", pueden considerarse vigentes, pues, el art. final del Código de Policía promulgado en 1906, que ahora rige, dice: "Art. 156.—Este Código comenzará a regir desde el 20 de Agosto de este año; y, desde entonces, quedarán derogadas aún en la parte que no le fueren contrarias, todas las leyes anteriores sobre las materias que en él se trata"; ahora bien, "como este Código no trata de los Montes de Piedad y Casas de préstamo, dice el autor del folleto citado, se deduce que está en vigencia el Cap. XV del Cód. de 1904".—Esta opinión creo razonable, en cuanto a conceptuar vigentes las disposiciones supradichas concernientes a las facultades y prohibiciones en ellas establecidas, pues, lo relativo a la pena impuesta en el art. 88, habría que reducirla de acuerdo con las disposiciones de los arts. 25 del C. de Policía y 38 del C. Penal vigentes, que prescriben como mínimum y máximun de la pena de Policía, la multa de dos décimos de sucre a treinta sucres, y deja sin lugar por lo mismo a las establecidas por el Código de la anterior edición que fijaba como lo he transcrito, el mínimum de 10 sucres y el máximun de 200.

Plausible por demás el objeto que el legislador se propuso con la promulgación de los artículos contenidos en el C. de Policía de 1904, a que he hecho referencia, los resultados empero no fueron los que se esperaban: la situación de los necesitados, se agravó considerablemente hasta el punto de que esa ley, emitida con el único fin de favorecerles, vino más bien a extinguir toda seguridad, toda garantía que el afán inmoderado de ganancia de los usureros, no había antes osado desconocer.—Hemos visto que mientras la retroventa ocultaba al pacto comisorio del contrato de prenda, el deudor recibía una cédula firmada por el comprador, quien se obligaba a retrovender la cosa dentro de cierto plazo, mediante el pago de la cantidad que se determinaba; pues bien, prohibida la retroventa, la usura buscó en seguida un expediente nuevo que le permitiera continuar sus operaciones sin interrupción; y, en efecto, la venta

simple del objeto, fue el contrato sucesor de la conven-
ción convertida ya en un acto punible.—Venta a un
precio fijado por el comprador y computado en la cuar-
ta u octava parte del valor comerciable de la cosa; un
compromiso puramente verbal en que el comprador se
ofrece *equitativamente* a volver a venderla al que recibe
el dinero como vendedor, dentro del plazo de tres me-
ses, y en un precio equivalente al de compra actual, con
el aumento de un diez por ciento mensual, etc.: en el
fondo, pues, la misma operación ilícita, el mismo nego-
cio fraudulento que oculta la prenda con pacto comiso-
rio; pero, en la forma, cuánta diferencia!—Ahora, el
deudor no recibe comprobante ninguno, queda sujeto a
la buena fe, a la leal palabra, a la limpia y tranquila
conciencia de su acreedor prendario, de ese escrupuloso
prestamista al ciento veinte por ciento anual!!

Ante el fracaso, posible de prever por otra parte, e
legislador ha optado en definitiva por un procedimiento
curioso aunque muy usado.—Cuando el Supremo Con-
greso, se mira impotente para suprimir un vicio, su tácti-
ca es sabida, utilizarla como un filón reparador del
maltrecho Tesoro Público: prohibido el juego no se ex-
tingue, él busca las escondidas grutas, los salones re-
cónditos; las salas de particulares se convierten en gari-
tos de los viciosos afiliados: prohibidas la elaboración e
importación de bebidas alcohólicas, de sustancias exi-
tantes o narcóticos, opio, morfina y más terribles toxi-
nas, el vicio no queda paralizado ni se declara impoten-
te: presta el aliciente de la ganancia en grande a la ima-
ginación del negociante, y éste con ingeniosos contra-
bandos proveerá y satisfará al cliente.—Pues bien, en
casos tales al Estado no le queda más sino gravar con
fortísimos impuestos todos esos artículos que significan
la satisfacción de un vicio, lo mismo que los juegos, lo-
terías, etc., participando así en el negocio magnífico de
los que se ocupan en tales tráficos; pues, apenas puede
haber negocio mejor que el de traficar con el vicio; tal-
vez y solamente el de traficar con la necesidad puede
superarle!—Pues bien, considerando el Legislador ecua-
toriano que la usura había cobrado bríos con la perse-
cución, optó por gravarle con impuestos en favor de los
Municipios, a quienes facultó en la Ley de Régimen
Municipal para gravar con cinco a cincuenta sucres
mensuales a los establecimientos de préstamo sobre
prendas y de retroventa (art. 61, N.º. 18).—El Concejo

Municipal de Quito en Enero y el de Guayaquil en Abril de 1913 reglamentaron el cobro de esa asignación en las respectivas Ordenanzas.—A tal efecto, establecieron la matrícula del propietario en las correspondientes Oficinas; y clasificaron los establecimientos de ese género en tres distintas categorías, según el monto del capital con que efectuaren sus operaciones, fijando el impuesto mensual de 50, 30 y 15 sucres respectivamente a cada uno de los de Guayaquil; de 30, 20 y 10, a cada uno de los de Quito.—Ambas Ordenanzas sancionan la omisión de la matrícula y de la obtención de la patente prescrita, con una multa equivalente al valor de una anualidad que corresponda pagar al Establecimiento, según la clasificación.—Esta pena según la Ordenanza Guayaquileña, es sin perjuicio de hacer cumplir a los omisos la formalidad mentada, y de cobrar las pensiones devengadas.—Pequeñísimo impuesto es el consignado, pues, como justamente observa el autor del folleto “Montes de Piedad”, “dadas las pingües ganancias que obtienen los prestamistas, el impuesto en Guayaquil debe ser de 30 a 80 mensuales, en vez de ser de 15 a 50 sucres. y en Quito, de 20 a 60 sucres, en lugar de cobrar de 10 a 30”.

