

## CAPITULO IV

### DE LA LEY QUE DEBE ARREGLAR EL DERECHO DE PRENDA Y DE HIPOTECA

219 Naturaleza verdadera de estos derechos — 220 Ley que debe regir  
[A] La aptitud de las cosas para poder ser dadas en prenda [B] Cons-  
titución del derecho de prenda [C] Su eficacia (D) La prenda judi-  
cial ó testamentaria constituida en el extranjero [E] La prenda de  
créditos y de títulos nominales (F) La acción pignoratitia (G) La an-  
ticipada [H] Los derechos que se derivan de la anticipada y su eficacia  
(I) Los privilegios y las hipotecas privilegiadas — 221 Necesidad de  
distinguir entre el derecho real de hipoteca y la acción hipotecaria —  
222 Art 2128 del Código de Napoleón y razones con que se le ha que-  
rido justificar — 223 Su crítica — 224 La hipoteca convencional debe  
ser reconocida en todas partes — 225 De la hipoteca legal — 226 La ba-  
se de la hipoteca legal es el convenio tácito — 227 Ley que debe regir  
la — 228 Disposiciones del derecho positivo relativamente á las prin-  
cipales especies de hipoteca legal — 229 Aplicación de nuestra doctri-  
na — 230 Opinión de los autores relativamente á la hipoteca de la mu-  
jer casada sobre los bienes que posee el marido en el extranjero — 231  
Nuestra opinión — 232 Condiciones necesarias para la eficacia de este  
derecho — 233 Hipoteca judicial — 234 Doctrina de los autores france-  
ses fundada en el art 2128 del Código de Napoleón — 235 Su refutación  
y nuestra opinión sobre la materia

219 Todo el que contrata se obliga a sí mismo y obli-  
ga a sus herederos al cumplimiento de su deuda perso-  
nal, y puede ser legalmente obligado por su acreedor a  
cumplir lo pactado ó lo prometido, con todos sus bienes  
presentes y futuros, muebles ó inmuebles, corporales é  
incorporales Esta garantía, necesaria para hacer efica-  
ces las obligaciones personales, es admitida por todas las  
legislaciones, pero no engendra en favor del acreedor un  
*jus in re* sobre todos los bienes que posee el deudor en el  
momento que se obliga, sino sólo para los que posee en  
el momento en que el título es declarado ejecutivo, los

cuales pueden ser expropiados indistintamente por el acreedor ó por los demas medios permitidos por la ley del lugar en donde la cosa existe, con esta garantía general, que liga los bienes indirectamente y como consecuencia de la obligación personal, no debe confundirse jamas el derecho de prenda y de hipoteca, que es un derecho real, *jus in re aliena*, constituido a favor del acreedor, que como garantía especial de su crédito, tiene el derecho de perseguir la cosa del deudor en manos de quien quiera que se halle, hasta obtener el pago de lo que se le adeuda

El derecho adquirido por el acreedor hipotecario limita y modifica el de propiedad, y en esto consiste la diferencia entre la obligación personal y la hipotecaria, pues en virtud de la primera no puede impedirse al propietario enajenar ni transferir sus bienes libres de toda carga, porque la persona es la directamente obligada, mientras que la segunda establece el derecho inherente a la cosa, y la facultad de hacerla vender contra el derecho de cualquier poseedor, a no ser que éste se avenga a pagar la deuda con que la cosa esta gravada

Debiendo limitarnos a exponer las reglas propias para resolver los conflictos de legislación, comenzaremos por hacer notar que para todo lo que se refiere al contrato de prenda, ó a lo que se exige para su validez, sera necesario aplicar las reglas que exponremos en la seccion siguiente, hablaremos aquí unicamente del derecho de prenda y de hipoteca, como *jura in re aliena*

220 (A) Para determinar cuales son las obligaciones que pueden garantizarse por medio de la prenda y de la hipoteca, debe aplicarse la ley a que la obligacion esta sometida. Mas respecto de la aptitud de la cosa para ser hipotecada, o pignorada, debe aplicarse exclusivamente la *lex rei sitae*. Así, por ejemplo, mientras que segun el derecho romano podian hipotecarse todas las cosas enajenables y en el comercio corporales é incorporales, presen-

es ó futuras (1), segun nuestro Código, las cosas muebles, corporales é incorporales, no pueden darse en prenda y sólo son susceptibles de ser hipotecados los bienes inmuebles por su naturaleza o que son considerados como tales por la ley, es decir, el usufructo con sus accesorios, excepto el usufructo legal de los ascendientes, los derechos del concesionario y del enfiteuta sobre los bienes sometidos á la enfiteusis y las rentas contra el Estado, de la manera determinada por las leyes relativas á la deuda pública (art 1,967) (2) Por consiguiente, si un romano hipotecase ó diese en prenda una servidumbre rustica, como por ejemplo, una servidumbre que deba constituirse en el porvenir sobre un fundo situado en Italia [3], ó una servidumbre predial ó personal de cualquier naturaleza que sea, á excepción del usufructo, este contrato sería entre nosotros completamente ineficaz, en cuanto al derecho real, porque la cosa no es susceptible de ser

(1) *Cód Quæ res pignori oblig possunt vel non VIII 17 —Dig Quæ res pignori obligari non possunt XX 8 —Dig De pignori XX 1*

[2] Son susceptibles de hipoteca dice el artículo citado

1º Los bienes inmuebles que están en el comercio así como sus accesorios reputados inmuebles

2º El usufructo de estos mismos bienes y accesorios excepto el usufructo legal de los ascendientes

3º Los derechos del concesionario y del enfiteuta sobre los bienes enfiteutivos

4º Las rentas del Estado en la forma y modo determinados por las leyes relativas á la deuda pública

(3) L 12 *Dig De pignoriibus XX 1*

La cuestión examinada en el texto y á la que Flore remite al lector es la de saber si el propietario de un inmueble puede convenir con su acreedor en que éste no habiéndole pagado al vencimiento del plazo tendrá derecho de constituir una servidumbre sobre dicho inmueble en provecho de un vecino de modo que pueda obtener su pago mediante el precio de esta constitución. Segun el juriconsulto Marciano no es posible semejante convenio tratándose de una servidumbre urbana por el contrario tratándose de una servidumbre rustica la admiten Pomponio y Paulo en razón de su utilidad práctica. Puede convenirse observa De Mangeat en que sólo el acreedor tenga el derecho de constituir la servidumbre rustica si no se le ha pagado al expirar el plazo éste será un contrato de hipoteca. Puede convenirse también en que si el acreedor tiene un predio vecino ejerza el mismo la servidumbre hasta que expire el plazo esto equivale entonces á un contrato de prenda teniendo el acreedor la cuasi posesión de la cosa pignoriada [Curso elemental de derecho romano edición de 1864 t I pág 500]

(N de P F)

objeto de prenda ó de hipoteca segun la ley. Lo mismo debe decirse de una hipoteca sobre bienes muebles, ó de la pignoración de un derecho de prenda ó de hipoteca (*si pignus pignori datum sit*, VIII, 24), ó de la prenda general de una *universitas rerum* (1), y de cosas que no se nombran individualmente

[B] En cuanto a la constitución y validez del derecho de prenda, debe juzgarse de él con arreglo a la ley bajo cuyo dominio se constituyo. Sin embargo, el acreedor no puede hacer valer su derecho en el lugar en que se halla la cosa, sino cuando ha llenado todas las condiciones exigidas segun la *lex rei sitæ*, a fin de que su derecho pueda ser eficaz

