

Getafe 25 de setiembre de 1992

El Encunado.

~~Manuel~~
Unidos

~~Picardo J. Alonso Joto~~

~~Alto~~

~~AM~~



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO Y DE LA EMPRESA

LOS PRIVILEGIOS MARITIMOS
SOBRE EL BUQUE

-Tesis para el doctorado en Derecho-

- Elaborada bajo la dirección
del Prof: Dr; Ignacio Arroyo Martinez

José Luis García Gabaldón

Junio de 1992

ABREVIATURAS E INDICE

Abreviaturas

ADC:	Anuario de Derecho Civil
ADM:	Anuario de Derecho Marítimo
ADMA:	Annuaire de Droit Maritime et Aérien
AEDM:	Asociación Española de Derecho Marítimo
AFDI:	Annuaire Française de Droit International
AIDI:	Annuaire Institute de Droit International
ASDM:	Anuario de la Sección de Derecho Marítimo
AHDE:	Anuario de Historia del Derecho español
BAEDM:	Boletín de la Asociación Española de Derecho Marítimo
BIEEM:	Boletín del Instituto Europeo de Estudios Marítimos
C.de c.:	Código de comercio
C.c.:	Código civil
C.M.I.:	Comité Marítimo Internacional
CNUCIB:	Convenio de las Naciones Unidas sobre las Condiciones de Inscripción de los Buques
COMME:	Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española
CRDMA:	Comité Regional de Derecho Marítimo de Andalucía
CSIC:	Consejo Superior de Investigaciones Científicas
CS:	Comunicazioni e Studi
DME:	Derecho Marítimo Europeo
DMF:	Le Droit Maritime Française
DN:	Derecho de los Negocios
EPJ:	Escuela de Práctica Jurídica
ETL:	European Transport Law
GIJE:	Grupo Intergubernamental mixto UNCTAD/OMI, sobre privilegios marítimos e hipoteca naval

ICC: International Chamber of Commerce
 IDM: Il Diritto Marittimo
 JDI: Journal de Droit International
 JMLC: Journal of Maritime Law and Commerce
 JWTL: Journal of World Trade Law
 LCS: Ley de contrato de seguro
 LEC: Ley de enjuiciamiento civil
 LH: Ley Hipotecaria
 LHN: Ley de Hipoteca Naval
 LMCLQ: Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
 OMI: Organización Marítima Internacional
 RCDI: Revista crítica de Derecho inmobiliario
 RD: Real Decreto
 R des C: Recueil des Courts
 RDIPPR: Rivista del Diritto Internazionale Privato e
 Processuale
 RDM: Revista de Derecho Mercantil
 RDMC: Revue de Droit Maritime Comparé
 RDN: Rivista del Diritto della Navigazione
 RDPR: Revista de Derecho Privado
 REDM: Revista Española de Derecho Marítimo
 REDT: Revista Española de Derecho del Trabajo
 RGM: Revista General de Marina
 RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia
 RHCN: Revista de Historia y Cultura Naval
 RJC: Revista Jurídica de Cataluña
 RJG: Revista Jurídica General
 RL: Revista de Legislación

RLDNMA: Revista Latinoamericana de Derecho de la Navegación
Marítima y Aeronáutica

RLH: Reglamento de la Ley hipotecaria

RT: Revista de los Tribunales

UNCTAD: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y
Desarrollo

UNCLOS: Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del
Mar

INDICE

ABREVIATURAS E INDICE

Abreviaturas.....	2
Indice.....	5

PARTE PRIMERA ANTECEDENTES Y EVOLUCION HISTORICA

Capítulo I

El buque como garantía de créditos marítimos desde la antigüedad hasta el Derecho marítimo medieval

1.-Orígenes de la navegación marítima y civilizaciones prerománicas.....	13
2.-La afección especial de la nave en Roma.....	18
a) El <i>pignus</i> y la <i>hypoteca</i> navales.....	19
b) Los créditos navales refaccionarios.....	22
3.-Levante y Poniente en el Derecho marítimo medieval...	25
4.-Ordenanzas y Estatutos mediterráneos.....	32
5.-Los créditos privilegiados en el Consulado del Mar....	34
a) Los créditos marítimos salariales y refaccionarios y las reglas básicas de prelación.....	35
b) Otros créditos marítimos con garantía naval.....	42
6.-Los <i>Roles de Oleron</i> y el área atlántica.....	47
7.-Los <i>peños</i> sobre las naves en Las Partidas.....	53

Capítulo II

La tipificación de los créditos marítimos privilegiados en la Edad Moderna

8.-La aparición de las modernas Ordenanzas.....	58
9.-Los privilegios marítimos en la Ordenanza francesa de la Marina de 1681: El <i>droit de suite</i> de los acreedores del vendedor de la nave.....	63
10.-El viaje como circunstancia de purga del privilegio.....	65
11.-El embargo y la venta judicial de la nave.....	69
12.-Los créditos privilegiados y su orden prelativo en la Ordenanza colbertina.....	72
13.-La hipoteca naval y el privilegio de los marineros en las Ordenanzas de Bilbao de 1737.....	77

Capítulo III
La sistematización de los privilegios sobre el buque
en la codificación mercantil

14.- Fenómeno codificador y transformación de los presupuestos de la navegación.....	84
15.- El régimen de los privilegios en el Code de 1807.....	87
a) La "ampliación" y prelación del artículo 191.....	91
b) La extinción y ejecución de los privilegios.....	94
16.- La configuración de los privilegios en el Código español de 1829.....	98
a) Significado y contenido del privilegio marítimo sobre el buque.....	100
b) Tipología, concurrencia, extinción y ejecución.....	102
17.- El modelo de los Códigos de comercio italianos de 1865 y 1882.....	108
18.- Acreedores marítimos privilegiados y limitatarios en los Códigos alemanes.....	111

Capítulo IV
Génesis y evolución de los *maritime liens* en el
***common law* y en el Derecho norteamericano**

19.- El Derecho marítimo y el <i>Common Law</i>	114
20.- Las teorías sobre los orígenes de los <i>maritime liens</i>	117
a) Teoría de la personificación.....	119
b) Teoría del procedimiento.....	120
c) Teoría del conflicto de jurisdicciones.....	120
d) Conclusión.....	124
21.- <i>The Bold Buccleugh</i> y la evolución posterior.....	126
22.- Referencia a los privilegios marítimos en los Estados Unidos.....	129

