

ria. Lo mismo debe decirse, por ejemplo, de la obligación de anticipar los gastos que ocurran para la conservación de la prenda, salvo el derecho de reembolso; de la obligación de no usar ni abusar de la cosa pignorada, y del resarcimiento de todo daño en caso de culpa.

Según el art. 2.082 del Código civil francés, podrá el deudor pedir la restitución de la prenda en el caso de que el comprador abuse de la cosa pignorada, y deberá admitirse el abuso cuando el acreedor use de la cosa dada en prenda contra la voluntad expresa ó presunta del deudor. Por el contrario, según el Código italiano, si el acreedor abusa de la prenda no puede el deudor pedir la restitución de ésta, sino obtener que se ponga en depósito.

Respecto de los gastos que ocurran para la conservación de la prenda, dispone el legislador francés que el deudor está obligado á reembolsar al acreedor, no sólo los gastos necesarios para la conservación de la prenda, sino también de los útiles, en tanto que el legislador italiano limita la obligación del deudor á reembolsar al acreedor de toda clase de gastos, omitiendo la palabra *útiles*.

Dichas cuestiones deberán, pues, resolverse refiriéndose al Código civil francés ó italiano, según se trate de una convención estipulada en Francia ó en Italia, porque las relaciones contractuales y las obligaciones contraídas por las partes y sus correlativos derechos deben en este caso depender de la *lex loci contractus*.

Del mismo modo deberá resolverse la cuestión relativa á la culpa, al daño y á la responsabilidad en caso de pérdida ó deterioro de la prenda. Teniendo siempre en cuenta que el acreedor pignoraticio, salvo el derecho de prenda, es, respecto al propietario de la cosa, como el poseedor á nombre de otro, debe, por consiguiente, estar sometido siempre á las reglas generales que determinan los derechos del propietario respecto del poseedor precario.

1.225. El derecho correspondiente al deudor que haya pagado por completo su deuda garantida con prenda para que se le restituya la cosa pignorada y el que eventualmente pueda

corresponder al acreedor para retener la cosa y oponerse á la devolución de la prenda, deberán ser regidos por la *lex loci contractus*, porque se refieren á las relaciones contractuales y al contenido de las obligaciones recíprocas contraídas mediante el contrato. Esto se entiende sólo en el caso de que la cuestión surja entre el deudor y el acreedor y no haya terceros interesados.

Según ciertas leyes, entre ellas el Código francés, art. 2.082, y el italiano art. 1.868 (a), si el deudor que haya pignorado la cosa hubiese contraído otra deuda con el mismo acreedor posteriormente á la entrega de la prenda, y dicha deuda fuese exigible antes de realizar el pago de la primera, no podrá obligarse al acreedor á entregar la prenda hasta que se hayan satisfecho ambos créditos, aunque no se haya estipulado el vincular la prenda al pago de la segunda deuda. Por virtud de esta disposición se admite una extensión presunta de la garantía al segundo crédito, y como éste, en las relaciones entre las partes, debe caer bajo el imperio de la *lex loci contractus*, entendemos que, cuando la cuestión surja entre el deudor y el acreedor y se trate de decidir si teniendo en cuenta el contrato habrá ó no derecho á pedir y obtener la cosa pignorada, el Juez deberá decidirla refiriéndose á la *lex loci contractus*; pero si por el contrario, hubiese en la cuestión terceros interesados que hayan adquirido derechos sobre la cosa pignorada mediante la pignoración judicial ó en otra cualquier forma, entendemos que el acreedor no podrá hacer valer por la vía judicial su derecho al pago privilegiado de su crédito exigible antes de la restitución de la cosa pignorada, en relación con los terceros que hayan adquirido derechos sobre la cosa mediante una pignoración posterior.