Segun el Derecho romano, puede constituirse la prenda por contrato, por disposicion de ultima voluntad, por autoridad del magistrado o por la ley (2), y da origen a una accion *in rem* (3)

Segun la ley, la prenda puede proceder de un contrato en el que el deudor dé al acreedor una cosa mueble para seguridad de su crédito (art 1,878) El acreedor adquiere el derecho de hacerse pagar por privilegio sobre la cosa pignoriada, a condición de que ésta le haya sido consignada y haya quedado en su poder ó en poder de un tercero elegido por las partes, cuando existe un documento publico ó privado que contiene la declaracion de la suma debida, así como la naturaleza de las cosas dadas en prenda, ó un estado expresivo de su cualidad, peso y medida, si el valor de la prenda es de mas de 500 libras [arts 1879 y 1880] [4]

(1) *Universorum autem bonorum pignus totum aſſetū debitoris patrimonium tam presens quam futurorum* [Muhlebruch *Doctrina Pandectarum* § 206] 1 9  
Cód. *quæ res pign.* VIII 17

(2) *Gayo Instit.* 2º 29 y 60 — *Dig. De pignoriſibus et ipot.* XX 1 — Código L. 6  
(3) § 2, al 1º *Instit. De act.* IV 6 1 17 § 2 *Dig. De pœctis* 11 14

(4) Código Civil italiano Art 1879. La prenda confiere al acreedor el derecho de hacerse pagar por privilegio sobre la cosa pignorada

(C) Es verdad que de cualquier modo que se halle constituida la prenda en un país regido por el Derecho romano, si la tradición ha faltado desde su origen y si la cosa mueble afecta ha sido trasportada a Italia, el acreedor no puede reclamar la cosa en justicia contra un tercer poseedor, tampoco puede ejercer su privilegio sobre esta cosa, si él mismo se ha hecho poseedor de ella por una circunstancia accidental y sin tradición. Aunque a primera vista parece efectivamente que los bienes muebles son regidos por la ley nacional del propietario, y que el derecho legítimamente adquirido sobre ellos puede ser modificado por la traslación de la cosa, sin embargo, considerando que toda acción real afecta directamente el régimen de la propiedad, debe concluirse que el acreedor no puede ejercitar su derecho sobre la cosa existente en Italia, invocando una institución inconciliable con nuestro derecho y con la ley que rige la posesion y la propiedad entre nosotros.

Este principio debe aplicarse lo mismo a la prenda civil que a la comercial, para lo cual basta, según nuestra ley, que las mercancías dadas en prenda estén en los almacenes del acreedor, en sus buques ó en los de su comisionista, en aduana o en otros depósitos públicos a su disposición, o que el acreedor retenga el talon del cargamento debidamente endosado antes de la llegada de la mercancía [Código Comercial, art 190] .

[D] Supongamos, por el contrario, que en un país regido por el derecho romano, se ha constituido una prenda por el testador para seguridad de los legatarios y de los acreedores (1), y que el día en que esta deuda comenzó a existir le fueron efectivamente entregadas al acreedor

---

Art 1880 Este privilegio sólo tiene lugar cuando hay un documento público ó privado que contiene la declaración de la suma debida así como de la especie y naturaleza de las cosas dadas en prenda etc etc

(1) L. 1 Cód Com de las leyes VI 48 —Muhlebruch § 311

ó legatario, para 'seguridad de su 'crédito,' las cosas pignoras, o que el magistrado haya puesto al acreedor en posesión de una cosa designada por el deudor para garantía del crédito [1], y que la cosa dada en prenda haya sido trasportada a Italia en este caso y en otros analogos no puede negarse al acreedor la acción pignoraticia *in rem*, fundandose en la sencilla razon de que nuestra ley no reconoce la prenda testamentaria ni la judicial, por lo cual no debe decidirse, con arreglo a nuestra ley, sobre la constitución de la prenda.

Con tal que el acreedor esté en posesión de la cosa entregada para seguridad de su crédito, ó que la haya obtenido por disposición testamentaria, ó por la decisión del juez, ó por convenio, puede hacer valer sus derechos contra tercero y hacer reconocer por nuestro magistrado la facultad que tiene para pedir que se le pague, por privilegio, con la cosa pignorada ó con parte de su producto

(E) Los créditos y los efectos a la orden, como los títulos nominales de cualquier naturaleza que sean, pueden ser dados en prenda. Algunas leyes disponen que el privilegio sobre los créditos dados en prenda no puede ser valido con relacion a un tercero sino en el caso en que se haya hecho la notificación de ello al deudor del crédito pignorado [Código Civil italiano, art 1881] Segun otras legislaciones, como por ejemplo, la del Massachussets, el derecho del nuevo acreedor se hace perfecto con la sola posesion del título é independientemente de la notificación hecha al deudor (2) Segun la legislación inglesa, sólo es necesaria la notificación de la prenda al deudor para designar la nueva persona que en los casos previstos por la ley, tiene derecho a exigir el pago de la suma debida, de suerte que faltando la notificación, si el crédito es embar-

(1) L. 26 Dig. De pignor act XIII 7—Cod. De praeterita pignore VIII 22.

(2) Story Conflict of Law, § 397

gado por un tercer acreedor y éste obtiene el pago de lo que se le debe, el deudor queda libre, pero si el acreedor asegurado de la prenda, puede, *pendente lite*, notificar al deudor que se ha pignorado el crédito, por mas que antes de la notificacion se haya practicado el embargo por un tercero, no pierde su privilegio

Si un extranjero da en prenda un crédito exigible contra un italiano sin notificarlo al deudor, y un tercer acreedor hace embargo la suma que se le debe estando en manos del deudor, puede surgir la duda sobre si el título del que ha embargado el crédito es anterior al del acreedor asegurado con la prenda. Algunos, considerando que el crédito es una cosa mueble poseída por el acreedor, dicen que debe decidirse con arreglo a la ley de éste, si para constituir una prenda es necesario notificarlo al deudor, del crédito pignorado (1). Otros, por el contrario, sostienen que debe aplicarse la ley del domicilio del deudor (2). Pero, puesto que el crédito no es un *corpus* capaz de una situación local, sino un *jus incorporale*, es inútil discutir si debe aplicarse la ley del deudor ó la del acreedor. Como el crédito solo es exigible en el domicilio del deudor, no puede el privilegio tener ningun valor con relacion a un tercero, sino con arreglo a la ley del deudor, y por consiguiente, si el crédito es exigible en Italia, cual quiera que pueda ser la ley del acreedor, no tiene lugar el privilegio sobre el crédito dado en prenda, sino cuando esto resulta de un documento escrito y que se ha notificado al deudor (art 1881)

(F) En cuanto a los efectos de la prenda, observamos que, en general, el derecho que adquiere el acreedor sobre las cosas pignoras y el del deudor, así como sus obligaciones reciprocas, son regidos por la ley a que esta sometido por su misma esencia el contrato de prenda de

(1) Barge *Common on colonsa and foreing law* parte 2<sup>a</sup> cap 20 p 777

(2) Rodemburg *De di. stat* art 2 cap 5 § 16

donde se deriva, y ésta es la que debe también determinar y regir la acción *pignoratitia directa* y la *pignoratitia contraria*, pero las acciones reales y las posesorias sobre la cosa pignorada deben regirse por la *lex rei sitae*