PARTE SEGUNDA
FUENTES

Capítulo V
Derecho convencional internacional y Derecho comparado

23.- Planteamiento acerca del estudio de las fuentes....	133
a) <i>El Derecho convencional internacional</i>	
24.- La necesidad de unificación internacional.....	134

25.-El Convenio de Bruselas de 1926.....	136
26.-El Convenio de Bruselas de 1967.....	142
27.-Nuevos intentos de unificación.....	148

b) Derecho comparado

28.-Las "familias" de Ordenamientos en materia de privilegios.....	150
29.-La ley francesa de 1967 sobre el estatuto de los navíos.....	152
30.-El <i>Codice della Navigazione</i> italiano.....	153
31.-El <i>HGB</i> alemán reformado.....	154
32.-El Derecho vigente en Inglaterra y en los Estados Unidos.....	155
33.-Referencia a otros sistemas nacionales.....	157

**Capítulo VI
Derecho positivo español**

34.-La dualidad normativa.....	160
35.-Las normas de origen interno.....	160
36.-Las normas de origen internacional.....	167
a) El problema de la incorporación de los Convenios.....	168
b) El problema del ámbito de aplicación: Derecho unificado <i>versus</i> Derecho uniforme.....	171
37.-Análisis del artículo 14 del Convenio de 1926.....	177
38.-La posición de la jurisprudencia.....	196
39.-Conclusión: Las fuentes en el Derecho español.....	204

**PARTE TERCERA
DELIMITACION CONCEPTUAL**

**Capítulo VII
Concepto y naturaleza jurídica**

40.-Significado de privilegio y de privilegio marítimo.....	212
41.-Concepto de privilegio marítimo sobre el buque.....	214
42.-Naturaleza jurídica: Los Derechos de garantía <i>in re aliena</i> y de realización de valor.....	219
43.-Los privilegios como derechos reales de garantía....	223
44.-Las hipotecas legales tácitas y los privilegios....	230
45.-La conceptualización del privilegio como obligación <i>propter rem</i>	235

46.-La caracterización procesal del instituto.....	239
47.-Posiciones contrarias a la "realidad" del privilegio.....	240

Capitulo VIII
Distinción de figuras afines

48.-Planteamiento del problema: Las garantías navales contractuales.....	242
--	-----

a) Figuras que emplean el dominio como título de garantía

49.-La transmisión fiduciaria del buque.....	245
50.-La reserva de dominio.....	248
51.-El arrendamiento con opción de compra y el leasing de buque.....	249
52.-La venta con condición.....	254
53.-La reserva especial de dominio y la prohibición de disponer.....	254

b) Figuras contractuales que emplean la garantía real de buque ajeno

54.-La prenda naval.....	258
55.-La hipoteca naval: Caracterización general.....	263
a) Evolución reciente y concepto.....	263
b) Ventajas e inconvenientes.....	267
56.-Significado económico actual:El llamado crédito naval.....	270
57.-El mortgage.....	274

Capítulo IX
Justificación de la Institución

58.-La razón de ser de los privilegios.....	279
59.-La función de garantía y la doctrina de su conservación.....	280
60.-El patrimonio naval y la doctrina de la compensación.....	283
61.-Posturas contrarias a la institución.....	290
62.-Disparidad de intereses e insuficiencia de las teorías unitarias.....	296

PARTE CUARTA
CARACTERIZACION DE LOS PRIVILEGIOS MARITIMOS

Capítulo X
Caracteres relativos a la constitución, a la
transmisión y al objeto de la garantía

63.-Criterios caracterológicos.....	302
<i>a)Caracteres relativos a la constitución</i>	
64.-Origen legal:La relación deudor propietario.....	303
65.-Carácter oculto:La Publicidad en las normas de origen interno.....	310
66.-La ausencia de requisitos de forma en los Convenios internacionales.....	316
<i>b)Caracteres relativos a la transmisión</i>	
67.-Accesoriedad.....	317
<i>c)Caracteres relativos al objeto de la garantía</i>	
68.-Especialidad.....	319
69.-El buque como asiento objetivo de la garantía.....	321
70.-El flete.....	325
71.-Los créditos de sustitución.....	330
72.-Indivisibilidad.....	336

Capítulo XI
La Reipersecutoriedad y la Realización

73.-Reipersecutoriedad.....	339
74.-Realización.....	342
75.-Procedimiento general.....	342
76.-Limitaciones.....	347
77.-Supuestos especiales de ejecución.....	350
78.-El ejercicio del <i>ius distrahendí</i> en los Convenios internacionales sobre privilegios marítimos.....	356

**Capítulo XII
La Preferencia**

79.-La ruptura de la <i>pars conditio creditorum</i>	358
80.-El orden prelativo en el Código de Comercio.....	359
81.-Los privilegios preferentes en la Ley de Hipoteca Naval.....	362
a) Examen comparativo.....	363
b) Comentario crítico.....	371
c) Conclusión sobre las preferencias en las normas de origen interno.....	373
82.-Los privilegios generales del crédito laboral y los créditos de la Seguridad Social.....	374
83.-El sistema prelativo internacional.....	379

**Capítulo XIII
La Precariedad**

84.-Significado.....	383
85.-La extinción del privilegio en el Código de Comercio.....	384
86.-Sigue: Venta voluntaria del buque.....	384
87.-Sigue: Venta judicial o forzosa.....	388
88.-El régimen de extinción en los Convenios.....	390
89.-Sigue: Prescripción del privilegio.....	390
90.-Sigue: Los efectos de la venta judicial.....	395

**PARTE QUINTA
DERECHO CONFLICTUAL**

**Capítulo XIV
Principios ordenadores de las normas de conflicto
sobre los privilegios marítimos**

91.-Posibles sistemas de conexión.....	400
92.-La regulación de los privilegios por la <i>lex causae</i>	404
93.-La <i>lex rei sitae</i> y el buque.....	409
94.-El recurso a la <i>lex fori</i>	414
95.-El sistema de la ley del pabellón.....	425
96.-Significado del pabellón: nacionalidad, bandera y registro del buque.....	426
97.-Inconvenientes y ventajas de la ley del pabellón en Derecho Internacional Privado.....	433
98.-El artículo 10.2 del Código Civil.....	445

Capítulo XV
La Ley del Pabellón y los Conflictos Móviles

99.-La mutabilidad de la conexión.....	453
100.-Cambio de pabellón por exportación definitiva...	455
101.-El abanderamiento provisional.....	464
102.-Origen, desarrollo y ventajas del negocio.....	464
103.-La disociación pabellón registro.....	466
104.-Reconocimiento internacional de la figura.....	470
105.-La ley aplicable a los gravámenes inscritos.....	475
106.-La ley aplicable a los privilegios marítimos....	482

