

la nave afecta al pago de la deuda debe sustraerse de la libre disposición del propietario, á causa de haberla el mismo asignado para responder de dicho pago, tiende realmente á que se dé fuerza ejecutiva al título fundamental de su derecho. Ahora bien, es evidente que esto no puede concedérsele sin que previamente haya examinado y decidido el Magistrado territorial, si el título puede ó no ser ejecutivo.

No es este el lugar de discutir dicha cuestión, porque nos apartaría del asunto de que ahora nos ocupamos. Diremos no obstante, que la fuerza ejecutiva de las escrituras hechas en el extranjero, no es preciso considerarla limitada al caso en que se quiera proceder en virtud de ellas á actos ejecutivos verdaderos y propios. Se da, en efecto, fuerza ejecutiva á un documento, aun cuando la soberanía sea la llamada á atribuirle fuerza y eficacia como título jurídico, permitiendo á la parte fundar sobre el mismo los derechos y las acciones que de él se derivan, relativamente al deudor y á los terceros interesados. Por lo cual no podemos conceder que un contrato realizado en el extranjero, y en que el acreedor funda el derecho de hipoteca y la acción hipotecaria, aunque con el solo objeto de hacer reconocer tales derechos y acciones relativamente á terceros, pueda tener fuerza y vigor como tal, sin que el Magistrado territorial haya examinado y decidido previamente si debe ó no darse fuerza ejecutiva al contrato.

Se comprende perfectamente que tal examen y tal juicio deben limitarse á hacer constar los derechos adquiridos por la parte en virtud del contrato y á reconocerlos debidamente fundados en el mismo, y por la tanto, la ejecución decretada por el Magistrado territorial no puede considerarse como atributiva, sino solamente como declarativa de derechos. Diremos, no obstante, que la intervención del Magistrado territorial debe reputarse necesaria, y que las formas del procedimiento establecidas por la ley territorial para ejecutar el contrato por cuyo medio se constituyó la hipoteca sobre la nave extranjera, deben reputarse indispensables para admitir al acreedor á hacer valer sus derechos y á ejercitar sus acciones respecto de aquella parte de la nave que le fué asignada en virtud de la hipoteca.

918. El Tribunal de casación francés, en la citada sentencia de 25 de Noviembre de 1879, admite, en principio, que la hipoteca sobre el barco griego *Dio Adelphi* no podía ser eficaz sino á condición de que el contrato se hubiese declarado ejecutivo en conformidad al art. 346 del Código de procedimiento civil, y Lyon-Caen, al anotar dicha sentencia, combate el principio, viendo en él un error de derecho por la razón, según dice, de que la fuerza ejecutiva de los actos efectuados en el extranjero no puede reputarse necesaria sino cuando, en virtud de ellos, se quiera proceder á los medios ejecutivos (1).

La misma opinión sigue Milhaud (2). No podemos estar de acuerdo en este punto con los citados escritores, ni hacernos solidarios del orden de ideas á que obedece el sistema sancionado por el legislador francés respecto de la ejecutoriedad de los contratos hechos en el extranjero, porque en virtud de lo que dicho legislador dispone, la ejecutoriedad no es declarativa sino atributiva de derechos, siendo así, que en aquel sistema de leyes, el que tiende á obtener en Francia la ejecución de un acto realizado en el extranjero, tiende á obtener el título ejecutivo que es producto de la sentencia del Tribunal francés, no dándose de este modofuerza ejecutiva al acto llevado á cabo en el extranjero, sino que, por el contrario, la sentencia del Tribunal francés es la que constituye el título ejecutivo y á la que se da fuerza ejecutiva. Manteniendo nuestro criterio no intentamos apoyarlo en el orden de ideas sustentadas por el legislador francés, y prescindiendo de exponer á fondo en qué debe consistir, conforme á los rectos principios, la fuerza ejecutiva que debe darse por el Magistrado territorial á las escrituras hechas en el extranjero, cosa que expondremos en su lugar (3), repetiremos, no obstante, que

(1) Nota á la sentencia en la casación de 25 de Noviembre de 1879, *Journal du Palais*, 1880, pág. 603-607.