Supongamos, por ejemplo, que el deudor ejerce una acción *pignoratitia directa* contra el acreedor para obligarle a restituir la cosa que le fué dada en prenda, y que quiere estimarse la obligación del acreedor, en el caso de pérdida o deterioración de la cosa esto debe hacerse teniendo en cuenta solamente la ley bajo cuyo imperio se constituyó la prenda. Por consiguiente, si, con arreglo a esta ley, la pérdida de la cosa dada en prenda sólo libra al acreedor en el caso de fuerza mayor, estara obligado, por la mas leve falta, por mas que la ley del lugar en donde la cosa se halle en aquel momento lo disponga de otro modo. También debe decidirse de éste, si el acreedor esta obligado a dar cuenta, no sólo de los frutos percibidos, sino de los que por su falta ha dejado de percibir. Supongamos, por el contrario, que un acreedor pignoratista pertenece a un pais regido por el derecho romano y que quiere ejercer la acción serviana o cuasi serviana sobre la cosa dada en prenda contra el detentador actual en Italia [1]. Según el derecho romano, el acreedor tiene un *jus in re* sobre la cosa pignorada [2], y no sólo puede servirse de los interdictos posesorios (3) para hacer respetar su derecho, sino también para perseguir la cosa pignorada donde quiera que se encuentre [4]. Por el contrario, según nuestro derecho, el acreedor pignoraticio no tiene una posesión civil sino sólo la posesión natural ó la detención. Tiene sobre la cosa un privilegio que puede valer cuando aquella le ha sido entregada, y mientras permanece en su poder

[1] Demangeat *Omnia de Derecho romano* t II, p 592 — Muhlebruch *Doctrina Pandectarum* § 319 — Insti *De act* libro VI título 6. § 7 — Dig *De pign* 13 7

(2) L 17 Dig *De pign* XX 1

(3) Dig *De adquirir vel amitt pos* XL I 2

(4) L 18 § 4 Dig *De pign act* XXIII 7

ó en el de un tercero elegido por las partes (art 1,882), faltando la detención cesa el privilegio. Aunque el derecho haya sido adquirido bajo el imperio de la ley romana, como consecuencia de la regla general que las acciones posesorias y las acciones reales sobre las cosas muebles o inmuebles, deben ser regidas por *lex rei sitae*, no podrá el acreedor ejercitar la acción pignoraticia sino en conformidad con nuestra ley.

Por esta misma razón, si la ley bajo la cual se constituyó la prenda permite el pacto comisorio como existía en el derecho romano antes de la Constitución de Constantino (1), y si el acreedor quisiera invocarle en Italia para apropiarse la cosa dada en prenda probando que el deudor ha perdido todo su derecho por no haber satisfecho la deuda a su vencimiento, no podría verificarlo, porque nuestra ley no permite ese pacto, que contiene una lesión directa en perjuicio del deudor y dispone que sea nulo todo contrato contrario. Diremos, además, que si la prenda fué constituida en Roma y el acreedor quisiera, en virtud del derecho que la ley romana le concede, *jus distrahendi pignus* (2), vender en Italia la prenda para pagarse en todo ó parte del precio procedente de la venta, no podría verificarlo, porque nuestra ley dispone que el acreedor no puede vender la cosa pignorada hasta después de haber obtenido una sentencia judicial favorable [art 1,884]. No podrá, por consiguiente, invocar su ley, en contradicción con la que rige la posesión de la propiedad entre nosotros.

G El derecho de anticresis tiene mucha analogía con el de prenda y se deriva de un convenio por el que el deudor concede al acreedor la facultad de usar y de disfrutar de una cosa frujifera y de percibir los frutos del

---

[1] L 3 *Cod de pactis pign et de lege commisorio in pignoriibus rescind VIII 85*

[2] *De distrac pign Oód VIII 28 Dig de distrac pignot XX 3*

inmueble en lugar de los intereses. En todo lo que se refiera a la naturaleza del contrato y a la extensión del derecho que adquiere el acreedor, debe aplicarse la ley del lugar en donde ha nacido el derecho, y sólo para el ejercicio de este derecho y de las acciones reales sobre la cosa dada en anticresis, debe aplicarse la *lex rei sitæ*. Contra esta opinión está la de Fœlix que dice que las obligaciones resultantes del arrendamiento ó de la anticresis de inmuebles deben regirse por la *lex rei sitæ* [1]

H Supongamos, por ejemplo, que un predio situado en Italia se da en anticresis por un propietario romano a su acreedor y que el contrato tenga lugar bajo el imperio de la ley romana. Según esta ley, es considerada la anticresis como un pacto adjunto a la prenda, ya sea expresa, ya tacitamente [2]. En virtud de la anticresis tácita, el acreedor adquiere el derecho de hacer suyos los frutos, imputándolos como intereses legales [3], en la anticresis propiamente dicha no está prohibido apropiarse los frutos aun cuando excedan a la tasa legal de los intereses [4]. El acreedor adquiere un derecho sobre la cosa y puede gozar de ella para sí mismo y sus sucesores hasta el pago de la suma debida [5]. Según nuestra ley, por el contrario, adquiere el acreedor el derecho de hacer suyos los frutos del inmueble que le ha sido dado en anticresis, pero con la obligación de no descontarlo de los intereses y si exceden del capital (art 1,891). No adquiere un derecho real sobre la cosa, porque la anticresis sólo produce efecto en cuanto a las relaciones entre el deudor, el acreedor y sus herederos (art 1,897).

Aplicando la regla general establecida por nosotros, los derechos y las obligaciones del acreedor y del deudor

(1) Fœlix *Del derecho Internacional privado* núm 60

(2) Mulhembrecht *Doctrina Pandectarum* § 821 I 8 dig XX 2

(3) Dig *In quibus caus pig vel hypoth tac contr*, l 2 Cód I VIII 25

(4) L 14 17 Cód, *de usus* IV 32

(5) L 11 § 1º Dig *de pign et hyp* XXI—Pothier *Hypot* c 3

dor, la constitucion de la anticresis y la extension del de recho que confiere, sean regidos por la ley romana. Pero, si el acreedor quisiera perseguir la cosa situada en Italia en manos de un tercero, no podria verificarlo, porque nuestra ley no reconoce, en favor del acreedor que tiene un predio en anticresis, nada mas que el derecho de retención unido a la posesión de la cosa, el cual no dura sino mientras subsista la posesion misma, y solo puede, por tanto, producir sus efectos con arreglo a la ley que rige entre nosotros la posesión y la propiedad. Por la misma razon no podria invocarse el pacto comisorio ante nuestros tribunales, porque esta expresamente prohibido (art 1,894) (1)

I Entrando ahora a tratar la cuestión de los privilegios y de las hipotecas, comenzaremos por declarar que no podemos admitir la opinion de Foelix que dice que los derechos de privilegio o de hipoteca convencional, judicial o legal sobre los inmuebles, deben regirse por la *lex rei sitae*. Hay que hacer en esto muchas distinciones, deduciéndolas de la naturaleza de estas relaciones juridicas y comenzaremos por observar que no puede razonarse de la misma manera sobre los privilegios y las hipotecas. Los privilegios se derivan de la ley y no pueden tener nada mas que este origen, porque consisten en un favor atribuido por su naturaleza a un crédito, en virtud del cual adquiere el acreedor el derecho de que se le pague con preferencia a los demas

La hipoteca, por el contrario, es un derecho real sobre la cosa de otro, *jus in re aliena*, que puede derivarse de un contrato, de una sentencia judicial o de la ley, y en virtud del cual puede el acreedor obrar directamente

