

que los derechos privados sobre los mismos deban depender de nuestra ley, porque los derechos sobre las cosas pueden nacer de diferentes títulos y aun de ley extranjera, debiéndose reconocer siempre que de ello no resulte ofensa al derecho social y á las leyes, á las cuales debe reconocérseles el carácter de reales ó territoriales. Pero la indicada mujer no podría ciertamente pretender que su hipoteca debiera ser eficaz en Italia independiente de toda publicidad, especificación é inscripción, ni tampoco privilegiada en armonía con lo que dispone el Derecho romano (1). Este sería realmente el caso de invocar muy oportunamente la máxima sancionada por nuestro legislador, esto es, que los bienes inmuebles están sujetos á las leyes del lugar en que se hallan situados, para deducir de ella que ninguna ley extranjera puede derogar la ley territorial relativa á los inmuebles, como lo es la que regula la organización del régimen hipotecario de los inmuebles existentes en nuestro país.

Al sancionar el legislador italiano el sistema de la publicidad y de la especialidad de las hipotecas, no ha tenido en cuenta los intereses privados de determinadas personas, sino más bien la protección de los intereses generales, poniendo á los terceros en condiciones de poder conocer las hipotecas que gravan los inmuebles, é impedir así que los acreedores quirografarios de buena fe puedan ser defraudados en sus derechos con las hipotecas ocultas, contra los efectos de los cuales no tendrían garantía ninguna. Habiendo asimismo negado el que la hipoteca de la mujer casada pueda extenderse á los bienes futuros, no podría concederse á la mujer extranjera gozar del derecho de hipoteca legal sobre los bienes del marido, ni hacerla extensiva en Italia á los bienes futuros de aquel aunque según la ley extranjera pudiese hacerlo. Este es evidentemente uno de los casos en que no deberá aplicarse la ley extranjera, por encontrarse en oposición con la territorial. Ninguna ley extranjera puede conceder á los particulares sometidos á su imperio derechos, si de reconocerlos respecto de los inmuebles existentes en

(1) L. 12, § 1.º, Cod. *Qui potiores in pignore habeantur* (VIII, 18), nov. 97, cap. II.

otro país se infiere ofensa á la ley territorial, que regula y protege los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos inmuebles.

Con los principios que dejamos expuestos, parécenos haber determinado los límites de la autoridad de la ley extranjera y los de la *lex rei sitæ*, respecto de la hipoteca legal correspondiente á la mujer casada, y con arreglo á los mismos se puede resolver la cuestión en todos los demás casos en que la hipoteca tenga su origen en la ley.

896. Uno de los motivos por los cuales los legisladores conceden la hipoteca legal, es la protección debida á los que no tienen capacidad para atender por sí mismos á la defensa de sus propios intereses. Así el legislador italiano, por ejemplo, la concede al menor y al interdicto sobre los bienes del tutor, atribuyendo, por consiguiente, al menor mismo y al interdicto el derecho de demandar la inscripción sin necesidad de asistencia ni de autorización, derecho que también reconoce á sus padres (artículo 1.985). No procuran de la misma manera las leyes de otras naciones proteger los intereses de los incapaces; en el Código de los Países Bajos, por ejemplo, no se halla la institución de la hipoteca legal de los incapaces, como sucede en el Código civil italiano, y de este hecho han surgido dificultades acerca de si, en lo tocante á los derechos de un menor, en este punto, ha de decidirse con arreglo á la ley territorial ó á su ley personal.

Los Tribunales franceses han resuelto la cuestión en armonía con la doctrina tradicional, esto es, que siendo la hipoteca legal un derecho civil de la misma manera que la tutela, no puede concederse al extranjero ningún derecho de hipoteca sino en el caso de una tutela conferida en Francia á un francés, ó de tutela legal reconocida en la citada nación bajo el imperio de la ley francesa, ó bien respecto de los incapaces autorizados para establecer su domicilio en Francia (1).