(2) Obra citada, pág. 320.

(3) Trataremos de propósito esta materia en el volumen sobre el *Derecho internacional judicial*. Véase, entre tanto, mis obras: *Efectos internacionales de las sentencias y de los actos*

no podemos conceder, en principio, que un contrato, en virtud del cual se haya constituido la hipoteca sobre un buque extranjero, pueda tener eficacia en un Estado, sin que se le haya dado fuerza ejecutiva por el Magistrado territorial.

919. Indicados los principios á que debe ajustarse la constitución válida de una hipoteca, pasemos ahora á examinar la segunda cuestión, esto es, cómo debe decidirse si la hipoteca válidamente constituida puede ó no ser eficaz, teniendo en cuenta las formalidades de publicidad de la misma. Esta cuestión no puede depender realmente de la ley del departamento marítimo de la nave en todos los casos y bajo todos conceptos. La nave, como ya hemos indicado, es un instrumento de comercio y de crédito al mismo tiempo. Está destinada á la navegación, y puede hallarse en condiciones de atender á las necesidades de la misma, pudiendo darse el caso de valerse del crédito, sirviéndose de los capitales ajenos, según las exigencias del momento. Ya hemos sostenido que, respecto de los inmuebles, las formalidades de publicidad exigidas para que sea eficaz la hipoteca, deben regirse exclusivamente por la *lex rei sitæ*. Establecido que la nave debe reputarse localizada en el puerto donde esté inscrita, podemos admitir, como regla general, que las formalidades de publicidad para hacer eficaz la hipoteca deben regularse por la ley allí vigente, por lo cual no podría ser una razón para desconocer la hipoteca válidamente constituida la falta de observancia de las formalidades de publicidad exigidas por la ley del lugar donde la nave se encuentre y donde surja la cuestión acerca de la eficacia de la hipoteca constituida. Debemos, sin embargo, observar que, debiendo todos los que pueden tener intereses sobre la nave y confiarle capitales estar en actitud de conocer la condición jurídica de aquélla, la propiedad de la misma y los derechos adquiridos á consecuencia de la enajenación total ó parcial por parte del propietario, debe admitirse que si la ley extranjera no hubiese atendido á esto de una manera conveniente para evitar toda sorpresa y fraude, y si los intereses de publi-

(Turín, Loescher, 1875); y conf. la otra obra sobre las *Disposiciones generales de las leyes* (Nápoles, Marghieri, edit., 1888).

dad por ella sancionados no pudiesen reputarse suficientes para que todos puedan conocer la hipoteca con que la nave está gravada, podría ser este un motivo para hacer ineficaz aquélla aunque válidamente constituida y publicada.

Lo mismo que hemos dicho respecto de los inmuebles, esto es, que no puede admitirse una hipoteca oculta en un país donde estuviese establecida la publicidad para proteger los intereses sociales y los derechos de terceros, deberá también decirse de la hipoteca sobre la nave, la cual, si bien cuando está constituida según la ley del país á que la nave pertenece es válida y eficaz no podrá reputarse lo mismo en todas partes, dado que las formalidades de publicidad prescritas por la ley extranjera no se juzguen suficientes para proteger los derechos de terceros.

920. De la aplicación de estos principios se infiere que debe tenerse por válida la hipoteca constituida sobre una nave inglesa, y que no podrá ser suficiente razón para desconocer su eficacia el no encontrarse anotada en el acta de nacionalidad, como se prescribe por la ley francesa, y así se reconoció por el Tribunal de casación en la citada sentencia de 25 de Noviembre de 1879, respecto de la hipoteca constituida sobre un buque griego y no anotada en el acta de nacionalidad. La ley inglesa de 1834, ha procurado, en efecto, de diversas maneras hacer pública la hipoteca. En el acta de nacionalidad, que el capitán debe llevar á bordo, encuéntrase efectivamente la anotación de que tal acta no constituye título para hacer constar las modificaciones de propiedad ni las hipotecas, debiéndose éstas inscribir en el Registro de matrícula del puerto á que la nave pertenece. Resulta de aquí, que todos los que pretenden realizar operaciones de crédito con una nave inglesa, saben cómo han de cerciorarse de su condición jurídica y de todo cuanto concierne á la propiedad y á las hipotecas. No podrían, por tanto, alegar la circunstancia de no hallarse anotada la hipoteca en el acta de nacionalidad para sostener la falta de publicidad y deducir la ineficacia de la hipoteca constituida según la ley inglesa. Sin embargo, según la ley de la marina mercante de 1854, encontramos una distinción importante acerca de la publicidad de la venta y de la hipoteca. Respecto de la venta, debe registrarse so pena de nulidad (ar-