Desde luego, el verdadero y positivo remedio contra la usura, no se ha ocultado a nuestros legisladores; ya en el año de 1871 promulgaron la Ley sobre Montes de Piedad que, con prescindencia de varios artículos pertinentes a decretar la organización de Montes destinados a favorecer a los damnificados por el horripilante terreno de Imbabura ocurrido tres años antes, dice como sigue:

“El Senado y Cámara de Diputados del Ecuador, reunidos en Congreso,

CONSIDERANDO:

1°.— Que la dificultad que tiene el pobre para proporcionarse dinero en sus frecuentes necesidades, lo conduce a contratar préstamos usurarios, que le arruinan y arrastran a la miseria;

2°.— Que el mejor remedio de librar a los pobres de los usureros es el establecer Montes de Piedad para fa-

cilitarles préstamos con el interés que no pase del señalado por la ley y los usos del comercio:

DECRETAN:

Art. 1.º.—Los Montes de Piedad tienen por objeto prestar dinero a los necesitados y a moderado interés; y como tales gozarán de los privilegios y exenciones concedidos por las leyes a los Establecimientos de Beneficencia.

Art. 2.º.—El Gobierno promoverá la creación de ellos en todas las Provincias de la República, ofreciendo la garantía del Estado a los empresarios o accionistas hasta por el 10 por ciento de interés de los capitales efectivos que pongan, hasta la cantidad de veinticinco mil pesos.

La garantía puede extenderse a cinco años, y prorrogarse si a juicio del Gobierno fuese necesaria para la continuación del Establecimiento.

Lo que el Estado debe pagar anualmente por esta garantía en caso de pérdida, se dividirá a prorrata en la contribución general del año siguiente entre todos los contribuyentes de la Provincia.

Art. 3.º.—Los Montes de Piedad prestarán desde uno hasta cien pesos sobre prendas de vestidos, objetos de oro y plata y, en general, sobre todas las cosas muebles que puedan conservarse sin deterioro ni gastos el espacio de un año al menos.—Las prendas serán valuadas por el Tasador del Monte, quien gozará del cuarto por ciento de comisión, sobre el precio de los avalúos del mes, si no tuviere sueldo fijo, y será responsable de la pérdida que por su culpa resulte al Monte.—Los objetos de oro y plata serán tasados por su peso y no por el trabajo.—Los préstamos sobre objetos de oro y plata, perlas o piedras preciosas pueden llegar a los dos tercios de su valor: los demás no pasarán de la mitad del avalúo de las prendas.

Art. 4.º.—Los préstamos serán con el plazo de seis meses; y el mutuario pagará al recibirlos el interés del uno por ciento mensual y otro uno por ciento por los gastos; es decir, el siete por ciento del dinero que reciba.—Si rescatare antes del plazo la prenda, no tiene derecho a la devolución del interés pagado.

Art. 5°.—Al recibir las prendas el Monte de Piedad dará una póliza impresa con expresión de la fecha, de los objetos empeñados y del número que les toque, de la cantidad prestada y de la persona a quien se presta, del plazo y de lo cobrado por intereses anticipados.

El talón de la póliza quedará en el Monte de Piedad.—Si se perdiere la póliza, bastará que el interesado, al rescatar su prenda, lo exprese en la cancelación del talón de la póliza. Si ésta se presentare, se anulará rompiéndola después de escrita la cancelación como queda expresado.

Art. 6°.—Pasado el plazo de seis meses, o antes, puede el mutuario renovar el préstamo por otros seis meses con las mismas prendas, pagando la misma cuota fijada en el artículo precedente.

Si pasaren 15 días después del primer semestre sin que se renueve el préstamo, o después del segundo semestre, el Monte de Piedad la venderá en pública subasta sin intervención judicial.—Con el producto se pagará el préstamo, el interés de los días transcurridos y un dos por ciento por los gastos de la subasta, quedando el resto a disposición del deudor.—En ningún caso podrá adjudicarse al Monte la prenda que no haya tenido comprador, sino después de seis subastas en meses distintos.

Art. 7°.—El Monte de Piedad será responsable de la pérdida de la prenda o de su deterioro por el uso o negligencia, excepto el caso fortuito.—Por la pérdida, el Monte abonará al deudor todo el precio del avalúo y un diez por ciento más, quedando al dueño el derecho de reivindicarla donde le encuentre, devolviendo en este evento lo que haya percibido.

Art. 8°.—La persona que pretenda tomar dinero de un Monte de Piedad, debe ser honrada o dar una persona de esta clase que le garantice de tal, si no fuere conocida.

Art. 9°.—No pueden dar prendas ni recibir dinero del Monte de Piedad.

Los menores sin permiso escrito de sus padres o tutores:

Las mujeres casadas sin una autorización análoga de sus maridos:

Los dependientes y oficiales de almacenes, fábricas y talleres, y los peones, criados y sirvientes, en las

cosas que no sean de su uso, sin autorización de sus patronos.

Art. 10.—No pueden recibirse en prenda las vestiduras sagradas y demás objetos destinados al culto; las armas, condecoraciones, divisas y uniformes del Ejército, los objetos pertenecientes a los Museos, Bibliotecas, Hospitales y demás establecimientos públicos.

Art. 11.—Los Montes de Piedad tendrán un Director y un Consejo de Administración.