897. Habiendo propuesto Laurent la cuestión de si los incapaces holandeses podían tener hipoteca legal sobre los bienes

(1) Conf. la sentencia del Tribunal de Bourges, 4 de Agosto de 1874, *Journal du droit intern. privé*, 1876, p. 31 y la nota.

del tutor sitos en Bélgica, y de si los incapaces belgas podían tenerla sobre los bienes del tutor sitos en los Países Bajos, resuelve negativamente la segunda, encontrando bien fundada la teoría tradicional. Hace notar que no se puede tener un derecho real de preferencia, sino en virtud del estatuto real, y que si la *lex rei sitæ* no admite la hipoteca legal en favor de los menores, no pueden gravarse con esta hipoteca los bienes sitos en el territorio donde la ley impera (1).

Debemos observar que no puede negarse en principio que los derechos reales de carácter preferente deban regirse por la ley territorial, ni que sólo puedan adquirirse en conformidad á lo que aquélla dispone. La cuestión, sin embargo, no es, en nuestro sentir, una cuestión de preferencia, y nos parece mejor proponerla bajo otro aspecto. En el supuesto de que la ley territorial permita que se pueda constituir la hipoteca, y que deba decidirse con arreglo á la misma lo relativo á las formalidades exigidas para su constitución y acerca de las preferencias á que puede dar origen la hipoteca ya constituida é inscrita, ¿puede la disposición de la ley que presidió á la institución de la tutela servir de título respecto de un menor extranjero en sus relaciones con el tutor?

Si queremos resolver dicha cuestión con arreglo al sistema que, apartándose de la teoría tradicional, admite que los derechos sobre bienes existentes en el territorio de un Estado, pueden derivarse de una ley extranjera, nos parece que no se puede rechazar la autoridad de la ley que debe regular la tutela, porque, debiendo ésta determinar todas las relaciones que de ella se derivan, y por consiguiente, la naturaleza y extensión de las obligaciones del tutor, habrá de tener autoridad para atribuir al menor el derecho de pedir garantía real sobre los bienes del tutor. El que ha aceptado la tutela bajo el imperio de una ley que sujeta sus bienes á hipoteca, por el hecho de aceptarla debe reputarse tácitamente obligado á prestar la garantía real para el cumplimiento de las obligaciones que respecto del menor contra-

(1) *Droit civil international*, t. VII, § 397, p. 471.

jo. Del mismo modo que si este hubiese consentido la hipoteca por pacto expreso, el derecho resultante en favor del acreedor (siempre bajo las condiciones establecidas por la ley territorial para hacerlo efectivo y eficaz) debería reconocerse y ser válido, también habría de serlo la que no se hubiese pactado taxativamente, por exigirla la autoridad llamada á garantizar los intereses del incapaz, y por considerarse consentida tácitamente por el que quede obligado.

Considerada la cuestión bajo este aspecto, resulta con toda evidencia que jamás puede darse el caso de aplicar la ley territorial, puesto que no siendo llamada la soberanía del Estado donde los bienes existen á proteger los intereses de los extranjeros incapaces (siéndolo tan sólo la soberanía del Estado cuyo ciudadano sea la persona acreedora á dicha protección), se colige que todo debe depender de la ley personal reguladora de la tutela como anteriormente se ha demostrado (1). En el supuesto de que las garantías establecidas por cada ley en beneficio del incapaz sean la consecuencia de su condición jurídica, es lógico que la ley misma á que haya de estar sometida la persona, y que debe regular todo lo concerniente á su condición jurídica, determine también si, atendiendo á la condición personal, debe ó no concedérsele tal ó cual garantía.

898. No vale aducir, para impugnar nuestra opinión, que la hipoteca constituye un derecho de preferencia respecto de los deudores quirografarios, y que la ley extranjera no puede atribuir ningún derecho de preferencia sobre inmuebles existentes en un Estado.

El derecho de pedir y obtener la inscripción de la hipoteca, no es en sí mismo una preferencia, sino un *jus ad rem*, que sólo llega á ser efectivo y real, cuando la hipoteca se registra; y como hemos dicho y repetido, que la inscripción debe efectuarse de conformidad con la *lex rei sitæ*, y que una vez inscrita, la ley territorial es la que ha de determinar su grado, porque de ella debe depender todo el procedimiento para hacerla efectiva y para promover la expropiación, resulta evidentemente que el

(1) Véase tomo I, núm. 156, y el II, núm. 461 y siguientes.

jus in re debe permanecer siempre sometido á la *lex rei sita*, y que todo lo que sostenemos respecto del derecho de hipoteca legal de que pueden disfrutar los incapaces, se reduce á admitir que puede fundarse en la ley personal el derecho de pedir y obtener la inscripción. Por consiguiente, debiendo depender de la ley personal, habrá de admitirse aun en los casos en que no se reconociese dicho derecho por la ley territorial. De este modo la *lex rei sita*, debería ofrecer su autoridad para hacer eficaz y conservar el derecho conferido por la ley personal, pero ésta habría de reputarse como el título originario del derecho de hipoteca conferido por aquélla.