1.226. Aun cuando según la *lex rei sitae* deba admitirse el derecho de prenda como eficaz respecto de los terceros, en lo que concierne al pago privilegiado de la deuda primitiva para que se constituyó la prenda, no podrá, por virtud de la *lex loci contractus*, extenderse el privilegio á la deuda contraída poste-

(a) Lo mismo establece el Código civil español en el párrafo segundo del artículo 1.866.

riormente, porque no puede admitirse respecto de la deuda posterior la prenda convencional propiamente dicha. El derecho de retener, en el caso mencionado, la cosa pignorada hasta el pago de la segunda deuda, no es la prenda propiamente dicha, sino una garantía tácita admitida por virtud de la equitativa presunción de la voluntad de los contratantes, y por esto es por lo que aquélla no puede tener efecto respecto de los terceros.

1.227. Del mismo modo deberá resolverse la cuestión relativa al derecho que pueda tener el acreedor pignoraticio para apropiarse la cosa pignorada, si en el día determinado no ha satisfecho el deudor su deuda. Las mismas leyes prohíben este pacto y lo declaran absolutamente nulo aun entre las partes que expresamente lo hubieren consentido. Así lo disponen el artículo 2.078 del Código francés y el 1.884 del italiano (a). El legislador austriaco ha provisto á ello en el art. 1.371 del Código de procedimiento civil.

Suponiendo que en Italia ó en Francia el propietario de la cosa mueble pignorada citase al acreedor pignoraticio para obligarlo á cobrar sobre el precio de la venta de la cosa pignorada, pidiendo á la autoridad judicial que ordene la venta, y suponiendo también que el acreedor opusiese al haberse convertido en propietario de la cosa pignorada por virtud del pacto comisorio consentido válidamente con arreglo á la ley del contrato, en este caso entendemos que, limitada la cuestión á las relaciones entre el deudor y el acreedor sin que haya terceros interesados, no podría invocarse con éxito lo dispuesto en el art. 1.884 del Código civil italiano, análogo al 2.078 del francés, para declarar nulo el pacto (que suponemos no prohibido por la *lex loci contractus*), y para ordenar judicialmente que la prenda se venda en pública subasta, reservando al acreedor la parte del precio correspondiente á su crédito. Sostenemos esta opinión, porque el pacto comisorio anejo á la prenda ha podido ser prohibido

(a) El Código español no contiene precepto alguno concreto que concuerde con los citados en el texto; y únicamente consigna en su artículo 1.872 los requisitos previos para que el acreedor pignoraticio pueda apropiarse la prenda, esto es, que se hayan efectuado dos subastas ante Notario, sin resultado alguno.

en el sistema del Código italiano y en el del francés, que no admite el principio de la libertad del interés, pero no puede sostenerse que el derecho social y los principios de orden público pareciesen ofensa alguna, si únicamente se reconociese en las relaciones entre las partes contratantes el valor del mencionado pacto como no prohibido según la ley del lugar en que se haya celebrado.

Debe tenerse en cuenta que las cosas muebles, siempre que la cuestión no afecte al derecho social (esto es, al derecho de tercero), deben regirse no por la *lex rei sitae*, sino por la del país del propietario. Ahora bien, si el dueño de la cosa mueble, pudiendo venderla incondicionalmente por cualquier precio, puede efectuarlo según la ley del contrato, bajo la condición de que la venta se efectúe sólo en el caso de que en el término convenido no satisfaga su débito, y si ha consentido tal pacto, ¿cómo podría desconocerse su valor? El pacto comisorio no es más que una venta condicional. Ha podido prohibirse por ciertas leyes para impedir que el acreedor abusase de las circunstancias en que se halle el deudor, lo mismo que ha podido limitarse por ciertas leyes la libertad del interés. Pero establecido el principio de que los pactos consentidos en lo concerniente á las relaciones entre las partes que los estipularon deben regirse por la *lex loci contractus*, y que la esencia de las obligaciones por ellas asumidas debe respetarse por doquiera siempre que no haya ofensa para el orden social, parece conforme á la razón el admitir que cuando el pacto comisorio, en el contrato de prenda, sea válido según la *lex loci contractus*, deberá respetarse también aun en el país en que la ley lo declare nulo.