El Director será nombrado por el Gobierno, a propuesta en terna de los accionistas, o si no los hubiere del Gobernador de la Provincia; y el Consejo, compuesto de cinco individuos, será elegido por el Gobierno a propuesta del Director; uno de los Concejeros Municipales y uno de los administradores de las Casas de beneficencia serán elegidos necesariamente.

Art. 12.—El Director y el Consejo formarán los estatutos del establecimiento, elegirán al Tesorero, Depositario de prendas y al tasador, asignándoles el sueldo mensual correspondiente y la fianza que han de rendir, todo con aprobación del Gobierno. El Director y consejeros serán nombrados cada año, y pueden ser reelegidos.—Sus funciones son gratuitas.

Art. 13.—Todos los meses se pasará un estado al Gobierno para su publicación, en que se exprese fielmente la situación de los fondos del Monte, los préstamos hechos y el número y valor de las prendas recibidas.

En los primeros 30 días de cada año el Tesorero y Depositario presentarán al Director la cuenta y balance general para que los examine y remita al Gobierno con su aprobación u observaciones. Estos documentos serán publicados en el periódico oficial.

Art. 14.—En caso de malversación u otro delito relativo al manejo de los fondos, los empleados del Monte de Piedad serán juzgados y castigados como empleados de la Hacienda Nacional”.

Comentando esta ley, el doctor García critica con razón que el Estado asimilando los Montes de Piedad en manos de particulares a Establecimientos públicos de beneficencia, llegue hasta asegurar o garantizar el interés del 10 por ciento sobre el capital efectivo invertido, siendo así que esas empresas son eminentemente productivas.—El plazo del empeño aboga porque sea de un

año en vez de seis meses.—Para que el Monte se incaute de la prenda, reclama que se reemplacen las seis subastas prescritas, con el lapso de tiempo de dos a tres años.—Por último, pide que los Montes de Piedad no sean responsables de los deterioros por los objetos empeñados, y que se supriman los incisos 3° y 4° del Art. 9°.

Separándome en estos dos últimos puntos del modo de pensar del inteligente autor citado, creo que las supresiones que indica en el último acápite, engendrarían muchas dificultades y litigios: el primero de dichos incisos, en efecto, no hace sino repetir lo prescrito en el Código Civil. (art. 131), que prohíbe a la mujer, sin autorización del marido “celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, ni remitir una deuda...enajenar, hipotecar o *empeñar*”.—Ahora bien, si la aludida supresión tiende a habilitar a la mujer casada para que empeñe por sí en los Montes, tal resultado no sería posible mientras no se hiciera constar en la ley esa autorización de modo expreso, pues de lo contrario, quedaría subsistente la prohibición del Código Civil, y por lo mismo, quedaría capacitado el marido o la misma mujer para nulificar el contrato y recuperar la prenda (Art. 142).—El cuarto inciso tiene por objeto, indudablemente, evitar que los criados, dependientes, etc., hagan del Monte el mejor cortinaje para ocultar las raterías que realicen; la prohibición del inciso aludido, no es sino una lógica consecuencia del art. 8° de la Ley, que previene como condición para obtener dinero en préstamo en los Montes, que el solicitante sea honrado y conocido; luego, si conocido un individuo por los empleados del Monte como criado o dependiente, lleva objetos que no sean de su uso, sino probablemente artículos pertenecientes a su patrón o principal, es claro que aceptárselos en seguridad del préstamo que solicitan, no sería sino adquirir un objeto litigioso que, fuera de duda, reivindicaría el dueño.

Desacertada, así mismo, me parece la declaración de irresponsabilidad de los Montes, en el deterioro de las cosas empeñadas. Si nos fijamos en la redacción del art. 7°, vemos que allí se previene la responsabilidad por el deterioro proveniente del uso o negligencia, pero exceptúa el que se ha producido como consecuencia de caso fortuito. Evidentemente, si de acuerdo con la justicia y la ley, toda persona es responsable no sólo

de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado (art. 2.302). El Directorio del Monte que como medida de buena administración y para evitar cualesquiera perjuicios debiera seleccionar sus empleados y de modo constante supervigilarlos para evitar que cometan incorrecciones, y que estaría en lo justo si castigase aún con la destitución al empleado que cometiere la gravísima falta de *usar* un objeto que se dejó en prenda. tendría también la obligación de indemnizar el perjuicio causado al dueño del objeto deteriorado por el uso indebido o por la negligencia de empleados que, de modo especial, deben ocuparse en velar por la buena conservación del sinnúmero de cosas de las que sus dueños no quisieron deshacerse definitivamente ni aún en el momento de mayor necesidad.

Pero prescindiendo de estos detalles, opino que la Ley de Montes de Piedad, es relativamente buena, y así, caso de haberse aplicado, habría dado magníficos resultados, restringiendo si no suprimiendo del todo la usura. Desgraciadamente, esa Ley quedó nugatoria e inaplicada: ni el ofrecimiento de protección por el Estado, ni la garantía prometida por éste hasta por el diez por ciento de interés en el capital aportado al negocio, ni finalmente, el aliciente del permiso que se concedía de cobrar un tipo de interés superior en dos puntos al máximo del que la ley permite estipular anualmente, ninguna de esas ventajas pudo decidir a nadie a dedicar sus capitales a la humanitaria y lucrativa empresa; antes bien, los usureros continuaron en su negocio, consintiendo en vivir fuera de la ley, antes que renunciar al cobro del diez por ciento mensual de interés.

Y así han continuado las cosas: el proletario, el obrero, el necesitado siguen hasta ahora, como antes, viéndose precisados a llevar sus pequeños capitales fijos, las herramientas de que se sirven para su trabajo, las joyas o alhajas de familia, para conseguir el préstamo de unos pocos sures destinados ordinariamente al consumo.