---

(1) He aqui el texto de este articulo. El acreedor no se hace propietario del inmueble por sólo la falta de pago en el plazo convenido toda estipulación contraria es nula. A falta de pago puede perseguir por las vias legales la expropiación de su deudor.

contra la cosa afecta al pago de una deuda, independientemente de la deuda misma

Admitamos que, en cuanto a los privilegios y al derecho de preferencia en caso de concurso de muchos acreedores, debe juzgarse con arreglo a la *lex rei sitae*, ya se trate de cosas inmuebles, ya de cosas muebles. La razón de esto es que ningún legislador puede conceder favores, extralimitándose de su autoridad y que ningún extranjero puede prevalerse del favor más grande de que goza su crédito, según su ley, en perjuicio de los derechos que un tercero puede haber adquirido sobre la cosa misma bajo la garantía de la *lex rei sitae*. Este principio debe aplicarse no solo a las hipotecas, sino también a los privilegios sobre los muebles, bajo cualquier título, como por ejemplo, el privilegio del comisionista por los adelantos sobre las mercancías que le han sido remitidas o expedidas desde otra plaza de comercio, al del hostelero sobre el equipaje de un viajero por suministros hechos y por su salario

221 En cuanto a la hipoteca, es necesario distinguir el derecho real que adquiere el acreedor sobre la cosa de otro, de los efectos que de ella se derivan y de la acción hipotecaria. El derecho real *jus in re pignora* directamente los fundos y los sigue en cualquier mano que se hallen, de suerte que puede considerarse la cosa como pignora da hasta la completa extinción de la deuda. Este derecho es siempre un accesorio de la obligación personal cuya ejecución garantiza, con tal que no perjudique al régimen de la propiedad territorial, y debe ser regido por la ley que regula la obligación principal, ya proceda de un convenio expreso de las partes, ya se desprenda de una disposición de la ley o de una sentencia judicial

La caución hipotecaria, por el contrario, es una acción real en virtud de la cual puede el acreedor proceder contra un tercero detentador del predio hipotecado y hacer

que se le condene a abandonar el predio ó a satisfacer la deuda, no por que el defensor esté ligado por una obligación personal hacia aquel, sino como poseedor del fundo que esta directamente hipotecado. En virtud del principio general que las acciones reales deben regirse por la *lex rei sita*, debe ejercerse la acción hipotecaria conforme a la ley territorial y cuando se hallan llenado todas las condiciones exigidas por ella para que el acreedor a quien pertenece el derecho de hipoteca pueda intentarla.

222 Aplicando estos principios a las diversas especies de hipotecas, observamos que no puede, en manera alguna, justificarse la doctrina consagrada por el art 2,128 del Código de Napoleon que dispone «Que los contratos hechos en país extranjero no pueden dar hipoteca sobre los bienes situados en Francia si no hay establecido nada en contrario en las leyes políticas o en los tratados »

Hase querido justificarse esta máxima con la consideración de que se puede reconocer en un funcionario extranjero una autoridad que solo el soberano puede dar en el reino (1) Se ha dicho tambien que, aunque la obligación sea de derecho de gentes, la hipoteca es de derecho civil, y que no puede valer fuera de los límites en que domina la autoridad soberana, de donde se deriva, que los documentos hechos por los funcionarios públicos extranjeros no tienen la autenticidad necesaria para producir la hipoteca, porque sólo el soberano puede dar autenticidad a un documento, que la *obligatio extra Galliam contracta, pro simplici chirographo est in Gallia* (2), el derecho que adquiere un particular de embargar y vender un inmueble entraña jurisdicción y ejecución que no pueden ser

---

[1] *Persil Reg hypot* art 2128 — *Massé Derecho comun* n 821

[2] *Mornac Sobre la l ult Dig de juris* num 11 — *Griener Tratado de las hipotecas* núms 12 y 18

conferidas por un soberano o por sus delegados para los bienes situados en otro Estado (1)

223 Estos y los demás argumentos están fundados en la confusión del derecho de hipoteca con la acción hipotecaria y en la falsa aplicación del estatuto real

Cuando el sistema hipotecario de Francia estaba regido por los principios de la antigua legislación, cuando todas las actas notariales producían, de derecho, hipoteca sobre todos los bienes presentes y futuros independiente de la estipulación y de la inscripción en los registros públicos, era fácil confundir dos cosas esencialmente distintas, es decir, la hipoteca y su fuerza ejecutoria y establecer como regla que las actas notariales extendidas en el extranjero no podían producir hipoteca. Pero bajo el régimen hipotecario moderno, para hacer eficaz su derecho, debe el acreedor inscribirla en los registros públicos y renovarla, de suerte que la hipoteca se convierte en tal y produce efecto desde el momento de la inscripción. Pueden hacer que se venda en pública subasta el inmueble hipotecado en garantía de su crédito en el caso en que no se le pague, pero no puede hacer nada de esto por su autoridad privada. Debe provocar un juicio de expropiación ante la autoridad judicial siguiendo un procedimiento determinado por la ley a fin de obtener un fallo que autorice la venta, así como el pago de su crédito en concurrencia con los demás acreedores hipotecarios, que tengan algunos derechos sobre el mismo inmueble. Estos actos ejecutorios que proceden del derecho de hipoteca están, pues, en el fondo y en la forma, sometidos a la ley y a la autoridad del magistrado local y no dependen, en manera alguna, del soberano ni de los funcionarios públicos extranjeros.

La disposición del art 2,128 del Código de Napoleón

---

[1] Dalloz *Jurisprudencia general v hipoteca Battin*, num 807

es un triste recuerdo de la Ordenanza de 1629 que establecía (art 121) «Que los contratos o las obligaciones contraídas en reinos ó territorios extranjeros, por cualquier causa que séa, no produzcan hipoteca ni sean ejecutorios en Francia, sino que se consideraran (los contratos) como simples promesas » Pero es un contrasentido volver à ponerla en vigor en nuestra época, para sostener que la hipoteca convencional estipulada en el extranjero no debe producir efecto y que el acreedor hipotecario debe estar obligado à llamar a su deudor ante el magistrado francés y hacer que se le condene para obtener de este modo una hipoteca judicial Esto quebranta la buena fe que debe garantizar todos los derechos que se derivan de una obligación validamente contraída y es inconciliable con nuestra doctrina (1)

224 La hipoteca convencional nace, en efecto, de la voluntad de las partes Así como el propietario puede disponer libremente de la cosa, darla, transmitirla, enajenar la, puede prometerla en seguridad de su deuda, y cuando el acto jurídico es válido debe producir sus efectos en cualquier lugar que se realice y para todo aquello que se refiere a la constitución del derecho

Para la eficacia de este y para los efectos que de él pueden derivarse, aplicamos la regla general aplicable a todos los demás derechos reales, es decir, que no pueden ser eficaces de un modo contrario a las leyes vigentes en el lugar en donde quiere hacerse valer el derecho, admitimos, por consiguiente, que la hipoteca es ineficaz, cuando las cosas no son susceptibles de ella según la *lex rei sitæ*, que no puede valer en Francia o en Italia sobre los bienes presentes y futuros, que no puede ser general e independiente de la prescripción, como tampoco derivarse de un acto público sin convención expresa Pero no po

(1) Véase Duranton num 362 — Sapey *Los extranjeros en Francia* — Troplong *Privilegio é hipoteca* num 511 — Dréoumis p 110

demos admitir que el acreedor que quiera ajustarse a las prescripciones de la ley no tenga el derecho de pedir y obtener la inscripción en Francia, en virtud de su contrato hecho en el extranjero. Nosotros creemos, por el contrario, que independientemente de los tratados y de las leyes políticas debe juzgarse de el derecho de hipoteca como de cualquier otro derecho que pueda derivarse de un contrato declarado ejecutivo (1)

---

(1) En el tercer tomo del *Comentario* francés de M. William Beach acerca de Weaton se halla la siguiente disertación sobre la hipoteca y la prenda.