La solución sería distinta en el caso de que hubiere terceros interesados.

1.228. Las cosas muebles deberán considerarse, en efecto, sujetas á la *lex rei sitae*, siempre que se hallen efectivamente en un lugar determinado y se trate de decidir respecto de los derechos que pueden ejercitarse acerca de ellas por terceros, frente á aquel que se halle en posesión de la cosa; de las acciones que pueden entablarse; de las oposiciones que pueden ad-

mitirse en toda cuestión que surja entre el poseedor de la cosa y los terceros que sobre la misma pretendan tener derechos ó quieran ejercitar determinadas acciones de conformidad con la *lex rei sitae*.

Supongamos, por ejemplo, que en Italia un tercer acreedor, observando las leyes procesales, hubiese efectuado la pignoración de la cosa pignorada, y hubiese adquirido además un derecho con arreglo á la *lex rei sitae*; en el supuesto de que el derecho de prenda adquirido por el primer acreedor mediante contrato debiera ser respetado, esto es, admitiendo su derecho á obtener el pago privilegiado sobre la cosa pignorada, este acreedor no podría oponerse á la instancia del tercero que hubiese acudido al Tribunal para que éste ordenase judicialmente la venta de la prenda, aduciendo haberse convertido ya en propietario de la cosa pignorada por virtud del pacto comisorio consentido válidamente por las partes con arreglo á la *lex loci contractus*.

El art. 1.884 del Código italiano declara nulo todo pacto que autorice al acreedor á apropiarse la prenda ó disponer de ella sin estar autorizado al efecto por el Juez. No puede dudarse que esta prohibición tiene por objeto proteger el derecho social, esto es, los intereses de los terceros. El legislador ha querido impedir que el acreedor pueda apropiarse la cosa aprovechándose de la necesidad del que la da en prenda cediéndola á aquél por la suma que le haya anticipado en el momento del contrato, y defraudando los derechos de los terceros respecto de los cuales está obligado el deudor á cumplir las obligaciones contraídas con todos los bienes muebles é inmuebles, y sin ninguna facultad para perjudicar los derechos de aquéllos mediante los contratos por él concluidos.

El legislador ha considerado, pues, el pacto comisorio como inmoral y sin efecto jurídico, porque aun cuando pueda admitirse, por regla general, la venta condicionada sin considerarse prohibido el determinar el precio *ex tunc*, es decir, en el acto mismo en que la venta se haya estipulado, debiendo suponerse que en tal asunto, cuando se concluya con motivo de la constitución de la prenda, no se puede estar en completa libertad de consentimien-

to por parte del deudor, se ha sancionado en la ley la nulidad de ese pacto prohibiendo la validez y eficacia de la cesión convenida por el deudor de la cosa pignorada para el pago de la deuda con perjuicio del derecho de terceros. Ha sido, pues, para prevenir los fraudes y poner á salvo el derecho de los terceros que puedan imponer una carga sobre los bienes del deudor común para el cumplimiento de las obligaciones por éste contraídas, para lo que el legislador ha dispuesto que, cualquier pacto que hayan hecho los contratantes en la constitución de la prenda, deberá entenderse en el sentido de que el deudor ha querido ceder al acreedor la facultad de vender la prenda con arreglo al derecho común, para obtener sobre el precio de la venta el pago privilegiado.

1.229. La autoridad de la ley territorial debe considerarse absoluta cuando se trate de intereses de terceros que ejerzan acciones judiciales sobre las cosas localizadas, sean muebles ó inmuebles.

En efecto, las disposiciones deberán considerarse como de orden público y con autoridad imperativa *erga omnes*, puesto que tienden á proteger el derecho social. Invocárase, pues, en vano en Italia la *lex loci contractus* y la disposición sancionada en el art. 7.º de las *Disposiciones generales*, que sustrae las cosas muebles á la autoridad de la ley territorial y las somete á la ley nacional del propietario para mantener como eficaz el pacto comisorio respecto de la prenda.