Capítulo XVI
El conflicto móvil en el Derecho español

107.-Diversos supuestos.....	485
108.-Exportación de buque español e importación de buque extranjero.....	488
109.-El régimen de abanderamiento provisional.....	490
a) Abanderamiento provisional de buque español en el extranjero.....	491
b) Abanderamiento provisional de buque extranjero en España.....	494
110.-La determinación de la ley competente en materia de garantías reales.....	498

RECAPITULACION Y CONCLUSIONES

I Sobre los Antecedentes y Evolución Histórica.....	506
II Sobre las fuentes.....	516
III Sobre la delimitación conceptual.....	520
IV Sobre la caracterización.....	525
V Sobre el Derecho conflictual.....	531

BIBLIOGRAFIA

Bibliografía utilizada.....	538
-----------------------------	-----

JURISPRUDENCIA Y BUQUES CITADOS

Sentencias españolas examinadas.....	566
Jurisprudencia extranjera.....	567
Buques citados.....	568

PARTE PRIMERA
ANTECEDENTES Y EVOLUCION HISTORICA

Capítulo I

El buque como garantía de créditos marítimos desde la antigüedad hasta el Derecho marítimo medieval

1.-Orígenes de la navegación marítima y civilizaciones prerománicas.

No hace falta insistir mucho, por ser una realidad de sobra conocida, en que la utilización de la navegación por el hombre procede de las épocas más remotas. Inicialmente fluvial y destinada a satisfacer las necesidades alimenticias con los productos de la pesca, pronto, al compás de la ciencia náutica y de los progresos en la astronomía empírica, la navegación se convertiría en marítima y se dirigiría al comercio, para llegar a constituir el más eficaz medio de cambio y de estrechamiento de las relaciones comerciales. La nave, como vehículo imprescindible para realizar el trueque marítimo, constituiría el eje central en torno al cual se iría anudando una compleja trama de intereses económicos¹.

No puede extrañar, por ello, que, desde muy antiguo, la nave resultase ser la garantía natural del cumplimiento de las obligaciones derivadas del ejercicio de la navegación marítima, circunstancia ésta que puede apreciarse en el análisis de las fuentes legales y documentales que han logrado llegar hasta nosotros.

Nada encontramos sobre nuestra materia en el **Código de Hammurabi**, que sí se ocupa, en cambio, de aspectos tales como las

¹ Acerca de éstas consideraciones preliminares puede verse BRUNETTI, Antonio, *Derecho Marítimo Privado Italiano*, Trad. GAY DE MONTELLÁ, Bosch, Barcelona, 1.950, T.I, pp. 79-80.

obligaciones derivadas del calafateado o del alquiler de embarcaciones , así como del abordaje entre embarcación que remonta un río y la que es arrastrada por la corriente².

Tampoco se ha hallado documentación jurídico-marítima perteneciente a la civilización minoica o cretense que, estratégicamente situada en una encrucijada mediterránea (la isla de Creta), ejerció su hegemonía marítima en el segundo milenio a.c.³.

Conocida es también la lamentable carencia de legados histórico-legislativos de los Fenicios, los más audaces navegantes y comerciantes marítimos del mediterráneo (y del atlántico), que hicieron su pujante aparición en el siglo XV a.c., coetáneamente a la destrucción de la talasocrácia minoica y a la pérdida de hegemonía de Micenas⁴. Desgraciadamente, ésta

² *Código de Hammurabi*, párrafos 234 a 240 y 275 a 277. V. una reciente traducción al español ,con sus respectivos comentarios, en *Código de Hammurabi*, Ed. preparada por LARA PEINADO, Federico, Editora Nacional, Madrid, 1.988, pp.117,121, 249-251 y 261. Sobre el Código, que tiene más de cuarenta siglos de antigüedad (2.100 a.c.) y fue descubierto tan sólo en 1.901 , existe ya una abundante y científica literatura, cuya reseña puede verse ,e.g., en BRUNETTI, *op.cit.*, p.80. Es interesante el dato de que algunos autores han deducido del texto del párrafo 240 (choque entre embarcación que remonta el río y la que es arrastrada) que la navegación a vela no existía aún en tiempos de Hammurabi.V.*Código...loc.cit.*, p. 251.

³La civilización minoica, desconocida hasta el año 1.900, ha sido llamada "Talasocrácia minoica", por constituir un imperio económico basado en el dominio del mar y, consecuentemente, en el dominio marítimo. Tal y como han revelado las investigaciones realizadas, los antiguos cretenses debieron contar con una numerosa flota mercante fabricada con buenas maderas (en contraste con la necesidad egipcia de recurrir al papiro para la construcción naval por carecer de maderas aptas) y con una aceptable técnica de navegación a vela, por lo que debieron extender su actividad comercial marítima por todo el Mediterráneo. V. ARROYO RUIZ-ZORRILLA, Ricardo, *La Talasocrácia Minoica* , *Revista de História y Cultura Naval*, 1.984, pp. 45-56.

⁴ARROYO RUIZ-ZORRILLA, observa respecto a los fenicios que «Su objetivo fue el comercio; no existe otro pueblo en la antigüedad que haya tenido la audacia marinera de los fenicios. Sus grandes rivales, los griegos, siguieron sus huellas, pero los phoinikes abrieron el camino instaurando con el Mediterráneo occidental un comercio marítimo activo...». V. ARROYO RUIZ-ZORRILLA, *Las navegaciones a España de fenicios y griegos*, *Revista de História y Cultura Naval*, 1.985, pp.27-48.Debe tenerse presente, en cualquier caso, que la ausencia de fuentes documentales directas que sirvan para ilustrar acerca del Derecho marítimo fenicio no equivale exactamente a su total

misma ausencia de fuentes para el estudio de la historia de las instituciones del Derecho marítimo se aprecia también en relación con el período de poderío cartagines⁵.