En la sierra del Ecuador, donde el trabajo es tan mal remunerado, donde sobre todo en las clases inferiores puede cualquier observador asombrarse al considerar cómo puede sostenerse un hombre, una familia entera, con el pequeño, mínimo salario que percibe por cada día de abrumadora faena; donde el obrero es arrancado periódicamente del hogar y del taller para ser lle-

vado a las más abruptas e insalubres selvas a combatir el arma al brazo, convertido en soldado, al montonero audaz—otro misero engañado—en esas nuestras incabables y horrendas convulsiones políticas, en que la Nación viene a ser teatro de batallas espantables y sangrientas, en que el hijo mata al padre y el hermano al hermano para sacar avente a un extraño, a un caudillo sin más virtud las más veces, que la de saber pronunciar con harta frecuencia las palabras religión, patria, libertad y honor; en esos lugares las furias andan agitadas dejando sin vida o impotentes para el trabajo a esforzados luchadores; dejando huérfanos y viudas en la más grande miseria, allá en los antes prósperos hogares. Aquí, digo, en las poblaciones interandinas, son frecuentes las calamidades que abaten las fortunas y ponen a los individuos en las puertas de los usureros. ¡Pobres naufragos en el mar de la vida, que por única tabla de salvación, encuentran a su alcance una que se llama DESPOJO! Y allí van llevando todos sus utensilios, sus vestidos que algo valen. Y cuando el periodo de crisis pasa, como no puede menos de pasar, ya que para sostén de la esperanza humana, no hay situaciones indefinidas en el planeta, es tarde ya para recuperar esos preciados objetos, pues, el plazo concedido por los prestamistas es tan corto, que hecho a propósito parece para que el dueño no pueda ocurrir a tiempo.

En estos últimos años, los Congresos se han preocupado sin duda, de la definitiva solución de este importante problema social, aunque por causa de la idiosincracia de nuestro pueblo, el éxito no ha coronado los esfuerzos hechos. Así, vemos que en el año de 1913 se presentó un proyecto de ley, que aprobado y sancionado en el año siguiente, dice:

“El Congreso de la República del Ecuador, Decreta:

Art. 1º.—Se autoriza a los Municipios de las capitales de provincia, para que dediquen, durante cinco años, contados desde 1915 inclusive, el siete por ciento anual de sus rentas, al sostenimiento de un Monte de Piedad.

Art. 2º.—Los Montes de Piedad a que se refiere la primera parte del artículo anterior, se inaugurarán el 1º de Mayo de 1915, día universalmente dedicado a la Fiesta del Trabajo.

Art. 3°.—Los productos del Monte de Piedad, deducidos los gastos de administración, formarán parte de las respectivas rentas cantonales.

Art. 4°.—Cada Municipio formará el respectivo reglamento, que deberá ser sometido a la aprobación del Ministerio correspondiente, quien podrá hacer las modificaciones que juzgare oportunas”.

Las innúmeras ventajas que la aplicación de esta ley, se hubieran dejado sentir en las clases pobres del Ecuador, no han podido ni vislumbrarse siquiera, ya que, si no la desidia, la situación difícilísima por la que atraviezan nuestros Municipios, han hecho que esa ley, lo mismo que las otras dictadas con objeto idéntico, queden como letra muerta ocupando un espacio en los “Anuarios de Legislación” y sin más valor ni utilidad que los de mostrar que la buena voluntad no ha faltado en teoría.

Para concluir el análisis del pacto comisorio, examinaré ligeramente el alcance de su prohibición en la ley. Baudry sostiene que esa estipulación es nula solamente cuando tiene lugar al tiempo de la constitución misma de la prenda. Apoya su tesis el autor nombrado, en la afirmación de que en la estipulación dicha, cuando tiene lugar con posterioridad al contrato, el deudor no está como al tiempo de su constitución sujeto al constreñimiento moral del acreedor, que como condición para hacerle el préstamo le exigía la aceptación del pacto comisorio; en este otro caso dice, el pacto es válido, “pues, su consentimiento lo presta el deudor de un modo libre y espontáneo.

Más fundada en la realidad me parece la disertación que en este punto hace Dalloz, quien afirma que el constreñimiento moral del acreedor subsiste en el intervalo entre el contrato y el vencimiento, “Sin duda, dice este esclarecido autor, el dinero de que tenía necesidad le ha sido suministrado, ninguna preocupación le domina de ese lado: ¿pero su consentimiento es por eso más libre, si él ve aproximarse el vencimiento del plazo con la certidumbre, o solamente con el temor de no poder pagar, si el acreedor le hace amenazas para esa época, y le previene que no se abstendrá de usar de su derecho en todo su rigor? Y si la posición del deudor ha sido tal que haya debido entregarse, sin poder resistir, a las instancias y a las amenazas de su acreedor, ¿no sería desconocer el pensamiento de la ley de no dar va-

