

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.

CAPITULO 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.

En aquel sistema de leyes no había distinción esencial entre el derecho resultante de la prenda y el que nacía de la hipoteca; y tanto es así, que el jurisperito Marciano llegó hasta decir: *Inter pignus et hypothecam, tantum nominis sonu. differt* (1). Toda la diferencia entre una y otra consistía, principalmente, en que la hipoteca se constituía sobre una cosa que quedaba en poder del poseedor, en tanto que la prenda propiamente dicha, suponía que la cosa debía estar en posesión del acreedor: *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit; hypothecam cum non transit, nec possessio ad creditorem* (2).

Según el derecho moderno, la prenda propiamente dicha atribuye también al acreedor la seguridad especial de ser pagado con preferencia á cualquiera otro con el precio de la cosa empeñada. Es preciso, sin embargo, tener presente que no puede decirse, en rigor, que el efecto de dicha seguridad sea el de establecer en favor del acreedor un derecho real, como hemos dicho de la hipoteca. En virtud de la última, el cumplimiento de la obligación está asegurado sobre la cosa, que permanece vinculada al mismo, cualquiera que sea su poseedor. La prenda, por el contrario, aunque también engendra una relación entre el acreedor y la cosa, el derecho que el primero adquiere sobre la segunda se limita, por regla general, á hacerse pagar con su precio con preferencia á cualquiera otro acreedor. Pero es siempre necesario que el acreedor sea puesto en posesión de la cosa en concepto de prenda y tenga la actual posesión de ella, ó bien que la cosa se encuentre como en depósito en manos de un tercero. Sólo cuando tenga lugar esta condición de la posesión actual y real, y concurren, además, todas las condiciones legales para constituirse válidamente la prenda, podrá hacer valer el acreedor pignoraticio su derecho de retención, las acciones posesorias y las reales sobre las cosas muebles, ejercitando el derecho de prelación sobre el precio de la cosa empeñada.

(1) Ley 5.ª, § 2, Dig., *De pignor. act.*, (XX, 1).

(2) Ley 9.ª, § 2, Dig., *De pign. act.*, (XIII, 7).

922. Estimamos oportuno observar, que las leyes modernas han reputado el derecho relativo al acreedor pignoraticio, como uno de los privilegios sobre los muebles. El derecho de prelación es realmente un privilegio, pero no puede sostenerse lógicamente que deba confundirse con los demás privilegios de que trataremos en el capítulo siguiente, puesto que en lo que toca á éstos, el derecho de preferencia tiene su origen en la ley, y ésta los atribuye, teniendo en cuenta la naturaleza y la causa del crédito, mientras el derecho de prelación que nace de la prenda, está, por el contrario, fundado principalmente en el hecho jurídico de la posesión de la cosa entregada por el deudor al acreedor en garantía del cumplimiento de la obligación que éste contrajo; de aquí que pueda decirse con verdad, que la prenda constituye por sí misma un título de prelación, distinto del que constituyen los privilegios propiamente dichos. En suma, el derecho se funda en la posesión atribuída para un fin y una causa determinada, y se resuelve en la facultad de retener una cosa hasta la total extinción de una deuda. Hemos creído oportuno hacer estas observaciones, porque en rigor lógico, no se puede sostener que el derecho de prelación que se deriva de la prenda, deba subordinarse á las mismas reglas que regulan los privilegios sobre muebles, de las cuales trataremos después, sino que más bien debe estar sujeto á las reglas concernientes al derecho de retención y á las consecuencias de la posesión.

923. Concretándonos ahora á examinar la ley que debe regular la prenda y las relaciones que de ella se desprenden, vemos que en lo que se refiere á la constitución de la prenda y á los derechos consiguientes, conviene distinguir bien lo referente á las relaciones entre el acreedor, el deudor y la cosa pignorada, de los que conciernen á las relaciones entre los mismos con terceras personas que sobre dicha cosa puedan alegar algunos derechos; conviene también distinguir la constitución válida de la prenda, de su eficacia, teniendo en cuenta el lugar donde la cosa empeñada se encuentra en el momento en que el acreedor intenta ejercitar la acción y hacer valer su derecho.

En cuanto á lo que se refiere á la constitución de la prenda, debe respetarse, por regla general, la autonomía de las partes

y reconocer autoridad á la ley extranjera, en el supuesto de que la prenda se haya constituido bajo el imperio de la misma. La convención de las partes es el medio ordinario de verificar dicha constitución, y convendrá atenerse á los principios generales que regulan las relaciones convencionales que tienen lugar bajo el imperio de la ley extranjera, para decidir sobre la validez y legitimidad del contrato de prenda. Pueden, no obstante, darse otros modos de constituirse la prenda. Según el derecho romano, podía también hacerse por última voluntad y por sentencia del Magistrado. El testador podía, en efecto, para garantir los derechos de los legatarios ó de los acreedores, constituir la prenda en favor de los mismos (1). El Magistrado podía también sentenciar que se diese al acreedor la posesión de una cosa determinada, correspondiente al deudor para la seguridad del crédito (2). Ahora bien, no puede sostenerse como regla general que la prenda testamentaria ó la judicial, válidamente constituida según la ley del *de cuius*, ó del Magistrado competente, no deba reconocerse en un país donde la ley no admita otra forma válida para constituir la hipoteca fuera de la forma convencional, porque en tal caso debería decidirse acerca de la constitución de la prenda, en armonía con la ley extranjera bajo cuyo imperio se constituyó, y no con arreglo á la del país donde se quieran hacer valer los derechos que de tal acto jurídico se derivan.

924. No puede, en modo alguno, admitirse la autonomía de las partes, sino cuando con ello no se infiera ofensa al derecho social ni al derecho que á terceras personas reconoce la ley del lugar donde la cosa mueble se encuentre. En efecto, no puede depender de la voluntad de las partes el establecer á su arbitrio

(1) L. 1. Cod. *Comm. de leg.* VI, 43; Mühlenbruch, § 311.

(2) L. 26, pr. D. *De pign. act.* XIII, 7; C. *De Prætorio pignore*, VIII, 22. El Código civil austriaco sigue en este punto el Derecho romano. En el art. 449 se dispone acerca del título de que puede derivarse el derecho de prenda, lo siguiente: «El título se deriva de la ley, de sentencia judicial, de contrato, ó de última voluntad del propietario».

cuáles sean los objetos susceptibles de empeño, porque debiendo depender la condición jurídica de las cosas, en cuanto son susceptibles de derechos, de la ley del lugar en donde actual y realmente se encuentran, será necesario atenerse á la *lex rei sitæ* para decidir lo que puede ó no ser objeto de pignoración. Así, por ejemplo, según el Derecho romano, podían pignorarse todas las cosas enajenables, y en comercio (1) corporales ó incorporales, presentes ó futuras (2), mientras según el Código civil italiano solamente las cosas muebles pueden ser objeto de prenda. Por consiguiente, el que contratando en un país regido por el Derecho romano hubiese dado en prenda la servidumbre por constituir sobre un fundo existente en Italia, ó cosas no especificadas individualmente, ó una *universitas rerum*, no podría alegar que la prenda válidamente constituida según la ley del contrato, se hubiese de tener por tal en Italia, puesto que no siendo las cosas futuras susceptibles de darse en prenda, ni pudiendo ésta comprender la totalidad de los bienes de una persona, considerados como una *universitas*, sería en vano invocar la ley del contrato para modificar en su virtud la condición jurídica de las cosas existentes en el territorio italiano.

925. Las condiciones que se requieren para considerar eficaces los derechos del acreedor pignoraticio relativamente á terceros, deben también concurrir para que el acreedor pueda hacer valer los derechos adquiridos en virtud del contrato.

Así, según la ley italiana, no puede subsistir el derecho de preferencia perteneciente al acreedor pignoraticio sino en tanto que se le haya asignado la misma prenda y esta esté en su poder ó en poder de un tercero elegido por las partes (artículo 1882). Ahora bien, es evidente, que de cualquier modo que se haya constituido la prenda, y cualquiera que sea la ley á cuyo

(1) Dig., *Quæ res pignori vel hypot. datæ obligari non possunt* (XX, 3); Cod., *Quæ res pign. obligari possunt vel non* (VIII, 17).

(2) *Universorum autem bonorum pignus totum affectu debitoribus patrimonium tam præsens quam futurum.* Mühlenbruch, *Doctrina Pandect.*, § 306; L. 9, C., *Quæ res pign.* (VIII, 17); Gayo. *Instit.*, II, 59, 60; Dig., *De pignor. et hyp.*, XX, 1; Cod., *Quæ res pign.*, VIII, 17.

amparo se haya hecho la constitución, siempre que la cosa mueble pignorada se haya transportado á Italia y que en el momento en que el acreedor pretenda ejercitar sobre ella la acción pignoraticia, la cosa no se encuentre efectivamente en su poder sino en posesión de un tercero, no podrá concedérsele el que haga valer el derecho de preferencia que se origina de la prenda.

Aunque á primera vista pueda alegarse que los bienes muebles deben regirse por la ley personal del propietario y que los derechos por él conferidos á un tercero no deben modificarse por la traslación de los mismos bienes, sin embargo, considerando que estos, si se hallan en una localidad determinada, deben estar sujetos á la ley que allí impere, en todo lo concerniente á la posesión, á las acciones reales y á los derechos de terceros, no puede concederse al acreedor el que invoque las leyes extranjeras para derogar en su virtud todo cuanto la ley territorial dispone en este punto. Compréndese que en dicha cuestión se interesa el derecho social. Se trataría, en efecto, de derogar el principio general de derecho, según el cual, los bienes del deudor deben ser la garantía común de sus acreedores, que pueden obrar contra los mismos bienes para ser satisfechos de lo que se les debe. ¿Cómo admitir un derecho de preferencia en favor de uno de ellos, suponiendo que no concurran las condiciones requeridas por la ley territorial para poderlo admitir, si conforme á ésta, todo depende del hecho jurídico de encontrarse la cosa en poder del acreedor á quien se dió en garantía del crédito?

Ya hemos dicho anteriormente que fuera de la forma convencional, puede también constituirse la prenda por testamento ó por sentencia del Magistrado; pero aun en estos dos últimos casos, no hemos pretendido sostener el respeto á la autonomía de las partes y á la autoridad de la ley extranjera, sino sujetándose á lo que al derecho social se debe, al cual corresponde en todos los casos proteger los derechos de terceros sobre las cosas que actualmente se encuentran bajo su dominio. Por consiguiente, aun respecto de la pignoración testamentaria y de la judicial, debemos mantener el principio de que el derecho de prenda, aun cuando legalmente adquirido bajo condiciones di-

versas de las impuestas por la ley italiana, no podría reconocerse y respetarse si las cosas dadas en prenda se encontrasen en Italia y no en poder de los legatarios ó acreedores que pretendiesen ejercitar sus derechos sobre las mismas. La razón de esto es, que ninguna acción real sobre cosas existentes en el territorio del Estado, sean cosas muebles ó inmuebles, puede ejercitarse eficazmente respecto de terceros sino bajo las condiciones establecidas por la *lex rei sitæ*.

926. Debe aplicarse este principio aun en lo concerniente á la forma de contrato y á los medios propios para probar la constitución de la prenda. Podemos, en efecto, admitir que en las relaciones entre los contrayentes el contrato de prenda debe estar sujeto á la regla *locus regit actum*; por lo que si conforme á dicha ley no se hubiese requerido acto ninguno escrito para hacer constar la especie y naturaleza de las cosas dadas en prenda y se hubiese concedido el poder presentar la prueba testifical, la circunstancia de haberse transportado las cosas pignoradas á un país donde se reputase por la ley el acto escrito indispensable para la constitución de la prenda, no podría ser obstáculo para admitir la prueba de testimonio. Esto se funda en que, cuando el acreedor se encuentra en posesión actual de la cosa mueble y puede probar plenamente que ésta le fué entregada como prenda para la seguridad de su crédito, y puede probar también mediante testigos lo que tuvo lugar entre él y su deudor aun relativamente á una cantidad mayor que aquélla para la cual se admite la prueba testifical, según la ley del lugar donde surge el litigio, no podrá recusarse dicho medio de prueba, porque las relaciones convencionales y los medios propios para probarlas deben regirse en principio por la *lex loci contractus*.

En el caso de la prenda, pueden tener interés en discutir los pretendidos derechos del acreedor que está en posesión de la cosa todos los demás acreedores, los cuales pueden impugnar el derecho de prelación alegado por el acreedor pignoraticio si no está bien establecido y confirmado que las cosas que se encuentran en su poder le han sido dadas en prenda y como garantía de un crédito determinado. Ahora bien: es claro que si según la ley del lugar donde la cosa se encuentra en la actualidad se

concede á los otros acreedores negar el derecho de prelación del acreedor pignoraticio cuando su crédito y la naturaleza de las cosas dadas para seguridad del mismo no resulten de acto escrito excluyendo todo otro medio de prueba para un crédito mayor de 500 liras, se invocaría inútilmente la ley del contrato y la máxima *locus regit actum* para perjudicar los derechos de terceros y denegar la ley territorial que los protege.

Confiriendo el legislador al acreedor pignoraticio que tiene en su poder la cosa dada en prenda el derecho de hacer valer el contrato contra terceros, ha tenido, sin embargo, cuidado de evitar toda idea de fraude ó engaño entre el acreedor y el propietario de la prenda, é impedir que éste hubiese podido sustraer sus bienes á la acción de los acreedores que tuviesen el derecho de obrar contra el mismo. De esto nacen todas las precauciones y condiciones impuestas por cada legislador para hacer eficaz la prelación en el caso de concurso de acreedores. Ahora bien: siendo evidente que todo esto afecta al interés general y al derecho social, es necesario reconocer como absoluta la autoridad de la ley respecto de todas las cosas que se encuentran en el territorio donde impera.

927. De lo que dejamos dicho se desprende que, en nuestro sentir, la autoridad de la ley extranjera bajo cuyo imperio se ha constituido la prenda, puede solo admitirse cuando se trate de decidir respecto de los derechos y obligaciones del acreedor pignoraticio, y por tanto, de lo tocante á la *actio pignoratitia directa* y á la *actio pignoratitia contraria*. Supongamos que el deudor ejercitase la *actio pignoratitia directa* contra el acreedor á fin de obligarle á restituirle la cosa dada en prenda, y que hubiese que decidir si habiendo contraído otra deuda posteriormente á la entrega de la prenda exigible antes de que tuviese lugar el pago de la primer deuda, estaba el acreedor obligado á dejar la prenda sin que se hubiesen satisfecho enteramente ambos créditos.

Dicha cuestión debería resolverse en conformidad á la ley bajo la cual se constituyó la prenda, y no á la del lugar donde actualmente se encuentra la cosa pignorada en el momento en que surja el pleito. De la misma manera deberá también aplicarse la ley á cuyo amparo se constituyó la prenda, para decidir en

qué forma está obligado á responder el acreedor en el caso de pérdida ó deterioro de la cosa pignorada. Por lo tanto, si conforme á dicha ley, la pérdida de la cosa dada en prenda eximiese al acreedor en el solo caso de fuerza mayor, podrá ser obligado á responder aun *de levissima culpa* no obstante que la cosa se hubiese transportado á un país regido por ley diversa, y que allí hubiese sobrevenido la pérdida ó deterioro de la misma. En igual forma deberían decidirse todas las cuestiones análogas. Esto sucedería, por ejemplo, si surgiese cuestión acerca de la obligación del acreedor de rendir cuentas, no sólo de los frutos que hubiese percibido, sino también de los que por su culpa hubiese dejado de percibir, etc., etc.

La ley misma del contrato no puede tampoco alegarse válidamente para sostener los derechos adquiridos por la parte relativamente á terceros que hayan ejercitado sobre la misma cosa sus derechos bajo la tutela jurídica de la *lex rei sitæ*. Así, por ejemplo, el acreedor que hubiese pactado apropiarse la prenda y hacerla suya sin otra formalidad á consecuencia de la falta de pago, no podría, en el caso de que la cosa se encontrase en Italia, excluir á terceros que tuviesen derecho para proceder contra la cosa misma en la parte excedente á la concurrencia del débito, alegando el pacto comisorio estipulado en el extranjero bajo el imperio de la ley que lo consideraba válido, y los derechos adquiridos en virtud del contrato. Podrían aun en este caso invocarse las razones, muchas veces expuestas, que la regla general de que los bienes son la garantía del acreedor, no puede denegarse admitiendo, respecto de terceros, la autoridad de una ley extranjera que atribuya derechos en oposición con la *lex rei sitæ*, bajo el imperio de la cual se encuentra la cosa en el momento en que tiene lugar el concurso de acreedores.

La prohibición sancionada por el legislador italiano en el artículo 1.884 que declara nulo el pacto comisorio, debe considerarse como ley de orden público porque tiende á proteger los derechos de terceros acreedores de un deudor común, y á impedir la apropiación injustificada en provecho de uno, de los bienes pertenecientes á su deudor, por lo cual no es lícito denegar esta disposición invocando leyes extranjeras.