No creemos que de aceptar nuestra opinión, pueda inferirse ofensa alguna á los derechos de la soberanía territorial, ni á los intereses de terceros. Examinemos, en efecto, el caso mismo propuesto por Laurent, esto es, el de un menor italiano que intenta hacer la inscripción sobre los bienes de su tutor existentes en los Países Bajos, aduciendo que su derecho nace de la ley italiana, á cuyo amparo se instituyó la tutela.

§ 99. El Código de los Países Bajos, no admite en realidad la hipoteca legal, en la misma forma sancionada por el legislador italiano, pero no puede sostenerse que en el sistema del mencionado Código, no se haya atendido convenientemente á proteger los intereses de los incapaces. El legislador holandés, dispone en el artículo 390, que todo tutor está obligado á dar hipoteca para asegurar su gestión en una suma proporcionada á la importancia de su administración, suma que deberá fijarse por el Juez del Cantón después de consultado el tutor, el protutor y los parientes del menor, y teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y la responsabilidad eventual del tutor. Así, pues, en el artículo 1.217, dispone dicho legislador que el tutor ó curador ó cualquier otra persona obligada por la ley ó por contrato á dar hipoteca puede ser obligada en juicio y que el Juez especificará en la sentencia los bienes sobre los cuales deberá hacerse la inscripción.

Ahora bien, fácilmente se comprende que, en el sistema del Código holandés, se ha provisto de un modo distinto á la protección de los intereses de los incapaces, pero al no encontrarse

en aquel Código una disposición análoga á la sancionada en el artículo 1.969 del Código civil italiano, que atribuye la hipoteca legal al menor y al interdicto sobre los bienes del tutor, ¿puede ser esta una razón poderosa para negar á uno y otro el derecho de pedir y obtener la inscripción observando lo que dispone el Código holandés en la sección segunda, artículo 1.224 y siguientes, tocante á las formalidades con que debe hacerse la inscripción? No podría aducirse que derivándose el derecho de hipoteca de la ley italiana, ésta no puede regir en país extranjero. Por el contrario, debemos observar que, aceptando la teoría que hemos establecido respecto del carácter territorial de las leyes, no puede negarse en principio que una ley puede ejercer su autoridad en todas partes en cuanto á regular los derechos que, según la naturaleza de las cosas y de las relaciones jurídicas, deben regirse por la misma, sin que nada pueda obstar á que tales derechos tengan por objeto los bienes inmuebles, con tal que de reconocer estos derechos que nacen de ley extranjera, no se infiera ofensa alguna al derecho social y al orden público.

Hay que tener siempre presente que á quien corresponde atender á la protección de los incapaces es á la soberanía del Estado de donde el incapaz es ciudadano, porque ésta es la llamada á proteger sus intereses. De aquí puede deducirse que toda protección, y aun las garantías reales, deben depender de la misma ley de que dependen la condición de la persona y las relaciones con las leyes á que está sometida, sin que pueda obstar que los derechos que de aquí nacen se extiendan también á los bienes inmuebles existentes en el territorio extranjero. Será preciso, sin duda, dejar á salvo siempre el derecho de la soberanía territorial en cuanto á determinar las condiciones bajo las cuales pueden ser eficaces las garantías reales, y además, en cuanto á limitar la aplicación de la ley personal en todo lo que pueda perjudicar al derecho social y á los derechos de terceros. Por consiguiente, una ley extranjera que para proteger los intereses del menor le concediese la garantía real independientemente de toda publicidad ó inscripción, ó que la extendiese á todo el patrimonio del obligado sin previa especificación, ó que sobre conferir al incapaz la hipoteca legal, la declarase privilegiada de tal

modo que atribuyese al menor un derecho de prelación respecto de todos los acreedores hipotecarios, no podría tener autoridad en distinto Estado, denegando la ley territorial que hubiese organizado de diferente modo el régimen de las hipotecas, á fin de proteger los intereses generales y los derechos de terceros.