lidez a un pacto comisorio contraído en parecidas circunstancias, y venir así en ayuda de las oprobiosas especulaciones de la usura?”. Por otra parte, conocidos ya los ardides que la usura emplea para ocultar sus manejos, no sería equivocada la suposición formulada por el mismo Baudry, de que otorgado el documento que atestigua el contrato, el acreedor haga luego suscribir al deudor un nuevo pacto de fecha posterior, en que le faculte a aquél para apropiarse de la prenda sin ocurrir a la subasta. Este peligro basta en mi concepto, para rechazar de un modo perentorio la opinión expresada. Ahora, considerando el problema en el aspecto legal, creo que Baudry sí tiene razón al afirmar que según la ley francesa no es inválido el pacto posterior a la constitución del contrato de prenda, por cuanto, el art. 2.078, inc. 2º. dice textualmente: “Toda cláusula que autorice al acreedor para apropiarse de la prenda o para disponer de ella sin las formalidades prescritas es nula”; ahora bien, esa locución “toda cláusula”, hace circunscribir la prohibición y nulidad a solo el contrato mismo. Lo contrario parece deducirse de las palabras que emplea nuestro Código: “Tampoco podrá, dice el inc. 2º. del art. 2.379, estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados”, de manera que, parece según esta redacción que la estipulación dicha debe ser nula en cualquier tiempo que se la haga, pues no circunscribe la ley el tiempo en que aquella adolecerá de nulidad.—Otra cosa será si al tiempo del vencimiento, el deudor consiente en que el acreedor se haga dueño de la cosa en pago de lo que adeudaba, y que, en tal concepto, celebre nuevo contrato transmitiendo a aquél la propiedad de la cosa; pues, entonces, la entrega equivale a una dación en pago efectuada cuando el deudor puede elegir libremente entre enajenar su objeto de un modo particular, o exigir la venta judicial, según mejor convenga a sus intereses.

Vendida la prenda se satisface con su precio al acreedor hasta cubrirle totalmente el capital, intereses y costas, y el exceso, caso de haberlo, es entregado al deudor; si al contrario no alcanza a satisfacer el crédito y accesorios, se imputa el precio primeramente a los intereses y costas; “y si la prenda se hubiere constituido para la seguridad de dos o más obligaciones, o constituida a favor de una sola, se hubiere después extendido a

otras, se hará la imputación en conformidad a las reglas dadas en el título “De los modos de extinguirse las obligaciones”, párrafo “De la imputación de pago” (art. 2.384).

En caso de intervenir terceros con el intento de participar en el precio de la cosa empeñada, manifesté en el capítulo anterior, que el acreedor prendario, en cuanto justifique plenamente su derecho, tiene un verdadero privilegio, en virtud del cual puede excluir a cualquiera otro en el precio del objeto que se afectó al pago de su crédito por medio de la constitución de prenda, hasta concurrencia de la suma debida.

Este principio fundado en la naturaleza íntima de la prenda, es confirmado por el Código cuando regla el orden de prelación de los créditos que concurren simultáneamente para ser solucionados. Después de sentar el justo precepto de que en caso de insuficiencia de los bienes del deudor para satisfacer íntegramente sus obligaciones, incluso los intereses y costas judiciales, se las solucione a prorrata, excepciona luego los créditos que, por motivos especialísimos, les atribuye preferencia respecto de los otros.—Esas causas por lo mismo que son inherentes a los créditos para cuya seguridad se establecieron, pasan con ellos a las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera (art. 2.452).

Pues bien, en ese orden y ocupando el tercer lugar de la segunda clase, se encuentra el privilegio conferido al acreedor prendario *sobre la prenda*; de tal manera, que si no alcanza su precio a solucionar el crédito garantizado con ella, habrá de pasar por el déficit a la lista de los créditos quirografarios, que forman la quinta clase, para concurrir con ellos a prorrata (art. 2.474).

Contrato unilateral el de prenda, el acreedor contrae por él la obligación de restituir la cosa luego que la obligación principal se hubiere solucionado.—En consecuencia, cumplida esa condición, o sea satisfecho el crédito totalmente, debé el acreedor restituir la prenda junto con los aumentos que haya recibido de la naturaleza o del tiempo; y, si ha dado frutos, puede imputarlos al pago de la deuda, dando cuenta de ellos y respondiendo del sobrante (arts. 2.383, inc. 1° y 2.385).—La acción que se da al deudor para reclamar la cosa y que se denominaba en Derecho Romano *actio pignoratitia directa*, no es sin embargo la única que la ley le concede;

pues, desde el momento en que el acreedor tiene una obligación de guardar y conservar la prenda como buen padre de familia; desde que se le ha impuesto responsabilidad por los deterioros que ella ha sufrido por su hecho o culpa, y finalmente, desde que se le ha prohibido servirse de aquella sin consentimiento del deudor, asimilando en este respecto sus obligaciones a las del mero depositario (arts. 2.376 y 2.377), es evidente que el deudor podrá concomitantemente a la violación de cualquiera de esos preceptos por el acreedor, entablarle la correspondiente acción de indemnización.

La enunciada acción del deudor para exigir la restitución de la prenda después de haber verificado en totalidad el pago de la obligación principal, puede ser obstaculizada por dos distintas causas: primera, la que por contraposición a la anterior se la ha llamado *actio pignoralitia contraria*, y se ha concedido al acreedor para que se le paguen los gastos necesarios que haya hecho para la conservación de la prenda y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia (art. 2.378, inc. 1°.); y, en segundo lugar, por la existencia contra el mismo deudor de otros créditos, con tal que reúnan los requisitos que se enumeran en el art. 2.383, a saber: primero que sean ciertos y líquidos; segundo, que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda; y, tercero, que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior".