Aun sosteniendo que este pacto no esté prohibido por la ley nacional del propietario de la cosa pignorada y por la del lugar en que se estipuló el contrato de prenda, debemos observar que, según los principios que siempre hemos sostenido, las cosas muebles localizadas estarán sujetas á la *lex rei sitae* por todas aquellas disposiciones por ellos sancionadas que tienden á proteger el derecho social. No puede considerarse como distinto el concepto del legislador italiano, el cual ha sancionado en el artículo 7.º la siguiente regla: «Los bienes muebles están sujetos á la ley de la nación del propietario» (de conformidad con el conocido principio *mobilia ossibus personae inhaerent; mobilia non habent sequelam*), pero ha añadido: «salvo las disposiciones en

contrario de la ley del país en que se hallen» (a). Con este inciso ha querido el legislador dejar á salvo la autoridad de las leyes que tiendan á proteger el derecho social aun respecto de las cosas muebles que se encuentren en Italia. Esto se halla también establecido en el art. 12 de las *Disposiciones generales*, que dice: «Las convenciones particulares no pueden derogar las leyes prohibitivas del reino concernientes á los bienes, ni las que se refieren al orden público».

Aplicando estos principios, entendemos que los acreedores del deudor común podrán incoar la acción judicial para que el Tribunal ordene la venta de la cosa pignorada y para que el Juez, dejando á salvo el derecho al pago privilegiado sobre el precio de la venta á favor de quien adquiriría el derecho de prenda mediante contrato, puede ordenar que el resto del precio se adjudique á los demás acreedores que tengan derecho á él, y rechazar la oposición del acreedor pignoraticio que adujese que, por virtud del pacto comisorio consentido en el contrato, ha pasado á su dominio la cosa pignorada.

1.230. Vamos á ocuparnos ahora, aunque brevemente, de la subpignoración.

Según ciertas leyes, el tenedor de la prenda puede empeñar después á un tercero la cosa pignorada. Este acto debe regirse por los mismos principios que hemos expuesto respecto de la cesión de créditos ó de la prenda, según que deba considerarse como una cesión ó como un nuevo contrato de prenda. Si el acreedor pignoraticio hubiese cedido á otro de quien él fuese deudor los derechos y acciones que le corresponden contra el que á él le haya dado la cosa en prenda, este acto sería una cesión y debería regirse por los principios expuestos relativamente á la cesión de créditos, derechos y acciones. Si, por el contrario, hubiesen querido las partes estipular un contrato de prenda sobre la misma, convendrá tener presente los principios establecidos respecto de la constitución de la prenda para decidir si el

(a) La misma disposición contiene el art. 10 de nuestro Código civil, pero sin establecer la excepción que consigna el Código italiano.

contrato de subpignoración puede ser eficaz y común en las relaciones entre las partes que lo hayan estipulado y respecto de terceros.

Debiendo establecerse, como regla general, que no está permitido al acreedor usar de la prenda sin el consentimiento de aquel que se la haya dado, y que debe, por el contrario, custodiar diligentemente la cosa pignorada, síguese que, si el acreedor ha empeñado ulteriormente la prenda, debe quedar obligado á responder de lo hecho. El legislador austriaco dispone oportunamente en el art. 460 del Código civil lo siguiente: «Si el acreedor hubiese empeñado ulteriormente la prenda, será responsable aun del caso fortuito por el que, si la prenda hubiese salido de su poder, haya perecido ó se haya deteriorado» (a). De cualquier modo, convendrá atenerse á la ley del contrato y á los principios generales establecidos para decidir toda cuestión relativa á esta materia.