La hipoteca es un derecho real sobre los inmuebles afectos á una obligación. Son susceptibles de hipoteca 1. Los bienes inmuebles que se hallan en el comercio y sus accesorios reputados como inmuebles 2. El usufructo de esos mismos bienes y accesorios por todo el tiempo de su duración. Los accesorios son por ejemplo los animales anejos al cultivo, los utensilios de labor etc. pero estos objetos sólo pueden hipotecarse con el inmueble correspondiente porque sólo como accesorios son susceptibles de hipoteca. Una vez separados del fundo no puede el acreedor hipotecario perseguirlos en manos de un tercero porque se hacen muebles y éstos no son objeto de hipoteca.

Conviene notar aquí que los reglamentos franceses respecto de los muebles tienen un origen anterior á los Códigos. En el derecho romano dice Domat tenía la hipoteca el mismo efecto sobre los muebles que sobre los inmuebles con el derecho de perseguir por doquiera el objeto hipotecado. Es una regla que la hipoteca sobre el mueble sólo dura el tiempo que permanece en poder del obligado ó del obligante. Pero si el deudor lo hace pasar á otras manos ya por enajenación ó dándolo en prenda no puede perseguirse.

Sabemos dice Savigny que existen reglas de derecho sobre las formas de enajenación que es necesario aplicar en el lugar en que la cosa está situada sin consideración alguna al domicilio del adquirente ó del vendedor y sin tener para nada en cuenta el lugar en donde se verifica el contrato. Así pues en el derecho romano resulta la enajenación de la entrega de la cosa. Lo mismo sucede en el Código prusiano. Según el Código francés la obligación de entregar la cosa es perfecta por sólo el consentimiento de las partes contratantes. Este es también el derecho vigente en las provincias rehenanas de Prusia. Los siguientes ejemplos mostrarán claramente lo que hay sobre esta regla. Cuando un parisiense vende á uno de sus compatriotas un mueble que se halla en Berlín no se transmite la propiedad por entrega ó tradición. Cuando por el contrario un berlinense vende á uno de sus compatriotas un mueble que tiene en París la propiedad se transmite por el solo consentimiento de las partes. Sería pues absolutamente lo mismo si en estos ejemplos se sustituyese la ciudad de Colonia á la de París.

Una cuestión análoga ha surgido en el Estado de la Luisiana. Resultaba de una diferencia supuesta entre la regla del derecho común y la del derecho civil en esta materia. Según el derecho común la venta de los bienes es ó puede ser completa sin que preceda la entrega de la cosa. Pero según la ley de la Luisiana es necesaria dicha entrega para que se considere completa la traslación del dominio según la máxima bien conocida del derecho civil *traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*. Después de un minucioso examen y de serias discusiones el Tribunal Supremo de la Luisiana ha mantenido la doctrina de que en dicho Estado no es completa la traslación de dominio de los bienes muebles de manera que cambie la propiedad respecto de los acreedores hasta que no

225 A primera vista podría creerse que estos principios no son aplicables a la hipoteca legal que procede inmediatamente de la ley, sin que sea necesario que haya habido previamente una convención expresa de las partes. Pero estudiando bien la naturaleza de esta institución, no hallamos razón alguna para modificar nuestros principios.

Hase dicho, en efecto, que la hipoteca legal es esencialmente diferente de la convencional, porque se impone inevitablemente a pesar de toda convención contraria y que es una creación de la ley, mientras que la otra hipoteca procede del convenio de las partes, que debe considerarse como un favor enteramente personal concedido

---

ha mediado la entrega de la cosa con arreglo a las leyes de este Estado aun cuando se hiciera la transferencia por el propietario en su domicilio extranjero y esta fuese válida sin la tradición con arreglo a las leyes de este domicilio. Este punto se ha decidido así en muchos casos por el Tribunal de la Luisiana cuyas sentencias cita Story en su obra.

Parece que la ley prusiana sobre las hipotecas de inmuebles está basada en los mismos principios que la de Francia. Una diferencia mucho mayor existe en los Estados alemanes que admiten en general el derecho de prenda de los romanos y los que han dado a este derecho una base enteramente nueva. Tomare como tipo de estos últimos a Prusia cuya legislación nos ofrece en esta materia las teorías más completas. Hállanse en otros países muchas disposiciones de la legislación prusiana y no será difícil aplicarles la regla que voy a establecer. El Derecho prusiano no admite que un simple contrato pueda constituir un derecho de prenda como derecho real. Despues establece una distinción entre los inmuebles y los muebles. Respecto de los primeros el derecho real resulta sólo de una inscripción sobre los registros de hipotecas. Un contrato sobre la inscripción de un inmueble determinado es un título para exigir esta inscripción. Otro contrato que constituya en general un derecho de prenda sobre el conjunto de un patrimonio no confiere el derecho de exigir esta inscripción sobre los bienes individuales que le confiere. Respecto de los muebles el derecho real de prenda resulta sólo de su entrega. un contrato que constituya como prendas muebles determinados es un título para obtener la entrega. Así pues cuando en un país regido por el derecho romano interviene un contrato de prenda expreso ó tácito los bienes del deudor situados en Prusia no forman parte de la prenda. Este contrato puede servir cuando más de título para obtener la pignoración de estos bienes por medio de la inscripción en el registro de hipotecas ó por la entrega y esto bajo las condiciones especiales de que he hablado anteriormente. Si por el contrario interviene en Prusia un contrato de prenda relativo a usos determinados ó al conjunto de un patrimonio y el deudor tiene bienes en un país regido por el derecho romano nada se opone á que estos bienes se consideren como válidamente hipotecados pues to que el derecho romano no subordina la validez de la prenda ni al lugar en donde interviene el contrato ni al domicilio del deudor. Así pues la *lex rei sitae* prede y debe recibir aquí su aplicación (t. III p. 77 y sig.)

[N de P F]

do por el legislador y que puede ser valido en su territorio (1), que aun cuando quisiera considerarse la hipoteca convencional como una institucion del derecho de gentes, esto no podria valer absolutamente para la hipoteca legal (2)

No vamos a discutir aqui si la hipoteca es de derecho de gentes ó de derecho civil, porque esta discusion no tiene ningun interés en nuestro sistema después de haber demostrado que no puede establecerse diferencia alguna entre los ciudadanos y los extranjeros en lo concerniente al goce de los derechos civiles (3) Creemos también muy til discutir si la hipoteca legal puede confundirse con el privilegio Aunque sea, en efecto, una creacion de la ley, no se la puede considerar en absoluto como un favor concedido por el legislador ni compararla con el privilegio que es esencialmente distinto de ella El unico punto discutible es el de determinar si la hipoteca legal es en esencia diferente de la hipoteca convencional y esto es lo que nosotros impugnamos

226 Estudiando, en efecto, el verdadero caracter de la institucion juridica que los modernos llaman hipoteca legal y los romanos llamaron *hypoteca tacita*, hallamos que su base no es el favor ni el privilegio sino la convencion tacita *quasi id tacite convenerunt* (4) Tal es la opinion del jurisconsulto Paulo «*Item quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbans habitationibus, invecia et illata pignori esse locatori, etiam si nihil nominatim convenerunt* (5) » Tal es también la creencia de Negusancio, jurisconsulto italiano, que en el siglo XVI escribio un tratado excelente, bajo el titulo «*De pignoribus et hypothecis —lex in om*

[1] Soloman *Ensayo sobre la condicion juridica de los extranjeros* p 63

[2] Troplong num 322.