Como se ve, en esta segunda hipótesis de tener el acreedor prendario otros créditos contra el mismo deudor y que reúnan las supradichas calidades, se viene dando a aquél un derecho de retención sobre el objeto que se le dio para garantizar la extinta deuda.— En tal concepto, y lógicamente, debía tratar de este punto como lo hacen algunos comentaristas, al estudiar el derecho de retención que nace como uno de los inmediatos efectos del contrato de prenda; empero, lo he reservado para este lugar, por cuanto sin embargo de la igualdad de nombres y de causa, creo que la extensión del derecho no es la misma en ambos casos.— Efectivamente, el derecho de retención según se lo considera cuando el deudor no ha cumplido todavía la obligación principal, es amplio porque está amparado por un privilegio susceptible de ser opuesto contra terceros; el acreedor que ha perdido la tenencia de la prenda, tiene acción para recobrarla contra toda persona en cuyo poder se halle, co-

mo lo dice el inc. 1.º del art. 2.375.—No así cuando el acreedor ha sido pagado de su crédito; ya que, hasta en el caso anteriormente expuesto de haber perdido la tenencia de la prenda, no puede reclamarla una vez verificado el pago de la totalidad de la deuda para cuya seguridad fue constituida, ni aún alegando otros créditos que reúnan los requisitos enumerados en el art. 2.383 (incs. 2.º y 3.º del art. 2.375).—Y todavía más: existiendo la cosa empeñada en poder del acreedor prendario, si el deudor la vende, o confiere sobre ella un título oneroso para su goce o tenencia, la persona que ha comprado la cosa o que ha adquirido cualquiera de los mentados derechos, tiene derecho para pedir al acreedor la entrega, “pagando o consignando el importe de la deuda por la cual se contrajo expresamente el empeño”; sin que pueda el acreedor, en ninguno de los casos enumerados, excusarse de la restitución, alegando otros créditos, aún con los requisitos enumerados en el susodicho art. 2.383 (art. 2.386).—Por consiguiente, aparece claro que en este último evento, el derecho de retención es simple, ya que no entraña un privilegio válido contra terceros, y por lo mismo resulta que en caso de llegar al juicio de prelación para determinar la preferencia en la adjudicación del precio, el acreedor que retuvo la cosa que sirvió de prenda en su crédito primitivo, concurrirá por los demás créditos que tenga el mismo deudor, a prorrata con los demás acreedores.

El fundamento del derecho de retención en este caso, reside como lo expone Dalloz, en la justa interpretación de la intención probable de las partes; pues, es verosímil que el deudor al solicitar un nuevo préstamo y el acreedor al concederle sin exigir especial garantía por él, tomaron en consideración la suficiencia de la prenda que ya existía en poder del segundo para seguridad del crédito primitivo; por lo mismo, opina dicho autor que fuera de las condiciones que requiere el art. 2.383 y que corresponden al art. 2.082, inc. 2.º del Código francés, es también necesario que la deuda posterior resulte de un contrato nuevo y personal entre las partes, y no por consiguiente de la adquisición que de ella hubiere hecho el acreedor por cesión, subrogación o sucesión del o al que hizo un préstamo al deudor sin ninguna prenda.—Así mismo, rechaza Dalloz la restricción del N.º 3.º que dice relación a la época del vencimiento, porque es evidente que el fundamento nacido de la pre-

sunta voluntad de las partes no pierde su valor respecto de las deudas que vengán al mismo tiempo que la directamente asegurada con la prenda.

La mayor parte de los comentaristas franceses han expuesto como uno de los efectos de la prenda, además de los anteriores, el de hacer imprescriptible la obligación principal que garantiza, por razón de que la tenencia de la cosa empeñada implica un reconocimiento constante de la deuda por el obligado, a beneficio del acreedor, reconocimiento que interrumpe como consecuencia en todo momento la prescripción. Colmet de Santerre, sostenedor de la opuesta doctrina, manifiesta que la de la imprescriptibilidad de la deuda, está en completa oposición con las reglas de la ley en materia de prescripción: "La interrupción es un acto que borra el tiempo pasado, dice, pero que deja abierta la puerta para el porvenir a una prescripción nueva. El efecto de la interrupción es instantáneo y cesa inmediatamente. Por esto se distingue de la suspensión, que obra para el porvenir sin abstraer los hechos anteriores. Ahora bien, el reconocimiento que resultaría de la posesión de la prenda por el acreedor podría producir los efectos de una interrupción de prescripción, si la convención fuese posterior al nacimiento del crédito, y produciría siempre los efectos de una suspensión. ¿No hay algo de extraño en una solución que entraña confusión de ideas tan desemejantes? Es que todos los créditos no son susceptibles de extinguirse por la prescripción? Cómo en ausencia de un texto, traer una excepción a ese principio absoluto?" Rebatido luego la objeción hecha de que la aceptación de la prescripción del crédito, conduciría a reconocer al deudor el derecho de reclamar la prenda sin ofrecer él también reintegrar el crédito, el propio Colmet de Santerre, contesta exponiendo que esa consecuencia no es extraña a los principios jurídicos, pues que, extinguida la deuda por cualquier medio equivalente al pago, y la prescripción está en este caso, la prenda no tiene ya razón de existir en poder del acreedor; el contrato accesorio se extingue en cuanto el principal se ha extinguido también, y, por lo mismo, el acreedor no puede pretender la retención de una cosa para garantizar la obligación que no existe. Está pues obligado a restituirla si la posee todavía, o a indemnizar al acreedor si no la conserva porque ha dispuesto de ella o la ha dejado perecer por su cul-

pa". Y no podrá escapar a esta obligación sino invocando a su vez la prescripción de su obligación de entregar, si ha transcurrido el tiempo necesario desde que el deudor pudo intentar la acción de restitución. (Colmet de Santerre.—Cita de Baudry. Ob. cit., págs. 73-74).