1.231. Pudiendo la cosa mueble pignorada ser transportada á varios países por el que la posee, además de las cuestiones ya tratadas y concernientes á las relaciones entre el deudor pignoraticio y el acreedor, y entre éste y los demás acreedores del deudor común, pueden surgir otras que no caigan bajo las reglas expuestas. Puede suceder, por ejemplo, que el acreedor sea despojado de la cosa pignorada por un tercero, ó que pase á poder de éste, y que el tercero se convierta en poseedor de buena ó de mala fe.

En este caso convendrá atenerse á las reglas expuestas relativas á las acciones posesorias para resolver las cuestiones que pueden surgir en los casos que anteriormente hemos mencionado (1).

Podrá suceder que el acreedor pierda la cosa pignorada ó que se la roben. También podrá ocurrir que el deudor ó el ter-

(a) El Código civil español no contiene disposición alguna concreta que concuerde con la citada en el texto; expresándose únicamente en el art. 1.867, que debe cuidar de la cosa como un buen padre de familia, y que será responsable de su pérdida, deterioro, etcétera.

(1) Véanse los §§ 773 y siguientes.

cero hayan dado en prenda una cosa que no sea propia y que el propietario quiera ejercitar la acción reivindicatoria del objeto pignorado.

En estos casos convendrá tener presentes los principios concernientes á la acción reivindicatoria y al derecho de retención de que nos hemos ocupado en los párrafos 781 y siguientes, 816 y siguientes y 847 y siguientes. Convendrá además tener en cuenta que el acreedor pignoraticio debe considerarse como poseedor precario respecto del propietario de la cosa pignorada, esto es, como aquél que posee la cosa en nombre de otro (1). Sin embargo, en virtud del contrato deberá atribuírsele el derecho real por él adquirido sobre la cosa, pero únicamente en cuanto se refiera al ejercicio del privilegio que se deriva del contrato de prenda.

Lo dicho hasta ahora se refiere á la prenda civil. Volveremos, pues, en su lugar oportuno sobre las cuestiones particulares que pueden surgir respecto de la prenda mercantil, respecto de lo cual convendrá discutir las leyes y reglamentos especiales concernientes á los establecimientos autorizados para hacer préstamos sobre prendas. De esto trataremos en el derecho mercantil internacional.

(1) Confr. el art. 2.115 del Cód. civ. ital., 1.462 del austriaco y 2.236 del francés.

CAPITULO XI

Del contrato de anticresis.

1.232. Del contrato de anticresis y de su objeto.—**1.233.** Bajo qué aspecto puede considerarse sometido á la *lex rei sitae*.—**1.234.** Reglas concernientes á la autoridad de la ley respecto de dicho contrato.

1.232. El contrato de anticresis debe distinguirse perfectamente del de prenda, porque aquél resulta de una convención *sui generis*, y debe, por tanto, regirse por reglas muy distintas de las concernientes al pignoraticio. Dicho contrato consiste en la convención pactada entre el deudor y el acreedor, mediante la que el primero cede y el segundo adquiere el derecho de hacer suyos los frutos del inmueble perteneciente al deudor con la obligación de imputarlos anualmente al pago de intereses, si se deben, y después al capital de su crédito.

El objeto de este contrato consiste en establecer una garantía real del crédito, y desde este punto de vista puede admitirse que tenga algo de común con la prenda, en su sentido estricto, y con la hipoteca, que tienden también á establecer una garantía real de crédito. Mas, como ya hemos dicho, estos tres actos jurídicos deben reputarse distintos entre sí, puesto que la prenda es el derecho sobre la cosa mueble entregada al acreedor; la hipoteca, el derecho sobre la cosa inmueble no entregada al acreedor, y la anticresis, es el derecho sobre la cosa inmueble entregada al acreedor y de la que puede éste hacer suyos los frutos, si la mencionada cosa se hubiese entregado y quedado en su poder.

Ya hemos hablado de la anticresis y demostrado que este acto jurídico debe estar sometido á la *lex rei sitae*, y no debemos