[3] Véanse los *Preliminares* cap V num 35

[4] L 4 *Dig In quibus causis pignus vel hypotheca tacita contrahitur* XX 2 1  
*Dig 1 7 Cód VIII XV*

[5] L 4 *Dig De pactis* II 14

*nibus tacitis hypothecis fingit pactionem et conventionem partium contrahentium, quamvis expresa non fuerint, et est perinde ac si in veritate hypotheca illa fuisset constituta per conventionem » (1)*

La hipoteca es un accesorio de la obligación personal cuyo cumplimiento garantiza, y experimenta las mismas modificaciones que son inherentes a la obligación que le sirve de base. Es un principio incontestable, que debe juzgarse de la fuerza de una obligación, de su naturaleza y de los efectos inmediatos que de ella se derivan, con arreglo a la ley bajo la cual se ha hecho perfecta la obligación misma, y que las partes están obligadas, no sólo a lo que han estipulado expresamente, sino también a aquello en que consintieron de un modo tacito, *quæ conventiones etiam tacite valent*

Por consiguiente, si según la ley bajo la cual se han obligado las partes, ya unida a la obligación personal una hipoteca en favor del acreedor, por disposición expresa de esta ley, esta hipoteca debe producir su efecto en todas partes, como si se hubiese estipulado explícitamente

Es verdad, en efecto, que es exigida por la autoridad pública en nombre y en interés del acreedor, pero es siempre tacitamente consentida por el deudor, como accesorio necesario y como garantía de su obligación personal

227 No puede decirse que constituya un favor personal, solo porque se deriva de la ley, porque en las obligaciones contraídas bajo el dominio de una ley, ésta no determina solamente el valor jurídico y garantiza su cumplimiento, sino que sirve también para determinar la naturaleza de la obligación, y es el cumplimiento del contrato *ea enim quæ auctoritate legis vel consuetudinis contractum comitantur eidemque adhærent naturalia doctorum*

---

[1] Memb 4 num 11

*bus appellantur Lex enim altera est quasi natura et in natura transit* (1) Concluimos, pues, que la hipoteca legal, como derecho resultante de una convencion tacita, debe ser reconocida por doquiera, salvo siempre, en cuanto a su eficacia, las excepciones hechas en el numero precedente, y que esclareceremos con algunas explicaciones

228 Diversas son las causas de donde procede la hipoteca legal segun el Derecho romano Algunos enumeran hasta 26 (2) En las legislaciones modernas, es su numero mas limitado El Código Civil italiano concede la hipoteca legal 1º, al vendedor o a cualquier otro que enajena, sobre los inmuebles enajenados para el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del acto de la enajenacion, 2º, a los coherederos, asociados o a otros coparticipes de los inmuebles que forman parte de la sucesion, sociedad o comunidad, para el pago de sueldos y de lotes, 3º, al menor y al incapacitado sobre los bienes del tutor, 4º, a la mujer sobre los bienes del marido por la dote y sus gananciales, 5º, al Estado sobre los bienes de los condenados para pago de las costas del proceso [art 1969]

El Código de Napoleon concede la hipoteca legal sobre los bienes del marido a la mujer casada, al menor y al incapacitado sobre los del tutor, al Estado, a los municipios y a los establecimientos publicos sobre los bienes de sus administradores (art 2121) Puede considerarse como hipoteca legal la que tiene el legatario sobre los inmuebles de la sucesion para el pago de su legado (art 1017) Al vendedor, sobre el inmueble vendido para hacerse pagar su precio, y a los coherederos, sobre los inmuebles de la sucesion, concede dicho Código un privilegio que degenera en simple hipoteca, y a ella equivale desde el momento de la inscripcion, si no ha sido inscrito en el tiempo fijado para su conservacion (art 2113)

(1) Lauterbach *Dissert* 104 3ª parte num 03

(2) *Quibus causis Pig vel hypot iacit, contra* XXº

229 Entre los títulos de crédito a que el derecho romano ha concedido la hipoteca legal, se halla el derecho del marido sobre los bienes de aquel que ha intervenido en el contrato nupcial y se ha obligado a constituir la dote [1]. Si el que ha prometido tuviese una parte de sus bienes en Italia, y el marido pidiese la inscripción de estos bienes, no podría serle negada por la sola razón de que nuestra ley no admite esta especie de hipoteca legal. Es cierto que el art 7º del Código Civil dispone que los bienes inmuebles están sometidos a la ley del lugar en donde se hallan situados, y que nuestra ley reclamaria en esto un convenio expreso, pero considerando que el derecho ha sido adquirido bajo la ley romana, que el marido ha aceptado la promesa de la dote con la garantía de la hipoteca sobre los bienes de aquel que le ha prometido, que este derecho, adquirido por convenio tácito, ha venido a formar parte integrante de la obligación personal, y que debe juzgarse de su constitución con arreglo a la ley bajo que ha sido adquirido, es necesario deducir de aquí que el marido tiene derecho a pedir la inscripción conforme a las disposiciones de nuestro Código Civil, para hacer eficaz en Italia su derecho.

230 Se ha discutido extensamente si la mujer casada debía gozar del derecho de hipoteca legal sobre los bienes de su marido situados en el extranjero. Muchos escritores han sostenido la negativa, fundándose en la consideración de que esta especie de hipoteca es una institución de derecho civil, y no puede darse a los extranjeros.

Tal es el parecer de Duranton, que cita en apoyo de su opinión una sentencia del Tribunal de Amiens [2], y el de Grennier, que dice es incuestionable que el derecho civil de una nación protege únicamente a los ciudadanos para quienes está establecido este derecho, y que no se comu-

[1] L. un § 1º *Cód. de res uxori act* (V 1º)

[2] 18 de Agosto de 1831 — *Sney* 8 2 481

nca absolutamente y los ciudadanos de otro Estado a que nes aquel es extraño (1) » Otros han negado que sea una institución de derecho civil, y han sostenido que debe ser regida por la ley del lugar donde el inmueble esté situado, por que el estatuto que a él se refiere es un estatuto real Tal es el parecer de Merlin, de Paul Pont, de Troplong (2), que ha demostrado que la hipoteca legal de que goza la mujer casada, es de derecho de gentes, y se deriva, no de un contrato, sino del hecho de la celebración del matrimonio, y concluye que, a pesar de todo lo que hay de civil en la manera de adquirir la hipoteca, puede excluirse de ella a los extranjeros Considera, además, que la ley que da a la mujer la hipoteca sobre los inmuebles del marido situados en Francia, es un estatuto real, y afecta todos los inmuebles allí sitos, sin tener en cuenta la persona que los posee Concluye, de aquí, que la mujer extranjera casada debe gozar del derecho de hipoteca legal en Francia [3]

A pesar del gran respeto que profesamos al eminente juriconsulto, por la luz que ha esparcido sobre la ciencia con su profundo tratado acerca de las hipotecas, juzgamos que la base de su razonamiento es defectuosa La confusa teoría de la personalidad y de la realidad ha llegado hasta turbar uno de los mas grandes talentos Admitiendo, en efecto, la doctrina de Troplong, seguiríase que, aunque la ley, bajo la cual se ha celebrado el matrimonio, no concediese a la mujer la hipoteca legal, tendría ésta en los bienes situados en Francia y en Italia los efectos hipote