Así las cosas, sería la civilización helénica la que dejaría ,por primera vez, huellas importantes de la actividad jurídico marítima de un pueblo.⁶ A esta época se atribuye el origen de la denominada *Lex Rhodia* , cuerpo legal de datación , naturaleza y contenido confusos, algunas de cuyas partes pasarían después a

desconocimiento. Por el contrario, algunas investigaciones hechas a partir del Talmud de Jerusalem, del Talmud Babilónico y del antiguo derecho hebreo han permitido una cierta reconstrucción de determinadas normas jurídico-marítimas que habrían estado en vigor en diversas ciudades fenicias, sobre todo en Tiro y en Sidón. Se deduce así que los fenicios habrían elaborado un conspicuo núcleo de conceptos jurídicos originales que habrían presidido el tráfico marítimo del Mediterráneo en el curso del primer milenio antes de Cristo, desplegando una notable influencia en el mundo griego y, a través de éste, en el romano. En concreto, el Derecho marítimo fenicio podría haber regulado las instituciones de la venta del buque ; del fletamento; de la avería gruesa; y de una modalidad rudimentaria de seguro marítimo. Mientras que las dos primeras habrían sido tomadas de Babilonia, las dos segundas instituciones habrían sido obra original la cultura fenicia. Incluso, el hecho de que los fenicios hubieran estado en Rodas antes que Grecia, ha permitido afirmar que los griegos (*lex rhodia de jactu*) tomaron de los fenicios la institución de la avería gruesa. V. QUERCI, F.A., *Il Diritto Marittimo Fenicio*, RDN, 1960 (I), pp. 411-427.

⁵La actividad marítima desplegada por Cartago fue indudable durante el período helénico- cartagines, que se puede situar entre los siglos IX y II a.c. V. BRUNETTI, *op.cit.*, p.81. El hecho, ciertamente sorprendente, de que no haya conseguido sobrevivir ningún documento que nos ilustre acerca del Derecho marítimo de la época ha sido atribuido por PARDESSUS a la acción aniquiladora que Roma habría llevado a cabo en todas las facetas de la cultura y civilización cartaginesa, en aplicación de la máxima *Delenda est Carthago* , considerada fundamental por los romanos para su propia seguridad. V. PARDESSUS, J.M., *Collection de lois maritimes antérieures au XVIIIe siècle*, 6.T, Paris, 1.828-1.845, en concreto, T.I. pp. 1-35. (La edición de la obra de PARDESSUS que hemos manejado es la de Ed. Bottega d'Erasmus, Torino, 1.968).

⁶ Las características de su península, pobre y montañosa, empujaron a los griegos a frecuentes emigraciones ,sobre todo a occidente, en busca de tierras más fértiles y menos inhospitas. En este contexto, y a lo largo de los siglos VIII y VII a.c, se produce la colonización griega desde las costas del Mediterráneo (colonias del Ponto, del Jonio (Magna Grecia) y de la Sicilia), a las del Tirreno (Galias y España) y de la Tracia, hasta la Palude Meótica. Los subsiguientes asentamientos de numerosos núcleos coloniales determinaron la necesidad de continuos intercambios con la metrópoli, con el correlativo fomento del comercio marítimo. V. BRUNETTI, *op.cit.*, p.81.

formar parte del Digesto de Justiniano⁷. Sin embargo, son los discursos pronunciados ante los tribunales comerciales atenienses, atribuidos a Demóstenes, los que más nos han permitido conocer acerca de la configuración jurídica que presentaba el comercio marítimo en el derecho comercial ático del siglo IV a.c.

Por aquel entonces, aparece el préstamo marítimo como un instituto plenamente consolidado en la práctica del tráfico⁸. Este negocio jurídico, claro antecedente del préstamo a la gruesa, podía asumir la modalidad de viaje de ida o de viaje de ida y vuelta y tenía por causa subjetiva, de una lado la necesidad de obtener financiación para la práctica del comercio marítimo y, de otro, la posibilidad de conseguir un elevado rendimiento financiero de las sumas dadas en préstamo⁹.

⁷Esta llamada *Lex Rhodia* se conoce tan sólo a través de las menciones que de la misma aparecen en el Digesto, en el cual y por obra del jurisconsulto romano Volusio Meciano, se reprodujo un fragmento que, con el título *De lege Rhodia de Jactu*, regulaba la echazón. (Digesto, XIV, 2, 9.). Consecuentemente se desconoce, tanto su original contenido como la fecha de su implantación. Así, BRUNETTI cifra su nacimiento hacia los años 475-479 a.c. y TETLEY habla del año 900 a.c. Por otra parte la discusión se ha centrado en la exacta naturaleza de éste instrumento. Mientras que para unos se trataba de una verdadera ley griega, concretamente dictada en la Isla de Rodas, para otros no era más que una compilación de viejas costumbres marítimas griegas llevada a cabo en la época de los emperadores Bizantinos del siglo diez. V. BRUNETTI, *Ibíd.*, p. 82; PARDESSUS, *op. cit.*, pp. 1-35; y TETLEY, William, *Maritime Liens and Claims*, Business Law Communications Ltd., Londón, 1.985, pp. 1-2.

⁸El préstamo marítimo griego se extendió por todo el Mediterráneo, resultando de vital importancia, sobre todo, en las operaciones de abastecimiento al Atica de trigo importado. Se ha dicho del préstamo que jugó un papel decisivo en la estabilidad democrática de Atenas, en la medida en que sirvió para facilitar el intercambio de mercancías y la afluencia de capital en las ciudades, pasándose así de una «organización agrícola y oligárquica a otra industrial y democrática». CASTRESANA HERRERO, *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1.982, pp. 20-21.

⁹El negocio funcionaba del siguiente modo: El prestatario, comerciante marítimo, empleaba la suma recibida en préstamo en la compra de mercancías antes del inicio del viaje marítimo. Una vez cargadas en la nave eran trasladadas a un lugar donde su precio de venta fuese muy superior al de compra. A su vez, en la modalidad de ida y vuelta, el dinero obtenido en aquel lugar era invertido en nuevas mercancías que se trasladaban de regreso al

Pues bien, es en éste préstamo marítimo griego donde podemos ya identificar nítidamente la existencia de un crédito protegido con un auténtico derecho real de garantía sobre la nave (aunque más generalmente el gravamen recaía sobre las mercancías)¹⁰. En efecto, la devolución del préstamo marítimo se garantizaba mediante pacto de afectación real de la nave (o de las mercancías) oponible frente a terceros. En su virtud, una vez llegada la nave al puerto de destino, el acreedor tomaba posesión de los bienes gravados contractualmente, cuya venta podía solicitar si, transcurridos veinte días desde aquella fecha, el prestatario no había satisfecho su deuda. Naturalmente, el acreedor quedaba obligado a restituir al prestatario la diferencia entre lo obtenido de la venta y el valor de su crédito¹¹.