900. De los principios hasta ahora expuestos debe también inferirse que, si la hipoteca legal se deriva del hecho jurídico realizado bajo el imperio de una ley, como sucede á la atribuida al vendedor ó á otro enajenante sobre los inmuebles enajenados para el cumplimiento de las obligaciones que nacen del acto de enajenación, el derecho puede fundarse en dicha ley, á la cual debe considerarse sometida la obligación principal, cuyo cumplimiento se garantiza por la hipoteca. La razón es siempre la misma, esto es, que la ley destinada á regular el contrato debe tener autoridad en todas partes para determinar la esencia de la obligación, su naturaleza y los efectos inmediatos que de ella nacen, así como también todo lo que resulte legalmente de lo que se haya estipulado entre las partes, y que debe suponerse tácitamente consentido por ellas. Siempre que dos personas contratan bajo el imperio de una ley que concede al que haya vendido, concediendo un plazo para el pago, el derecho de que se le garantice mediante la hipoteca sobre el inmueble enajenado la satisfacción del precio, ¿no es lo mismo que si el enajenante hubiese exigido expresamente y el adquirente hubiese consentido también de una manera expresa en asegurar sobre el mismo inmueble adquirido por él el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato? Si el enajenante no lo pidió porque contrataba al amparo de una ley que le atribuía aquel derecho, y el adquirente no dió su explícito consentimiento porque sabía que estaba obligado á lo mismo sin necesidad de estipulación expresa, ¿cómo podría desconocerse el derecho de hipoteca resultante de la ley del contrato, sin desconocer los derechos adquiridos por las partes según la ley bajo la cual se obligaron al contratar?

901. De todo esto se desprende, que para decidir si en el caso de venta ó de división de crédito ó de sociedad, se debe ó no la hipoteca legal, habrá de depender todo de la ley bajo

cuyo imperio se hayan obligado las partes, y que cuando el derecho de hipoteca haya de reputarse adquirido en virtud de la ley del contrato, debe reconocerse y hacerse valer en todas partes, como la hipoteca convencional, bajo las condiciones y con las limitaciones que ya hemos indicado muchas veces.

902. Creemos oportuno resolver una última dificultad, á saber: la de si en el caso de hipoteca que se derive de la ley extranjera, debe admitirse que el interesado pueda pedir y obtener la inscripción sin más condiciones, como ya hemos dicho respecto de la hipoteca convencional, ó si debe por el contrario admitirse que el derecho de inscribir la hipoteca debe reconocerse bien fundado por la ley extranjera, ó por el Magistrado territorial. En nuestro sentir, será necesario atenerse á este último extremo, sin duda alguna, cuando según la *lex rei sitæ*, se hubiese dispuesto así expresamente. En el Código holandés, por ejemplo, hallamos dispuesto taxativamente, en el artículo 1.217, que toda persona obligada por la ley á dar hipoteca, puede serlo también en juicio. Aceptando nuestras opiniones debería admitirse que el derecho á obligar á uno á dar hipoteca sobre un inmueble existente en los Países Bajos puede fundarse en una ley extranjera y que debe concederse tal derecho, aun cuando el caso consignado en la ley extranjera, no se hubiese tenido en cuenta por el Código holandés, debiendo el interesado hacer reconocer su derecho por el Magistrado territorial. Aun cuando falte una disposición expresa, no se podrá conceder al interesado la inscripción de la hipoteca en virtud de una ley extranjera sin que se reconozca por el Magistrado territorial competente su derecho á hacerlo. No podemos admitir, respecto de la hipoteca legal, el mismo principio que hemos establecido en cuanto á la hipoteca convencional. Tocante á ésta, derivándose del contrato, puede bastar la presentación del título en que está fundada, y cuando este por su forma externa reuna todas las formalidades exigidas por la ley territorial para proceder á la inscripción, pedirla y obtenerla. Cuando por el contrario, el título sea la ley extranjera, ésta no puede ciertamente exhibirse ni admitirse la inscripción sin haber previamente averiguado si la ley en que el derecho se quiere fundar, concede ó no realmente la hipoteca. De

aquí que sea indispensable la autorización del Magistrado territorial que decida si corresponde ó no el derecho á la persona que lo alega.