Yo también opino que la deuda garantizada con prenda es prescriptible, y para ello me fundo en estas otras razones nacidas de la naturaleza específica del contrato accesorio de prenda. Se entrega una cosa al acreedor únicamente cuando éste lo exige porque desconfía de la solvencia del deudor, pues, cuando esto no sucede, se contenta con la sola firma del último al pie del instrumento que atestigua su obligación, instrumento que a pesar de ser conservado por el acreedor como garantía de cumplimiento, no surte efecto ninguno en orden a interrumpir la prescripción. Por lo tanto, la prenda en la primera hipótesis viene a representar un respaldo de la firma del deudor, que afecta un objeto especial al pago o solución de la deuda, separándolo para tal fin de su patrimonio, que por lo demás, íntegro debía responder como garantía. La afectación de la cosa al pago es, pues, lo que caracteriza la prenda en su esencia; la entrega ha sido establecido en consideración a que los muebles son susceptibles de ser enajenados u ocultados por el dueño si los conservara en su poder. Establecido así el vínculo jurídico en uno y otro caso, no existe casi diferencia alguna en cuanto al fondo. Puede el acreedor solicitar el embargo y venta de cualquier bien del deudor si no le ha exigido prenda ninguna; pedirá la venta del bien especial que se le entregó en empeño, si por no haber querido correr las eventualidades de una probable insolvencia del deudor, le exigió dicha garantía. Y en ambos casos, toca al acreedor hacer uso de la acción respectiva para conseguir el mismo fin, el pago de su crédito. Ahora bien, la prescripción ha sido establecida en las legislaciones por motivos de orden público, para evitar el estancamiento de los derechos cuando no son ejercidos, y por consideración a las dificultades por qué atravesarían las partes, el deudor sobre todo, para poder acreditar sus derechos mediante buenas pruebas después de transcurrido un período largo de tiempo; por ello, las leyes conservan esta institución como regla general y absoluta, de manera que, si algún crédito quisiere reclamar el dictado o cali-

dad de imprescriptible, tendría que aducir el apoyo de una disposición terminante y expresa, ya que las excepciones no se presumen en la ley. Por lo demás, es de la naturaleza de la prescripción el que para ser interrumpida ha de ser necesario un acto ocurrido con posterioridad al vencimiento de la obligación, y ejecutado por el deudor significando su reconocimiento de que subsiste el compromiso, o por el acreedor demostrando que no abandona sus derechos. Bajo este concepto, la constitución de una prenda con posterioridad al vencimiento de la obligación principal, interrumpe la prescripción de la deuda aunque esté próxima a extinguirse, y borra por consiguiente el tiempo anterior; pero, el término empieza a correr nuevamente desde el día siguiente a la fecha de tal constitución, del mismo modo que ocurre con cualquier otro acto que por implicar un reconocimiento de la subsistencia de la deuda o crédito, ha sido investido de la virtualidad de interrumpir la prescripción.

Esto en el terreno puramente teórico. Ahora, voy a exponer ligeramente los preceptos de la legislación ecuatoriana que rigen este respecto. El art. 2.498 del C. C. acepta, en mi concepto, la prescriptibilidad de la obligación principal taxativamente: “La acción hipotecaria, y las demás que proceden de una obligación accesoria, dice el mentado artículo, prescriben junto con la obligación a que acceden”. Esta regla, general como es, prescribe que la obligación asegurada con una accesoria fianza, *prenda* o hipoteca, es prescriptible; tanto cuanto como época de su extinción se fija la de la extinción de aquellas.

La disposición citada del art. 2.498, al fijar de un modo tan general la misma época para la prescripción de *todas* las acciones que nacen de las obligaciones accesorias, parece que no ha tomado enteramente en consideración los principios científicos. El contrato de prenda da lugar a dos acciones distintas: la que se concede al acreedor para perseguir la venta del objeto empeñado, y la que se establece en favor del deudor, para que demande la restitución de la cosa luego que extinga la deuda. Ahora bien, si en el caso de prescripción de la obligación principal, sólo después de cumplido el término podría reclamar la prenda el deudor, entablando la acción correspondiente y fundado en tal prescripción, para ese entonces, es decir cuando recientemente

adquiere el derecho, lo encuentra ya extinguido por la declaración legal. En principio, como expresé en uno de los párrafos anteriores, creo que científicamente es admisible el que extinguida la predicha obligación principal por la prescripción, se confiera al deudor el derecho de reclamar la prenda; y que este derecho a su vez sea prescriptible en el tiempo legal contado desde que el deudor pudo exigir la restitución. Y no sería razón en contra de este principio el axioma jurídico del Derecho práctico consistente en que la prescripción no puede entablarse como acción sino solamente como excepción, axioma fundado a su vez en que la solicitud de declaratoria de la prescripción de un derecho o de una acción, es improcedente ya que reclama en el Juez el ejercicio de la jurisdicción voluntaria, admisible únicamente en los casos legales previstos, por ser ella de excepción(1); y digo que no puede ser obstáculo en tratándose de la acción que ahora estudio, porque en este caso, la demanda sería eminentemente contenciosa, como quiera que se entablaría contra el tenedor de la cosa, o sea contra el acreedor de la obligación ya extinguida a lo menos civilmente, para que restituya la prenda al demandante.

Razones de otra índole sin embargo, debieron decirle al Legislador, para emitir la regla preinserta, que hace prescribir al mismo tiempo las acciones principal y accesoria; pues, fuera de que la deuda asegurada por la prenda sólo se extingue de un modo civil, y deja por lo tanto subsistente la obligación natural, por otra parte, existe una presunción que, ora se la aplique al deudor, ora al acreedor prendario, demuestra de un modo suficiente la justicia de la regla citada.