puerto en que se originó el negocio. Con dicho nuevo cambio se producía un segundo beneficio. Al final se obtenía un margen suficiente para satisfacer los intereses debidos al prestamista y obtener además una ganancia. Los riesgos de la navegación corrían a cargo del prestamista por lo que éste perdía todo derecho de devolución de principal e intereses si la nave perecía por caso fortuito o fuerza mayor. En compensación a esta asunción de los riesgos del mar, los intereses cobrados eran más altos que los de los préstamos terrestres (oscilaban entre un veinte y un treinta por ciento en el préstamo marítimo frente a un doce a dieciocho por ciento en el terrestre). Para dar constancia escrita de las cláusulas contractuales, ambas partes contratantes redactaban un documento llamado la *syngrapha* náutica, redactada en un sólo ejemplar con presencia de varios testigos. La *syngrapha* se depositaba, una vez firmada, en poder de un tercero que gozase de la confianza de las partes, depósito que se realizaba ante testigos con el objeto de evitar fraudes. V. esta caracterización del préstamo marítimo griego en el extenso trabajo de investigación documental y papirológica llevado a cabo por CASTRESANA HERRERO, *Ibíd.*, pp. 20-49.

¹⁰ Observa CORA RODRIGUEZ como a veces se suele situar el origen del privilegio marítimo, entendido como facultades añadidas al derecho de crédito de que gozaba un acreedor contra el patrimonio marítimo del naviero, en el préstamo a la gruesa, practicado por fenicios y griegos y recogido después por el Derecho Romano. Sin embargo y a nuestro juicio equivocadamente, afirma dicho autor que en el préstamo a la gruesa de la antigüedad el buque no quedaba afecto directamente al reembolso de la cantidad tomada en préstamo. V. CORA RODRIGUEZ, *Créditos Marítimos Privilegiados, origen, naturaleza y clases BAEDM*, n.ºs 5 y 6, 1986, pp. 92-93.

¹¹ El prestamista entraba en posesión de las mercancías o de la nave "hipotecadas" desde el mismo momento de la llegada de la nave. El prestatario buscaba un posible adquirente de las mercancías traídas de vuelta, y una vez

Especial importancia revestía en este punto la *syngrapha*, pues dicho documento era el que permitía al acreedor entrar directamente en posesión de los bienes afectados a la garantía, sin que para ello precisase recurrir a la autoridad jurisdiccional, salvo en el caso de que el prestatario mostrase resistencia, ya que no era lícito el empleo de la violencia¹².

2.- La afección especial de la nave en Roma.

La costumbre marítima internacional iría modelando después las distintas instituciones presentes en el Derecho griego hasta que aquellas fueron recogidas y desarrolladas por el ordenamiento jurídico romano, una vez que resultaron necesarias para satisfacer las exigencias del comercio marítimo de la nación¹³.

encontrado, cobraba su precio y pagaba al prestamista. Este, una vez pagado permitía que el comprador tomase posesión de las mercancías. V. CASTRESANA HERRERO, *op.cit.*, p.42. Desde otra perspectiva, resulta de gran interés un texto (la *syngrapha lacritea*) que prueba la inexistencia en aquella época del concepto de la fortuna de mar, como patrimonio separado del comerciante marítimo. En efecto, el texto en cuestión dice lo siguiente: «Si el precio obtenido de la venta de los bienes hipotecados es insuficiente para reintegrar a los prestamistas la suma que ellos deben recibir según los términos del contrato, se embargarán todos los demás bienes de Artemón y de Apolodoro, terrestres y marítimos, en cualquier lugar en que se encuentren». V. CASTRESANA HERRERO, *Ibíd.*, pp. 34-35.

¹²La *syngrapha* era un título ejecutivo que no sólo facultaba para entrar pacíficamente en la posesión de los bienes dados en garantía sino que servía para legitimar una acción judicial destinada a vencer la oposición que pudiera mostrar el deudor. CASTRESANA HERRERO, *Ibíd.*, p. 38.

¹³ Sería un hecho de naturaleza militar-las guerras púnicas- lo que obligaría a Roma a lanzarse a la conquista marítima. El esfuerzo militar exige a los romanos desarrollar un activo tráfico mercantil por el Mediterráneo para atender los suministros de armamento y mercancías a Sicilia, Cerdeña, España, etc. Una vez vencida Cartago, Roma consigue la hegemonía marítima en el Mediterráneo occidental, la cual se extendería después a la zona oriental con ocasión de las guerras macedónicas. La consecuencia es que la inicial indiferencia del pueblo romano por el mar se convierte en un continuado intento de mantener el dominio del Mediterráneo y aún de perfeccionar las técnicas de navegación para aventurarse por otros mares. V. CASTRESANA HERRERO, *Ibíd.* pp.51-52. Durante la época imperial la navegación cobra grandes vuelos, armándose por los particulares numerosas flotas de comercio que «surcaban el Mediterráneo convertido en un lago romano, el Mar Rojo hasta el Océano Indico y se atrevían a penetrar audazmente en el Atlántico y mares septentrionales». V. BRUNETTI, *op.cit.*, pp. 82.83. Este predominio romano decaería sólo en los últimos tiempos del imperio, cuando la economía esclavista y el incremento del latifundismo vinieron a restringir la

La afección de la nave al cumplimiento de las obligaciones de su propietario encuentra en Roma dos cauces diferenciados: la constitución convencional de la garantía naval mediante *pignus* o *hyphoteca*, y la preferencia legal y privilegiaria que se atribuye a los titulares de créditos refaccionarios.

a).- El *pignus* y la *hyphoteca* navales.

En Roma era práctica permitida y frecuente la afectación convencional de la nave, con efectos reales, en garantía accesoria del cumplimiento por su titular de una obligación personal, frecuentemente la de devolución de un préstamo. La técnica empleada para ello fue, en un primer momento el *pignus* y , más adelante, la *hyphoteca*, sin que la naturaleza mueble del objeto de la garantía ofreciese la menor dificultad¹⁴.

libre iniciativa individual. V.ZENO, Riniero, *Storia del Diritto Marítimo nel Mediterraneo*, Aheneum, Catania, 1.915, pp. 6 y 7. Por lo que se refiere al papel jugado por Roma en la creación del Derecho Marítimo, existen posturas dispares, si bien parece predominar la creencia de que el mérito de los romanos en este campo descansa, más que en la producción de nuevo cuño, en su tarea de recopilación y de proyección hacia el futuro de las normas marítimas antiguas y consuetudinarias, haciendo posible su mantenimiento y conocimiento en épocas posteriores, y ello sin perjuicio de la influencia que, en algunas instituciones pudo tener el *ius civile*. V. distintas posturas en TETLEY, *op.cit.* p.3. Una defensa de la importancia e influencia que tendría el Derecho romano en la formación del Derecho marítimo medieval, puede verse en ZENO, *op.cit.*, pp.56-93. Este autor resalta en su obra como el análisis del *corpus iuris civilis* demuestra que los juristas romanos supieron comprender la verdadera esencia de algunas instituciones jurídicas propias del derecho marítimo y procedentes de la influencia helénica oriental. *Ibid*, pp.7-8. Con carácter general, sobre la época romana : V. ARIAS RAMOS, *El transporte marítimo en el mundo romano*, Valladolid, 1.949. y PARDESSUS, *op.cit.*, T.I., pp. 85 y ss.