903. Diremos algo acerca de la hipoteca legal atribuida al Estado, á las Comunidades, y á los establecimientos públicos, sobre los bienes de los encargados ó administradores. La ley de algunos países admite esta clase de hipoteca, y es evidente que su objeto consiste en proteger los intereses del Estado y el patrimonio público, contra los que tienen su administración. No todas las leyes están conformes en este punto, habiendo gran diversidad en sus disposiciones. Así, según la ley italiana, dicha hipoteca legal no se ha reputado necesaria para proteger los intereses del Estado, y el Código civil sanciona solamente la hipoteca legal en favor del Estado sobre los bienes de los condenados para indemnizarse de los gastos judiciales en materia criminal, correccional y de policía, comprendiendo en ellos los derechos de los funcionarios y de la curia. El Código francés lo admite por el contrario, y lo mismo la ley belga.

Aquí debemos observar que no podemos mantener, respecto de la hipoteca legal atribuida al Estado y demás personas jurídicas por él creadas, los mismos principios que hemos sostenido tocante al derecho de hipoteca atribuida por la ley á los incapaces. Habiendo fundado toda nuestra teoría en el concepto de la convención tácita entre las partes, que es la consecuencia del hecho jurídico sometido voluntariamente por las mismas al imperio de la ley que atribuye á la obligación el efecto jurídico de la garantía real, no podemos creer aplicable el mismo concepto en lo que toca á la hipoteca creada por el Estado mismo en beneficio propio para poner á cubierto sus intereses patrimoniales. Hay que ver, realmente, en este hecho un acto de soberanía en relación con los principios que regulan la administración pública, y teniendo esto presente, es claro, que la ley emanada de la soberanía de un Estado que tal derecho se atribuye, no puede tener autoridad extraterritorial. El Estado es una persona jurídica que existe como tal de pleno derecho, como son las Comunidades, los Institutos públicos y las Corporaciones reconocidas por el mismo. Ahora bien, no es posible asimilar bajo todos conceptos

la condición de las personas jurídicas á la de los particulares, hasta el punto de hacer aplicable á las unas los mismos principios que regulan los derechos de las otras; por lo cual debemos concluir que, aun cuando se admitiese la hipoteca legal en favor del Estado, según la *lex rei sitæ*, no podría permitirse á un Estado extranjero inscribir la hipoteca sobre los bienes de los administradores públicos existentes en el territorio donde dicha ley impera. Siendo la ley misma la que atribuye á este derecho un acto de alta administración que tiene por fin proteger los intereses patrimoniales del Estado, no debe tener autoridad en territorio extranjero. No puede, en efecto, admitirse que una soberanía pueda por sí misma crear en beneficio propio una garantía real en concurrencia con los acreedores quirografarios y extenderla á los bienes existentes en el territorio de otra soberanía.

Cuando, según la ley de cualquiera de ambos países se hubiese admitido la hipoteca legal en favor del Estado como sucede en Francia y en Bélgica, puede concederse que pueda uno de ellos, bajo las condiciones establecidas por la ley territorial, inscribir en su favor la hipoteca legal sobre los bienes de los administradores sitos en el territorio del otro; pero esto, sólo podría efectuarse ó en virtud de un pacto expreso estipulado en un tratado entre los dos Estados, ó en virtud de la reciprocidad establecida entre ambos en este punto. Por otra parte, habrá de tenerse en cuenta que, en dichas circunstancias, la extensión de la hipoteca sobre los bienes existentes en el otro Estado sería siempre consecuencia de la concesión de la soberanía territorial en virtud de tratado ó reciprocidad, y nunca la aplicación de los principios generales que hemos sostenido respecto de la hipoteca legal atribuida á los particulares.

§ 3.º

De la hipoteca judicial.