El supuesto más general respecto de la prenda es el de que la cosa empeñada tiene un valor mayor que la deuda, toda vez que debe alcanzar para el reintegro de ella y de sus accesorios, intereses, costas del juicio, etc.; por consiguiente, hay una razón fundada para admitir que si verdaderamente existía un excedente considerable de valor de la cosa sobre el monto de la deuda, el deudor, a costa de cualesquiera sacrificios hubiera satisfecho a su acreedor para recuperar la prenda. El mero hecho de que omitió esa diligencia durante el largo

(1) V. M. Peñaherrera.—Lecciones de Derecho Práctico civil y penal. T. 1º., § 31, Nº. 3º.

período de veinte años fijados por la ley para extinguir una deuda por prescripción, indica a las claras que tal excedente no existía en el precio, tanto más cuanto que en ese lapso de tiempo, la obligación estaba triplicada con los intereses computados a menos del doce por ciento anual que permite la ley. De otro lado, y considerando ya las conveniencias del acreedor, se observa que éste pudo no haber ejercitado su acción también precisamente porque conceptuaba que el valor de la prenda, insuficiente para pagarse de su crédito, no le permitía, sin ir contra las más elementales reglas de prudencia, entablar su acción y provocar la subasta haciendo nuevas erogaciones, destinadas por insolvencia del deudor a quedar insolutas; de manera que, el presunto abandono de su derecho, pudo en definitiva consistir más bien en su convencimiento de que haría una pérdida al tratar de ejercer la acción respectiva. Estas razones motivan como he dicho, que no se le haya concedido al deudor el derecho de reclamar la cosa que empeñó, sino con el pago de la deuda, pero no por haber prescrito la obligación principal.

CONCLUSION

En el curso de este trabajo he procurado enunciar, aun saliéndome del marco a que debía circunscribirme por razón de la materia que adopté como tema de la disertación, varios interesantísimos problemas, relacionados todos eso sí con el contrato de prenda, pero que son también expresivos de nuestro deficiente progreso social. Refiérome a la prisión por deudas y a las casas de préstamos, vulgarmente conocidas con el nombre de *contadurías*. Sea la ocasión de manifestar respecto de esos dos puntos, que la Legislatura de este año, ha creído también del caso ocuparse para solucionarlos. Piénsase ya en abolir la primera conforme con un proyecto de Ley, presentado para honra de nuestra Universidad, por uno de sus más distinguidos profesores, el diputado por Pichincha Sr. Dr. Francisco Pérez Borja, quien ha sostenido también entusiastamente en el Parlamento la supresión de aquella otra institución retrógrada del arraigo personal. Respecto del segundo, se ha discutiendo, asimismo, autorizar al Municipio de Quito para que contraiga un empréstito especialmente destinado para el establecimiento de un Monte de Piedad. Plausibles de todo punto esos propósitos, es de esperar que

si por falta de tiempo no han alcanzado ha aprobarse definitivamente en esta Legislatura, lo serán indefectiblemente en la próxima; y, sobre todo que el último de aquellos, no quede como tantos otros, de mero proyecto, todavía después de tener el carácter de ley de la República.

Entretanto, y para concluir, séame permitido hacer una pequeña digresión acerca del que considero como remedio apto para solucionar los defectos que tienen como causa la miseria del mayor número de los individuos, y los consiguientes abusos y exigencias de los capitalistas. Porque es necesario considerar como un verdadero caso de patología social, ese que se observa al estudiar los fenómenos de la vida económica, referentes al constante desconocimiento de la ley escrita; al ingenioso rebuscar de ardidés para convertir al precepto dictado para corregir un vicio en nuevo cauteloso lazo que oprima a la justicia y saque al tal vicio redivivo; al insano afanar por la ganancia enorme, dejando despreciada y maltrecha a la moral.

Hablo de la necesidad imperiosa de que el Estado promueva por los medios a su alcance, la creación de Cajas de ahorros, a fin de fomentar esa virtud en el pueblo; pues, si es dar un gran paso en el camino de aliviar la situación de la gente infeliz, el establecimiento de Montes de Piedad, debemos convenir en que con ello se ha arbitrado solamente el tratamiento curativo del ya enfermo; pero, el que con propiedad podemos llamar remedio preventivo, no está sino en la creación e incremento de esas benéficas instituciones que tienden a mejorar la situación económica del mayor número posible de ciudadanos.

Quién sabe si la medida mejor fuera la de fusionar en una las dos instituciones dichas, haciendo que los Montes de Piedad sean también Cajas de ahorros, como se ha hecho con el mayor éxito en naciones más adelantadas? De ese modo, el mismo capital consignado en partículas por los pobres que ahorran, puede servir para salvar a los míseros que por imprevisión o por envates de la suerte, se hallan en el último extremo. Agregando a esto la diversificación en las Cajas de ahorros, entre depósitos reembolsables a la vista y de plazo obligatorio de un año por ejemplo, para el efecto de asignar a estos últimos un interés superior en dos o tres puntos al otro, y permitiendo todavía en este caso al depositante

retirar sus fondos, con su renuncia al excedente dicho, es creíble que se daría un aliciente mayor para provocar el ahorro.

En fin, la ley del progreso, que así como mejora y lleva a la meta a las sociedades que atesoran virtudes y energías, impele también al perfeccionamiento y a la felicidad a los individuos merecedores por capaces, irá paulatinamente corrigiendo nuestros vicios sociales. La paz, la bienhechora, la suspirada paz, aquella que ahora constituye la aspiración suprema de la humanidad entera, ella será asimismo, el factor importante, decisivo, que aporte la holgura, el bienestar, a todos aquellos que no se divorcien del trabajo.

Quito, octubre de 1917.

MANUEL A. NAVAS.



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL