

**928.** Los créditos, efectos á la orden y los títulos al portador pueden ser objeto de pignoración. Sin embargo, para hacerla eficaz respecto de terceros, requieren algunas leyes que se haga la notificación al deudor del crédito pignorado, y así lo dispone el Código civil italiano en el art. 1.881. Otras leyes no juzgan indispensable dicha notificación, reputando suficiente que el acreedor sea puesto en posesión del título del crédito pignorado. Esta divergencia de las leyes puede originar confusión acerca de la eficacia de la prenda, cuando se constituya sin mediar la notificación al deudor del crédito, por la razón de que el crédito no puede localizarse como una cosa corporal para admitir en cuanto al mismo la aplicación de las reglas anteriormente expuestas respecto de las cosas muebles que se encuentran en un lugar fijo, y que deben sujetarse á la *lex rei sitæ* en todo lo relativo á las condiciones que pueden hacer eficaz el derecho de prelación. Puede, en efecto, considerarse el crédito en posesión de aquel que tiene el derecho de recobrarlo, y por lo tanto, admitirse que todo debe depender de la ley de su domicilio, debiéndose, por consiguiente, decidir con arreglo á ésta si es ó no necesaria la notificación para que llegue á ser perfecto el derecho de prelación adquirido por aquel á quien el crédito fué pignorado.

Puede también observarse, por el contrario, que el crédito no entra realmente en el patrimonio del acreedor á quien pertenece, sino cuando es recobrado por el deudor pagando lo que debe, y como esto último no puede efectuarse sino en el lugar donde debe pagarse la deuda, lo que generalmente tiene lugar en el domicilio del deudor, es preciso admitir, que si hubiesen adquirido terceras personas derechos sobre la cantidad que debe satisfacer el deudor y tales derechos se hubiesen de reputar bien adquiridos y perfectos, según la ley vigente donde hubiese de efectuarse el pago, los derechos de dichos terceros no podrían ser desconocidos admitiendo la preferencia en favor de uno de los acreedores, sino bajo las condiciones sancionadas por la ley allí vigente.

Suponiendo, por ejemplo, que un acreedor del que llevó á cabo la pignoración del crédito, lo hubiese secuestrado de manos

del deudor, y que el acreedor pignoraticio tratase de alegar el derecho de prelación sobre el crédito pignorado en la parte afectada á la seguridad de su crédito contra el acreedor pignorante, para decidir en este caso si el título del acreedor pignoraticio debe preferirse al de aquel que realizó el secuestro del crédito, creemos que debe aplicarse la ley del lugar donde aquel sea exigible, y por consiguiente, cuando, según ésta no es admisible ningún derecho de prelación sobre el crédito pignorado, sino á condición de que se hubiese hecho la notificación al deudor del crédito empeñado, la falta de dicha notificación debería considerarse como un obstáculo insuperable para la eficacia de la prenda. Parécenos que, ni aun en este caso, sería posible invocar útilmente la ley extranjera que dispusiese otra cosa acerca de la necesidad de la notificación, ni valdría tampoco aducir que el crédito es una cosa incorporea y que está en la posesión del acreedor con el fin de sostener la autoridad exclusiva de la ley de su domicilio, porque, realmente, el verdadero objeto de la prenda y del secuestro sería la cantidad debida, en cuanto es exigible, y como el concurso de acreedores vendría á tener lugar, precisamente, sobre la deuda y bajo el imperio de la ley del lugar donde debiese pagarse, es evidente que, con arreglo á esta última, habría de resolverse toda cuestión de preferencia en caso de concurso, y determinar, asimismo, las condiciones para admitirla ó negarla.

De muy distinto modo habría que resolver el asunto, si en él no estuviesen interesadas terceras personas y todo versase entre el acreedor primitivo, el pignoraticio y el acreedor, independientemente de la notificación de la prenda, debiéndose considerar ésta necesaria únicamente para hacer saber al deudor que no debía reclamar el pago al acreedor primitivo, sino al pignoraticio. Por lo tanto, bastaría que dicha notificación se hiciese en cualquier momento antes que se pagase la cantidad debida, sin que su falta pudiese tener otro efecto que el de liberar al deudor del crédito dado en prenda, si ignorándolo hubiese pagado al propio acreedor (1).

(1) Conf. Story, *Conflict of laws*, §§ 335, 396 y siguientes, y la

**929.** El derecho de anticresis es muy análogo al de prenda, y tiene su origen en una convención, mediante la cual el deudor concede al acreedor el poder usar y disfrutar de la cosa inmueble fructífera y percibir sus frutos tomándolos á cuenta de los intereses.

Si bien este acto jurídico se funda en el contrato realizado entre las partes, no puede admitirse que deba todo depender de la autonomía de las mismas y de la ley bajo cuyo imperio contrataron, puesto que siendo el objeto de dicho contrato un inmueble, no puede hacerse á menos de reconocer también la autoridad de la *lex rei sitæ* en lo que puede limitar la autonomía del propietario y el ejercicio de sus derechos sobre las cosas inmuebles en conformidad á los principios ya expuestos.

Ante todo, es necesario tener presente que no todas las leyes permiten la anticresis. Algunas, fundadas en altas razones de economía social y de interés público, prohíben dicha forma de contrato. Así, la prohíbe expresamente el Código del cantón de Vaud, que en el art. 1.559 dice: «Se prohíbe la pignoración de la cosa inmueble, ó sea la anticresis.» No la admite tampoco el Código austriaco, que sólo consiente garantizar la deuda dando en prenda un objeto mueble y constituyendo la hipoteca sobre cosa inmueble; disponiendo en el art. 1.372, que «ningún efecto legal tiene el pacto accesorio, en virtud del cual debe pertenecer al acreedor el usufructo de la cosa dada en prenda.» Además, las leyes de los Estados que admiten la anticresis, son muy diversas, ya en lo que toca á determinar la naturaleza de las relaciones que mediante tal contrato vienen á establecerse entre el acreedor anticrético y el inmueble dado en anticresis, ya en lo relativo á la extensión de los derechos que puede adquirir el acreedor y á las necesarias limitaciones impuestas á la autonomía de las partes. Así vemos, por ejemplo, que el Código prusiano admite la anticresis, pero está limitada la autonomía de las partes, disponiendo el legislador como regla general que el acreedor an-

nota, en que se citan muchos litigios fallados por los Tribunales americanos; Wharton, *Conflict of laws*, § 359 y siguientes.

ticrético debe administrar la finca, recoger sus frutos y rendir cuentas al deudor, computándolas primero para los intereses y después para el capital, salvo lo convenido en contrario. Sin embargo, el pacto acordado entre las partes en virtud del cual se hubiese establecido que los intereses debían compensarse con los frutos, no se reputa válido si no ha sido aprobado por el Juez, y no podrá serlo según las disposiciones de aquel legislador si el valor de los frutos excediese al tercio de los intereses.

El Código francés admite la anticresis y permite á las partes estipular que puedan compensarse los intereses con los frutos en todo ó en parte. Pero la jurisprudencia ha reconocido que cuando los frutos, teniendo en cuenta todo caso fortuito, excediesen á los intereses legales, el exceso debe computarse para el capital del crédito, y esto se funda en que prohibiendo la ley pactar intereses que superen al tipo legal, el acreedor no podría apropiarse los que excedan de dicho tipo, supuesto que tal convención sería ilícita como contraria á la ley.

No habiendo fijado el legislador italiano el tipo de los intereses, y habiendo dejado al arbitrio de las partes estipularlos como consideren más conveniente, dispone en el art. 1.895, que los contratantes, al llevar á cabo la anticresis, pueden pactar que los frutos, cualquiera que sea su valor, se computen para el pago de los intereses debidos.

**930.** Es fácil comprender que la indicada diversidad de leyes tiene su origen en los diferentes criterios aceptados por cada legislador para determinar las convenciones lícitas relativas á los inmuebles, teniendo presente la economía social y el fomento de la industria agrícola, así como los principios morales que pueden surgir de la prohibición de la usura y de los contratos hechos para violar la ley que la prohíbe. Es, pues, evidente que esta cuestión afecta á los intereses generales de la sociedad y á los rectos principios de la moral y de las buenas costumbres, y como en todo lo que se relacione con tales principios y limitaciones, se habrá de admitir también en ella la absoluta autoridad de la *lex rei sitæ*. No se puede, efectivamente, conceder á las partes el invocar la *lex loci contractus* con objeto de dar

existencia á las relaciones que nacen de la anticresis respecto de un inmueble existente en un Estado donde la ley no la permite. Del mismo modo las limitaciones sancionadas por la *lex rei sitæ*, con el intento de prohibir los contratos que pudiesen disfrazar la usura, deben reputarse sancionadas *erga omnes*, excluyendo la invocación de toda ley extranjera que tienda á derogar las disposiciones de aquélla. Por consiguiente, no podría concederse á dos italianos, que hubiesen realizado un contrato de anticresis en Italia, respecto de un inmueble existente en Francia, invocar la disposición del art. 1.895 del Código civil italiano, para deducir que en cuanto al pacto estipulado de computar los frutos para el pago de los intereses, cualquiera que sea el valor de éstos (pacto válido según la ley italiana), el acreedor anticrético podía hacer suyos todos los frutos de la finca dada en anticresis, aun en concurso de terceros interesados, en tal finca y en sus frutos. Se opondría á dicha pretensión el principio tantas veces citado de que los derechos sobre inmuebles existentes en el territorio de un Estado, deben regularse por la *lex rei sitæ* en todo lo concerniente al goce de los derechos mismos, en concurrencia con terceros, que sobre la misma cosa tuviesen derechos garantidos por la ley territorial. Siendo ilícita, según la ley francesa, la convención de apropiarse los frutos del predio dado en anticresis, sea cualquiera el valor de los mismos, sería inútil invocar la disposición de la ley italiana para sustentar ante la ley francesa la validez de una convención contraria á ella y prohibida por razones de orden público.

Debe igualmente admitirse que toda cuestión relativa á los derechos y á las acciones reales por parte del acreedor anticrético, así como las concernientes á la posesión y á las acciones posesorias, han de regirse por la *lex rei sitæ*. El legislador italiano, por ejemplo, no admite que la anticresis origine un derecho real en favor del acreedor anticrético, sino que más bien produce, según sus disposiciones, efecto en las relaciones entre el deudor, el acreedor y sus herederos (1). Ahora bien, en vano se innova-

(1) Art. 1.897, Cod. civ.

ría una ley extranjera para transformar, respecto de un inmueble existente en Italia y dado en anticresis, en un derecho real, el que, conforme á la ley italiana, no es más que un derecho personal inherente al de retención. El acreedor anticrético tendrá, por lo tanto, derecho á retener el inmueble y á hacer suyos los frutos mientras tenga la posesión de aquél; pero no podrá invocar la ley del país en que estipuló el contrato, á fin de hacer valer sus derechos sobre la cosa que ha pasado á la posesión de un tercero; podrá ejercitar la acción para ser restablecido en la posesión en caso de despojo; pero no podrá ejercitar la acción de retener la posesión, debiendo todo esto depender de la ley territorial, como cualquiera otra cuestión relativa á las consecuencias jurídicas de la posesión respecto de terceros.

Por idénticas razones no podría el acreedor aducir eficazmente contra un tercero que pudiese alegar derechos sobre inmuebles existentes en Italia, el haber llegado él á ser su propietario en virtud del contrato de anticresis hecho en el extranjero, y del pacto estipulado bajo el imperio de la ley allí vigente, que permitía hacerse propietario del inmueble á consecuencia de la falta de pago en el plazo convenido. Habiendo prohibido la ley italiana dicho pacto y declarándolo nulo en el art. 1.894, es evidente que se invocaría en vano la ley extranjera. Por otra parte, ya hemos dicho anteriormente, que no puede admitirse transmisión de propiedad eficaz en cuanto á terceros, sino observando las disposiciones de la *lex rei sitæ*, como también hemos indicado que es indispensable la transcripción con arreglo á la ley italiana para transmitir válidamente la propiedad de un inmueble, y ahora observamos que el contrato de anticresis, según la ley italiana, no está sujeto á transcripción, lo cual depende de no haber admitido el legislador que aquel atribuya ningún derecho real al acreedor anticrético, y así resulta más claro que no puede absolutamente llegar á ser propietario del inmueble en virtud de la ley del contrato.

**931.** Nos parece oportuno notar que, en lo referente á la forma del contrato, también mantenemos lo dicho á propósito de la prenda, esto es, que la necesidad de escritura para admitir la preferencia del acreedor anticrético en concurso con terceros,

debe depender de la *lex rei sitæ*. Por consiguiente, siendo indispensable, según el art. 2.085 del Código civil francés que se establezca la anticresis mediante escritura, no podría ser eficaz el contrato hecho en Italia, donde la ley no exige como indispensable el acto escrito para probarlo cuando sean admisibles por derecho común las demás pruebas. La falta de escritura sería un obstáculo insuperable para poder considerar válida la anticresis estipulada entre dos italianos respecto de un inmueble existente en Francia.

## CAPITULO IX

**De los privilegios y de la subrogación en la hipoteca.**

**932.** Concepto del privilegio.—**933.** Ley que debe regularlo.—**934.** Examinarse los diversos casos de privilegio y demuéstrase la autoridad absoluta de la ley territorial en esta materia.—**935.** Consideraciones del privilegio del arrendador.—**936.** El derecho de embargar los muebles sacados de la casa alquilada puede fundarse, aun en el extranjero, en la ley del contrato.—**937.** Del privilegio concedido á los coherederos.—**938.** Examinase el caso de la subrogación legal en la hipoteca.

**932.** El privilegio se deriva de la ley que atribuye á aquel á quien pertenece un crédito dado, el derecho de reclamar contra los bienes del deudor en concurrencia con los demás acreedores, lo que le es debido para el pago de su crédito. Este derecho de prelación en que consiste el privilegio tiende, en efecto, á establecer el pago privilegiado á favor de un acreedor que concurre con los demás para ser pagado con los bienes del deudor común, que constituyen la garantía de lo que éste debe pagarles.

La ley de cada Estado determina cuáles son los créditos que deben gozar de este derecho de pago privilegiado. El criterio con que debe determinarse y el orden de preferencia establecido entre muchos créditos privilegiados, dependen del diverso modo de entender el beneficio que se atribuye á ciertos créditos teniendo en cuenta la causa que los motivan, su naturaleza y los intereses sociales á que afectan.

Los privilegios son independientes de la convención, y por lo tanto, la autonomía de la parte no puede ejercer ninguna influencia en cuanto á establecer su orden. La prelación depende