---

(1) Duranton num 232 —Grenier num 246 —Aubry y Rau nota 15 al § 264 —Zaccarias *Massé D com* 237 —Dalloz num 868 que cita muchos fallos de tribunales franceses

(2) Merlin *Repert v Remplis* —Troplong núm 518 — Pont *Privi et hipot* num 48

(3) Véase Bartolo sobre la ley *Cunctos populos C de sum tractate* núm 27 y Dumoulin sobre la misma ley —Persil *Cuest sobr los p vilegios y las hipot* libro 11 cap V § 2 —Balleroy de Remvill *Privi é hipot* t II p 232 —Dalloz *Repert V Hipot* num 15 —Chardon num 64 —Tessier num 1091

caros concedidos por la *lex rei sitae* a la mujer casada. Por consiguiente, la mujer holandesa tendría la hipoteca legal sobre los bienes del marido situados en Francia, no obstante que la ley de los Países Bajos no le da semejante derecho.

Esta consecuencia contradice un principio incuestionable para nosotros, a saber que los actos y las obligaciones no pueden tener otros efectos que los que le son atribuidos por la ley que los rige. Hallamos, pues, bien fundada en este sentido la razón admitida por el Tribunal de Lieja [1], que negó a una mujer francesa la hipoteca sobre los bienes que su marido poseía en Bélgica, pues, por más que la hipoteca sea un derecho real, sin embargo, habiéndose establecido este derecho para la seguridad de una obligación personal, su aplicación a proteger los derechos de la mujer, no puede constituir un estatuto real.

Para obviar todos estos inconvenientes, han sostenido Fœlix y Rocco que la hipoteca legal de la mujer casada debe estar subordinada a tres condiciones: 1ª, que la reconozca la ley del lugar en donde está situado el inmueble, 2ª, que sea también admitida por la ley del domicilio de la persona que quiera disfrutarla, 3ª, que exista entre ambos Estados un tratado que permita con la reciprocidad el goce de este derecho a la mujer casada [2].

231 El principio fundamental de nuestra teoría es que la personalidad jurídica del individuo debe ser respetada en todas partes, independientemente de los tratados y de los convenios, y que los derechos legítimamente adquiridos deben ser universalmente reconocidos, con tal que no contradigan los principios de orden público o la organización general de la propiedad. La mujer casada debe, por consiguiente, poder gozar por doquiera del derecho de su

(1) 16 de Mayo de 1878 *Passey Belg* 410

(2) Fœlix *Revista de las Revistas de derecho* t. V p 119.—Rocco primera parte cap VII parte tercera cap 3 y 2ª

poteca sobre los bienes del marido, cuando la concede este derecho la ley que rige el matrimonio y los derechos reciprocos de ambos conyuges sobre sus bienes, mas, para que la hipoteca pueda ser eficaz en el lugar en que se haya situada la cosa, debe observar la mujer todas las disposiciones de la *lex rei sitæ*

232 Por consiguiente, la mujer romana [1] tendra la hipoteca legal para la restitution de la dote, de las donaciones *propter nuptias* y de sus bienes parafernales, sobre los bienes del marido situados en Italia y sobre los del suegro, si éste se ha obligado a estas restituciones. Sin embargo, no sera contra nosotros eficaz este derecho independientemente de toda publicidad e inscripcion, ni tendra el privilegio de preferencia sobre todos los demas acreedores hipotecarios de su marido, segun las disposiciones de la ley romana (2). Tal es el caso en que una ley extranjera se hallase en contradiccion directa con la ley que rige entre nosotros la hipoteca, y en la que el derecho del particular fuese ineficaz, porque perjudicase los intereses generales de la sociedad. Puede, pues, invocarse la disposicion del articulo de nuestroCodigo Civil, segun el cual los bienes inmuebles estan sujetos a las leyes del lugar en donde se hallan situados.

Al consagrar nuestra legislacion el sistema de la publicidad de las hipotecas, no ha querido proveer a los intereses de personas determinadas, pero si defender los intereses generales e impedir que los terceros de buena fe pudiesen ver frustrados sus derechos por hipotecas ocultas, contra cuyos efectos no hubierá ninguná garantia. Por esta misma razon, la mujer romana solo puede pedir la hipoteca sobre los bienes que el marido poseia en el momento en que se constituyo la dote, no sobre los

---

(1) L. unie § 13 15 — *Cod. de ieruror act* [V 13 1 30 *Cod. de jure dotali* (V 12) Novel 109 c 1

(2) L. 12 § 1 *Cod. qui ponit in pign* (VIII 18 *Novela 97 cap 2*)

bienes futuros, que no son susceptibles de hipoteca con arreglo a nuestra ley. Pero si exigiera la inscripción sobre bienes determinados que el marido poseía en Italia en el momento en que la dote fué constituida y que se los considera hipotecados desde el momento de la inscripción, no podría negarsele este derecho por la sola razón de que se deducir de la disposición de una ley extranjera [1]

233 En cuanto a la hipoteca que puede derivarse de una sentencia judicial pronunciada por un tribunal extranjero, debemos aplicar los mismos principios contra la opinión de juristas franceses, fundada sobre su legislación y jurisprudencia (2)

---

(1) Deben considerarse como leyes reales todas aquellas que determinan los bienes que son susceptibles de ser hipotecados y la manera como puede ser constituida la hipoteca. ¿Pero constituye un estatuto real la ley que concede á la mujer casada una hipoteca legal? En otros términos ¿tiene la mujer extranjera una hipoteca legal sobre los bienes de su marido situados en Francia? Fiore ha resumido perfectamente la controversia que ha surgido sobre este asunto. Merlin y Troplong creen en efecto que las disposiciones legislativas que crean hipotecas legales en provecho de ciertas personas forman parte del estatuto real. Félix y Demolombe consignan que por más que las disposiciones legislativas establecen que las hipotecas legales de que se trata entran en el estatuto real no deben sin embargo aplicarse de una manera absoluta los principios relativos a este estatuto puesto que se refieren bajo cierto aspecto al estatuto personal. Valette y Demangeat creen que las disposiciones que dan á ciertas personas una hipoteca legal forman parte del estatuto personal. Aubi y Rau por último son de parecer que por más que los artículos 2116 y 2117 del Código Civil que determinan las diferentes especies de hipotecas constituyen una hipoteca real en el sentido de que los inmuebles franceses no pueden estar gravados con otra hipoteca que las admitidas por la ley francesa sucede lo contrario en los arts 2121 y 2125 cuyo objeto principal es mucho menos el arreglar la condición jurídica de los inmuebles que el proteger de una manera especial los intereses pecunarios de cierta clase de personas. No es pues objeto de la ley el gravamen hipotecario sino solamente un medio elegido para realizar el fin precedentemente indicado. Según los sabios anotadores de Zacarías es desconocer el verdadero carácter de los artículos 2121 y 2123 el ver en ellos reglas relativas directamente al régimen de los inmuebles. Por otra parte no es posible tampoco considerar estas disposiciones incluidas en el estatuto personal puesto que no tienen por objeto arreglar el estado y la capacidad de las personas. (*Curso de derecho civil francés* adición de 1836 t 1 núm 77 nota 9)

(N de P F)

(2) Dalloz *Privilegios e hipotecas* num 1168—*Persil Régimen hipotecario* art 2123 num 16 y sig—*Grenier* num 307 y sig—*Duranton* num 342—*Troplong* núm 451—*Flandin Trat de las hipot*—*Casación* 19 de Abril de 1819 (*Sirey* 1819 1 130)—*París* 27 de Agosto de 1816—*Tolosa* 27 de Diciembre de 1819—*Gienoble* de Enero de 1829 (Todos en *Sirey*)

Admitamos que no puede producir ningun efecto un juicio emanado de un tribunal extranjero si, en el Estado donde se quiera obtener este efecto, no se declara ejecutivo el juicio con ciertas formas de procedimiento de que hablaremos en su lugar, pero creemos también que, al derecho de hipoteca de que hablamos, deben aplicarse las mismas reglas que a los demas derechos adquiridos en virtud de la cosa juzgada.