¹⁴ Aunque la hipoteca era ,sin duda, conocida por los griegos, pues de ellos procede su propio nombre, no sabemos en que medida gozó de aceptación en dicho pueblo (Sin embargo, HERNANDEZ-TEJERO considera mas verosimil el origen romano de la hipoteca;HERNADEZ-TEJERO; Jorge, *Lecciones de Derecho Romano*, 2da.Ed., Darro, Madrid, 1.974, p.196). Sea como fuere se ha visto un antecedente en la Ley de las XII Tablas, en la que se muestra como el deudor se daba a si mismo y a su familia en servidumbre como garantía de sus deudas, mediante el modo solemne del "nexum". Posteriormente se empleaba la llamada *fiducia cum creditore* para garantizar el derecho de crédito. En su virtud, el acreedor obtenía la propiedad definitiva de la cosa, en caso de incumplimiento, aunque su valor fuese superior al importe de la deuda. Mas

El arquetipo de crédito garantizado con hipoteca naval fué ,sin duda, el nacido del préstamo a cambio marítimo, *i.e.*, del contraído con vistas a la financiación del viaje marítimo. Este negocio, tomado del préstamo marítimo griego, prácticamente con su misma fisonomía, sería conocido en el Derecho romano primeramente como *pecunia traiecticia* y posteriormente como

tarde, y ante la necesidad de poder dar en garantía las cosas *nec mancipi*, excluidas de la fiducia, aparece, como nueva institución de garantía mas favorable al deudor, el *pignus* o prenda, concebida al principio como una modificación de la fiducia, de modo que lo que se transfería era solo la posesión de la cosa, pudiendo el deudor, una vez cumplida su obligación, solicitar la devolución a través de una acción especial llamada *actio pignoratitia*. Por su parte el acreedor podía oponer un interdicto si el deudor la reclamaba antes del pago, careciendo en cambio de facultades para enajenarla y cobrarse con su producto. Posteriormente se concedía un *ius vendendi* (mediante *pactum de vendendo*) al acreedor, en cuya virtud podía éste vender la cosa para hacerse pago con ella de su crédito cuando el mismo no era satisfecho por el deudor, volviéndose así a un reforzamiento de la garantía del acreedor. Finalmente, a partir del *pignus* y a través del *interdictum Salvianum* y de la *actio Serviana* y *Quasi Serviana* apareció la que primeramente sería conocida como prenda convencional (*conventio pignoris*) y luego sería bautizada con el nombre griego de *hyphoteca*. Esta estaba ideada para poder ofrecer en garantía determinados bienes cuyo desplazamiento de posesión al acreedor presentaba importantes inconvenientes prácticos. Con la hipoteca romana la cosa quedaba afecta al pago de la deuda pero permanecía en poder del deudor propietario. Así pues la distinción entre prenda e hipoteca no residía en la naturaleza mueble o inmueble del bien objeto de garantía, sino en que se diese o no desplazamiento de posesión. La evolución fue similar en el derecho germánico, aunque la hipoteca, que en principio se aplico a toda clase de bienes, terminaría aplicándose solo a los inmuebles, quedando sujeta su constitución a forma publica y finalmente a la inscripción en los libros inmobiliarios. A esta evolución no fue ajena la afectación real de los buques en garantía de créditos marítimos, pudiendo encontrarse así en el Derecho romano, y concretamente en el *foenus nauticum*, los primeros antecedentes de la hipoteca naval. V. ALBACAR LOPEZ, J.L., El buque como objeto de garantía. La hipoteca naval, *BAEDM*, n.ºs. 5 y 6, 1986, pp. 67-68; NART, Ignacio, Los derechos reales de garantía y las cosas del mar en el Derecho marítimo vigente español, *RDPR*, n.º. 346, 1946, p. 15; VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Estudios sobre Garantías Reales*, Montecorvo, Madrid, 1984, 2ª Ed., p. 210. En el mismo sentido, explica CASTRESANA HERRERO que el término de procedencia griega "*hyphoteca*" se introduce tardíamente en el lenguaje de los juristas romanos, quienes lo emplean para aludir la *conventio pignoris* que, en contraposición con la *datio pignoris*, no implica transmisión de la posesión del objeto pignorado al acreedor pignoraticio. V. CASTRESANA HERRERO, *op. cit.*, p. 116. Por su parte, GONZALEZ REVILLA, nos dice que las leyes romanas consideraban a las naves como bienes muebles por lo que no se daba respecto a ellas el interdicto de recuperar la posesión. Sin embargo la hipoteca era aplicada a las naves, ya que al constituir dicho derecho real de garantía no se tenía para nada en cuenta si los bienes en que recaía eran muebles o inmuebles. V. GONZALEZ REVILLA, *La Hipoteca Naval en España*, Madrid, 1.888, p. 48. Varios textos contenidos en el *Corpus Iuris* (Pandectas y Código) atestiguan con meridiana claridad la naturaleza mueble de la nave y la posibilidad de pacto de hipoteca naval. V., en GIOANNIS GIANQUINTO, Giovanni, *La Ipogteca Navale*, Giuseppe Marghieri, Napoli, 1879, pp. 265-266.

*foenus nauticum*¹⁵.

En la *pecunia traiecticia* el cumplimiento de la obligación principal venía garantizado con la afectación real de las mercancías o de la nave, mediante *hypotheca*. Consecuentemente, una vez llegada la nave con las correspondientes mercancías a su puerto de destino y cumplida así la condición *salva nave*, resultaba exigible la obligación principal de devolución del préstamo. A partir del momento de su incumplimiento el acreedor podía perseguir los objetos pignorados (o hipotecados) con eficacia *erga omnes*, bien fuese para conseguir y retener provisionalmente la posesión de los mismos hasta recibir el pago, o bien para , caso de no producirse aquel, venderlos y satisfacer su crédito con el precio obtenido en la venta¹⁶.