título 57). Respecto de la hipoteca, el art. 69 dispone también que debe registrarse la escritura por la cual se constituyó la hipoteca, y establece que, cuando haya muchas hipotecas registradas, su grado debe determinarse por la fecha, aunque el registro de la hipoteca no es requisito indispensable para su validez, sino que sirve únicamente para regular el concurso de acreedores hipotecarios. Por consiguiente, aunque no se haya registrado una hipoteca, esta es válida, sin embargo, determinándose el grado de las no registradas, por las fechas en que fueron constituidas.

Ahora bien: siguiendo nuestro orden de ideas, debemos admitir que un acreedor hipotecario inglés no podría invocar útilmente la ley de su propio país para hacer que se considerase válida la hipoteca aunque no estuviese registrada. Este sería uno de los casos en que seguramente no podría reconocerse la autoridad de la ley extranjera, si bien habría que considerar sujeta á ella la nave. De la misma manera que no podría admitirse la eficacia de una hipoteca oculta, aunque válida según la ley que debe regularla, tampoco podría reputarse eficaz la que no se registrase en el libro de matrícula del puerto en que esté inscrita la nave y en el que deben averiguar todos los que tengan interés sobre la misma, su condición jurídica. Todo lo más que podría concederse sería la eficacia de la hipoteca no registrada, en la hipótesis de que el acreedor hipotecario quisiera hacer valer sus derechos respecto del propietario inglés sin que hubiese ningún tercero interesado en la materia. Así podría, por ejemplo, suceder en el caso de que se hubiese vendido una nave inglesa en un puerto italiano, y después de pagados todos los demás acreedores, el acreedor hipotecario pretendiese hacer valer su hipoteca en la parte del precio que le pertenecía. En este caso no habrá dificultad en aplicar la ley inglesa y en considerar con arreglo á ella válida la hipoteca no registrada.

CAPÍTULO VIII

De la prenda y de la anticresis.

- 921.** Concepto general de la prenda según el derecho antiguo y moderno.—
922. Verdadera idea del derecho de prelación que resulta de la prenda.—
923. Ley que debe regular su constitución.—**924.** Limitaciones que puede sufrir la autonomía de las partes.—**925.** Ley que debe regular la eficacia de los derechos del acreedor pignoraticio.—**926.** Forma del contrato de prenda.—**927.** Ley que debe regular la acción pignoratícia y extensión de los derechos del acreedor relativamente á terceras personas.—**928.** Principios que deben regular la pignoración de los créditos y de los títulos al portador.—**929.** Del derecho de anticresis y modo de regularlo las leyes.—
930. Determinase la ley que debe regular las relaciones que se derivan de la anticresis.—**931.** Forma del contrato.

921. Puede garantizarse el cumplimiento de una obligación dando al acreedor una cosa mueble para seguridad de su crédito, y confiriendo al mismo el derecho de retenerla y cobrarse con su precio la cantidad que se le deba. Este acto jurídico constituye la prenda que, según los principios del derecho moderno, da origen, contra el acreedor y la cosa pignorada, á relaciones muy diversas de las que reconocía el Derecho romano.

Según éste y las leyes que aceptaron sus principios, la prenda atribuía un derecho y una acción real, en virtud de la cual el acreedor pignoraticio podía perseguir la cosa que le había sido dada en prenda, aun de manos de terceros que hubiesen adquirido su posesión, y valiéndose de los interdictos posesorios, readquirir su posesión para cobrarse con su valor del total de su deuda.