234 El art 2,173 del Código de Napoleón, (punto ultimo), dispone que «la hipoteca no puede resultar tampoco de las sentencias dadas en pais extranjero, sino en cuanto han sido declaradas por un tribunal francés, sin perjuicio de las disposiciones contrarias de las leyes políticas ó de los tratados. No nos detendimos en exponer las razones por las que se ha querido justificar la interpretación de este artículo, nos contentamos con notar que la mayor parte de los escritores llegan a esta conclusion que, mientras para las sentencias de los tribunales extranjeros debe ser suficiente el simple *par eatu*, el magistrado francés, sin que éste se pronuncie de nuevo sobre el merito de la contestacion para los juicios que confieren la hipoteca, debe admitir la maxima contraria, porque es un principio constante del derecho francés, que los inmuebles situados en Francia, aun poseídos por los extranjeros, son regidos por la ley francesa.

Tal es la doctrina de Dalloz, que concluye de este modo «Jamás las sentencias dadas en pais extranjero podrán producir hipoteca en Francia, sino despues de haber sido revisadas por los tribunales franceses, de otro modo, no sería verdad que los inmuebles solo están sometidos a la ley francesa (1) »

235 No obstante la autoridad de Dalloz y de los demas autores respetables que de su opinión participan, debemos

---

(1) L C

deklarar que la consideramos como una consecuencia de ciertas ideas tradicionales del antiguo derecho francés, que no es ciertamente el derecho de la Francia moderna, y de las que se han emancipado por completo los autores y la jurisprudencia.

La célebre Ordenanza de 1629, conocida bajo el nombre de Código de *Michaud*, disponía en su art 21, que, las sentencias dadas en reinos extranjeros, por cualquier causa que sea, no tendran ninguna hipoteca ni ejecucion en nuestro reino, y no obstante estas sentencias, aquellos de nuestros subditos contra los que se hayan dado, podran debatir nuevamente sus derechos ante nuestros empleados publicos. He aquí el precedente por que ha querido explicarse el art 2123 del Código de Napoleón, para poder llegar a la conclusion de Dalloz, sin poner en duda la autoridad de la cosa juzgada.

En cuanto a nosotros, segun demostraremos despues, somos de parecer que el magistrado a quien se pide que declare ejecutoria una sentencia dada en el extranjero, debe examinarla atentamente, no en el interés privado de las partes, sino en interés publico. No solo debe verificar su autenticidad y la fidelidad de su traduccion, sino también examinar si contiene algun principio contrario a las buenas costumbres, al orden publico, ó a la soberania del Estado, pero no debe entrar en tribunal de apelación ni entrar en los méritos de la causa, examinando de nuevo los derechos de las partes y renovando o reformando el juicio. Esto equivaldria a destruir la autoridad de la cosa juzgada y perjudicaria los derechos adquiridos por las partes (1).

Cuando nada se opone a que una sentencia sea declarada ejecutoria, del mismo modo que los efectos juridicos de la cosa juzgada y los derechos de las partes deben

[1] *Draugomis Condic. civ. de los ext. en Fran.* p 113 — *Demangeat Hist. de Condic. civ. de los ext. en Franc.* p 405

ser válidos, así también debe valer la hipoteca en favor de un acreedor (1) Entiendase bien que no hablamos de la hipoteca como derecho real sobre la cosa de otro, y que las excepciones y las reglas que hemos establecido para las demás especies deben aplicarse también a la hipoteca judicial para que tenga eficacia y fuerza ejecutoria

(1) Me parece que Fiore confunde aquí dos cuestiones la de la ejecución de la sentencia dada en el extranjero y la de la autoridad de la cosa juzgada por los tribunales extranjeros. Sobre la primera cuestión existe la regla del art 2178 del Código Civil francés según la cual no puede resultar la hipoteca de los juicios fallados en país extranjero hasta haber sido declarados ejecutorios por un tribunal francés sin perjuicio de las disposiciones contrarias que pueden existir en las leyes políticas ó en los tratados. Esta disposición corresponde al art 1978 del Código Civil italiano que dice que los fallos dados por las autoridades judiciales extranjeras no producen hipoteca sobre los bienes situados en el reino sino cuando se ha ordenado la ejecución por las autoridades judiciales del mismo salvo las disposiciones contrarias contenidas en los tratados internacionales. En cuanto á la autoridad de la cosa juzgada hay una gran controversia. Fœlix reconoce con Meilin que en pura teoría el poder de que están revestidos los jueces en cuanto á la decisión de las cuestiones que se les someten y la autoridad atribuida á sus juicios emanan del poder soberano y á estos juicios no pueden según el principio de la independencia recíproca de las naciones tener autoridad de cosa juzgada sino en el país en donde se han fallado. Reconoce también que las disposiciones de la Ordenanza de 1629 no son más que la expresión de estas ideas pero sostiene que los arts 2123 y 2128 del Código Civil francés y el art 546 del Código de Procedimiento no reproduciendo nada más que la primera parte del art 121 de la referida ordenanza relativa á la ejecución de los juicios ó sentencias del extranjero han derogado virtualmente la segunda parte de dicho artículo que les negaba la autoridad de cosa juzgada. Massé Soloman y Demangeat sostienen que la autoridad de la sentencia en cuanto á la cosa juzgada no perjudica en nada á la del soberano en cuyo territorio se ha dictado.

Esta autoridad dicen es la del hecho y aunque la sentencia no sea ejecutoria de pleno derecho sino en el territorio donde se ha dado no deja de constituir un título en favor de la parte que la ha obtenido en virtud del contrato judicial de que procede. Aubry y Rau observan que esta argumentación sería exacta y concluyente si el contrato judicial fuese un convenio enteramente libre pero el carácter propio de este contrato es el de ser forzado. Ahora bien como la obligación de presentarse á la formación del contrato judicial bajo la pena de la falta y de someterse á la decisión consiguiente se deriva del poder público de juzgar de que están investidos los tribunales los efectos de esta obligación y de este contrato deben como la autoridad pública del juez extender en los límites del territorio. Reconocer á los fallos pronunciados en el extranjero la autoridad de cosa juzgada es según los sabios anotadores de Zacarías extender el poder público de los tribunales más allá de los límites del territorio é imponer á Francia una concesión que todo Estado es libre de otorgar ó negar á los otros. Por lo demás reconocen que el interés bien entendido de las naciones debe conducir á hacerse recíprocamente tales concesiones y unen sus votos á los de aquellos que desean ver que Francia modifique sus antiguas doctrinas para entrar en el camino que siguen los demás países. (*Curso de derecho civil francés* edición de 1856 t I p 202 y siguientes)

(N de P F)