Por otra parte, la hipoteca constituía también el medio normal de estipular la garantía real de la nave para la obtención de crédito de necesidad con que proseguir el viaje marítimo. Así , la llamada *ley pseudo-rodia* recogió algunas disposiciones en este sentido. En particular se contempla la posibilidad de que el maestro al mando de un buque , que al mismo tiempo sea

¹⁵Mientras que la *pecunia traiecticia* constituyó el *nomen iuris* de la institución en la época clásica (su aparición se fecha en la época ciceroniana), el préstamo marítimo sería conocido como *foenus nauticum* por obra de Justiniano, hasta el punto de colocar dicha expresión como rúbrica de los títulos del Digesto (D. 22.2) y del Código (C. 4. 33). Conviene observar como , lingüísticamente, la denominación de *foenus* hace alusión a un sólo elemento del préstamo marítimo, los intereses. Más expresiva resulta la denominación de *pecunia* (dinero) *traiecticia* (que se transporta a otro lado del mar), si bien generalmente lo trasladado no fuese propiamente el dinero sino las mercancías adquiridas con el. En cualquier caso se suele admitir que la configuración jurídica esencial del préstamo marítimo romano en el período clásico fue mantenida en el postclásico y justiniano. V. CASTRESANA HERRERO, *op.cit.*, pp. 56,64,161-163. Sobre la caracterización del *foenus nauticum* en el Derecho romano, V., también, en general, ZENO, *op.cit.*, pp.61-70.

¹⁶Este derecho real se acompañaba además de otra forma de garantía, la *stipulatio poenae*, establecida normalmente en el momento de concluir la *pecuniae traiecticia*. V. CASTRESANA HERRERO, *op.cit.*, pp.112-126. V. también, PARDESSUS, *op.cit.*, T.I, pp.59,70,71.

copropietario del mismo en cuantía no inferior a tres cuartos, pueda tomar dinero a préstamo ofreciendo el buque en garantía (Capítulo 19, Parte III)¹⁷.

b).-Los créditos navales refaccionarios.-

Junto a las garantías reales convencionales, que adornaban, básicamente, al crédito dimanante de préstamo marítimo, la recopilación justiniana muestra claras manifestaciones de tratamiento preferencial o privilegiado de los créditos de determinados acreedores. Nos referimos a los refaccionarios.

El crédito refaccionario es una institución cuya construcción hay que atribuir a la fina técnica de los juristas romanos. En un principio era aquel derivado de las obras realizadas a los edificios pero pronto se haría extensivo al armamento y reparación de naves, así como a su construcción y compra. La protección de este tipo de créditos descansaba en la idea de que su importe era necesario para el mantenimiento del valor económico de la cosa refaccionada y, en consecuencia, para preservar la garantía de los acreedores anteriores. Así las cosas no puede extrañar que la gradación de los créditos refaccionarios

¹⁷ Se conoce como *ley pseudo-rodia* a una compilación de origen privado fechada en torno a la segunda mitad del siglo VIII y la primera del siglo IX, aunque su preciso origen en confuso. La compilación está formada fundamentalmente por las costumbres marítimas de las costas orientales del Mediterráneo, incorporando sólo en pequeña medida, algunas fuentes justinianas y de ámbito provincial. La *lex pseudo-rodia* pasaría, según opinión bastante extendida, a incorporarse como un Apéndice del Libro LIII de *Las Basilicas* (colección legislativa producida bajo el mandato del Emperador Basil I de Macedonia entre los años 886 y 911 d.c.). Su Libro LIII contenía numerosas disposiciones de Derecho Marítimo) y en tal concepto constituiría un Código marítimo de profusa difusión en el Imperio de oriente e indiscutible eficacia en la posterior legislación marítima de todo el Mediterráneo. V. ASHBURNER, Walter, *The Rhodian Sea-Law*, Oxford, 1.909, Introduc. (Tomado de cita de TETLEY). V., también, TETLEY, *op.cit.*, p.4; BRUNETTI, *op.cit.*, pp. 84-85, y ZENO, *op.cit.*, p. 9.

entre si viniese regida por orden inverso al cronológico¹⁸.

En este sentido decía ULPIANO (Digesto,XX,IV, 5 y 6) , refiriéndose a los acreedores pignoratícios , que a veces son preferidos los derechos de los de fecha posterior, como es el caso de los créditos derivados de préstamos para armar, equipar o aprovisionar de vivéres una nave, ya que el dinero prestado sirvió para salvar la existencia de toda la prenda¹⁹. Por su parte, MARCIANO (Digesto,XLII,V,34) nos habla claramente del privilegio que, después del fisco, poseen sobre la nave todos aquellos que hayan dado dinero en préstamo para fabricarla, comprarla, armarla , equiparla, o de otro modo para ella, con lo cual viene a considerar privilegiados prácticamente todos los créditos dimanantes de inversiones realizadas en la nave²⁰.

Pero parece que la protección otorgada al crédito refaccionario agotaba sus efectos en la facultad de prelación, i.e., era un simple privilegio legal desprovisto de efectos reales. En consecuencia, el acreedor refaccionario podía hacer

¹⁸V. GARCIA SANZ, Arcadi y FERRER I MALLOL, Maria-Teresa, *Assegurances i camvis marítims medievals a Barcelona*, Institut d'estudis catalans, Barcelona, 1983, pp.32-33.

¹⁹ El texto recogido en el Digesto (Libro XX, Títul. IV) , es el siguiente: «5. ULPIANO, *Disputas*, libro III. - A veces el posterior es preferido al anterior, como por ejemplo, si para conservar la cosa misma se gastó lo que el siguiente prestó, como si se obligo una nave, y yo hubiere prestado para armarla o equiparla.» y «6. El mismo, *Comentarios al Edicto*, libro LXXIII. - porque el dinero de éste salvó la existencia de toda la prenda ; lo que cualquiera podrá admitir tambien si se hubiere prestado para la manutención de los marineros, sin los que no podía la nave llegar salva.» V. GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L., *Cuerpo de Derecho Civil Romano. Primera parte. Digesto*, traducción y anotación de la obra de KRIEGEL, HERMAN Y OSENERÜGGEN, Lex Nova, Barcelona, 1.987, T. II, p. 21.