904. De la hipoteca judicial y de su carácter.—**905.** No pueden aplicarse á ella las mismas reglas que á la hipoteca legal.—**906.** No puede considerarse como un derecho perteneciente á la parte ni declararse por el Juez.—

907. Efectos de la hipoteca judicial en país extranjero.—908. Importancia de los tratados.

904. A la hipoteca judicial debemos aplicar principios muy distintos de los que hemos sostenido respecto de la hipoteca legal. La hipoteca judicial en los países en que está admitida, tiene también su origen en la ley, la cual atribuye á toda sentencia que implique condena al pago de una cantidad ó al cumplimiento de cualquier otra obligación que imponga indemnización de daños, el efecto de producir, en favor del que la haya obtenido, la hipoteca sobre los bienes del deudor.

Conviene ante todo tener presente que no está admitida la hipoteca judicial por las leyes de todos los países. No lo está, por ejemplo, en Bélgica, donde la ley Hipotecaria de 16 de Diciembre de 1851 la excluyó; ni en Portugal, ni en el cantón de Ginebra, donde fué suprimida por la ley de 6 de Junio de 1851. En otros países la sentencia se ha reputado título suficiente para conseguir la hipoteca, pero es preciso pedirla por la vía ejecutiva, lo cual puede hacerse sin necesidad de juicio contradictorio como sucede en Alemania.

Hay que tener en cuenta además, que según los principios del derecho, la hipoteca judicial suscita muchas discusiones acerca de su fundamento jurídico, porque á decir verdad, la facultad concedida al Magistrado encargado del litigio (que debería limitarse á conocer y á declarar los derechos de las partes) para atribuir al acreedor un derecho real que antes no tenía, poniéndose así en una posición ventajosa respecto de todos los demás acreedores, no puede justificarse sin incurrir en contradicción. Los acreedores que habían confiado en su deudor común, considerando sus bienes como garantía de los derechos correspondientes á cada uno de ellos, y que sabían al contratar que estos bienes no estaban gravados con ninguna hipoteca convencional, se ven defraudados en sus derechos por el hecho de uno de ellos, pudiendo obrar judicialmente antes que los demás (quizá porque la sola circunstancia fortuita de la época del vencimiento de un crédito anterior á la de los demás, quizá por la mayor diligencia de su procurador para poner término al juicio) llega así á ob-

tener una garantía real mediante la hipoteca judicial, en virtud de la cual, adquiere un derecho de preferencia respecto de los bienes que eran la garantía común.

905. Sin entrar en otros particulares respecto de este punto, hemos creído necesario mencionar las graves discusiones acerca de la hipoteca judicial, para que se pueda comprender mejor la razón que nos impide admitir que los principios aplicables á la hipoteca convencional y á la legal en favor de los particulares (que nosotros hemos equiparado á la convencional tácita) deben serlo igualmente á la de que ahora nos ocupamos. Respecto de la hipoteca convencional, hemos sostenido que el derecho atribuido al acreedor por el propietario de los bienes gravados con la hipoteca, debe extenderse aun á los existentes en país extranjero, porque hemos demostrado, que esto debe considerarse como consecuencia de los derechos comprendidos en el de propiedad y de la facultad correspondiente al propietario, de consentir en asegurar el cumplimiento de sus obligaciones mediante la garantía real de los bienes donde quiera que estén sitos. En la hipoteca judicial, por el contrario, el propietario se somete á la hipoteca, en virtud de la sentencia del Juez y se somete á ella, no porque haya de admitirse consentimiento alguno de su parte, ni expreso ni presunto, sino en virtud del poder atribuido al Juez por la ley para atribuir al acreedor la garantía real sobre los bienes del propio deudor, condenando á éste á soportarla como consecuencia necesaria de la condena al pago. Ahora bien, comprendese fácilmente, examinando á fondo la cuestión, que debiendo depender todo del poder soberano que atribuye tal facultad al Juez, todos sus efectos deben necesariamente limitarse á los confines del territorio en que impera la soberanía. Por consiguiente, sostenemos en principio, que la hipoteca judicial aun cuando haya de admitirse por la ley del país donde se ha declarado el juicio, debe reputarse sin efecto en los países extranjeros. Decimos esto á pesar de que, en armonía con los principios que hemos expuesto, creamos deber admitirse que los derechos de las partes reconocidas por el Magistrado competente que haya pronunciado la sentencia, deben reconocerse en todas partes en vir-