²⁰ Esta amplia formulación de la regla *eiusdem generis* aplicada a los créditos relacionados con la construcción y funcionamiento de la nave, puede leerse en el Digesto (Libro XLII, Tít. V, 34) con el siguiente tenor literal : «34. [19.V.18.H.] MARCIANO, *Reglas*, libro V. - Lo que uno hubiere prestado para fábricar, ó comprar, ó armar, ó equipar una nave, ó de otro modo para ella, ó lo que pidiera por haberse vendido la nave, tiene privilegio después del fisco.» V. GARCIA DEL CORRAL, *op.cit.*, T. III, p. 388.

valer su derecho de preferencia sobre los quirografarios y los acreedores ordinarios pero cedía ante los hipotecarios, dotados de un auténtico *ius in re* sobre la nave²¹. Claro es que ello no impedía la estipulación de prenda o hipoteca naval en cuyo caso el acreedor refaccionario se convertía al mismo tiempo en pignoraticio o hipotecario²². Pero aún en este caso prevalecía el criterio de la inversión de fechas para fijar su preferencia, pues no en otro sentido hay que entender el texto de ULPIANO antes citado.

Recapitulando, el Derecho romano permitía, de un lado, asegurar créditos con técnica de derecho real de garantía sobre la nave y , de otro, reconocía un privilegio legal a los créditos nacidos de su adquisición y de su alistamiento. Se encontraba ya

²¹Tal y como explicaba GIOANNIS GIANQUINTO, la hipoteca legal o tácita no era reconocida en Roma a los acreedores refaccionarios, pues aquella sólo era posible cuando era concedida expresamente por una ley especial y no hay ninguna ley en todo el *Corpus Iuris* que establezca semejante hipoteca sobre la nave. Los refaccionarios poseen un privilegio legal y no una hipoteca. Por ello, y en caso de concurso ,sólo pueden ser preferidos a los quirografarios y a cualesquiera otros acreedores ,aunque sean anteriores en el tiempo, con la excepción del fisco y de los hipotecarios ,que se encuentran vinculados a la nave con un derecho real. V. GIOANNIS GIANQUINTO, *op.cit.*, p.267. Del mismo modo, GONZALEZ REVILLA nos dice que el acreedor con privilegio simple se consideraba de grado preferente a los quirografarios, pero quedaba postergado frente a los acreedores por hipoteca legal, especial ó tacita. Consecuentemente la graduación de los acreedores quedaba establecida así: 1°) los acreedores privilegiados con hipoteca especial al nacer el crédito; 2°) los acreedores hipotecarios simples; 3°) los acreedores con simple privilegio sin hipoteca; 4°) los acreedores quirografarios. V. GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, p. 389. También, GIRON TENA, para quien el proceso que atribuye carácter real a ciertos privilegios arranca del Derecho romano, que inicialmente tan sólo reconocía el *ius prelationis*, como atributo de que estaba revestido el privilegio. Sólo una lenta evolución histórica haría nacer el privilegio real *ipso iure*. V. GIRON TENA, *El Naviero: Directrices actuales de su régimen jurídico*, Patronato de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1959, p. 55. En contra, GARCIA I SANZ y FERRER I MALLOL, *op.cit.*, p. 32, quienes sustentan la opinión de que, en Roma, el privilegio del crédito refaccionario sobre la nave equivalía a un hipoteca legal tacita y especial que se anteponeía en rango a los créditos hipotecarios de fecha anterior.

²² Señala GONZALEZ REVILLA que el acreedor tenía que concertar expresamente hipoteca si quería dotar al privilegio de efectos reales, situación que se daba frecuentemente cuando la cantidad prestada para reparar o alistar el buque tenía lugar en el marco de un negocio de *pecunia traiecticia*. V. GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, pp. 48-49.

presente, además, el principio de conservación de la garantía común de los acreedores, tradicionalmente aludido para justificar la peculiar regla *posterior in tempore potior in iure* que, en tantos aspectos y durante tantos siglos, siguió gobernando la gradación de los créditos marítimos privilegiados.

Por el contrario, no hemos podido encontrar privilegio alguno para otros créditos característicos de la navegación, como el derivado de avería gruesa, salvamento o abordaje. Tampoco parece que el Derecho romano privilegiase los créditos laborales, situación que se ha explicado aludiendo a la existencia de esclavos, que habrían hecho innecesario el empleo de mano de obra libre y por cuenta ajena²³.

En cualquier caso conviene insistir en que, a diferencia de lo que ocurre con el privilegio marítimo actual, el privilegio marítimo refaccionario romano no poseía naturaleza real ni era oponible *erga omnes*. Este atributo sólo podía venir de la mano del pacto de prenda o hipoteca, posibilidad que el Derecho ponía a disposición de cualquier acreedor para el aseguramiento de cualquier clase de crédito.

3.-Levante y Poniente en el Derecho marítimo medieval.

A efectos metodológicos y de exposición y según la práctica generalmente seguida por la doctrina, estudiaremos el Derecho marítimo medieval atendiendo a sus dos áreas fundamentales de formación y aplicación, que se corresponden a las dos fachadas marítimas de la Península Ibérica: la mediterránea y la

²³.En este sentido, PEREZ PEREZ, Manuel, Aparición histórica y evolución jurídica de los privilegios del crédito salarial, *Revista de Derecho Privado*, Enero, 1.981, p.3.



cantábrica²⁴.

No emplearemos, en cambio, el criterio cronológico que establece la distinción del período en dos fases temporales: Alta y Baja Edad Media. Ello por una doble razón. De una parte ,no interesa sobremanera a nuestro estudio la primera fase, caracterizada por la vigencia, más o menos intensa, del Derecho bizantino en el mundo cristiano (al que ya nos hemos referido)²⁵ y por el predominio de la cultura y del Derecho islámico en buena parte del Mediterráneo ,cuyas fuentes poseen una importancia relativa para nuestra tradición jurídica y una escasa o nula influencia en la exégesis de nuestra institución. Por otra parte, y ésto es lo más importante, por cuanto ,en realidad, los presupuestos económicos(y con ellos los jurídicos) en que descansa la actividad navegatoria comercial corre sin solución de continuidad a lo largo de todo el período medieval²⁶.

²⁴Levante y Poniente, en expresión recogida por GARCIA SANZ, quien asegura que «Puede hablarse con cierta propiedad de dos tradiciones marítimas medievales, la mediterránea o de Levante y la atlántica o de Poniente, que suponen, también hasta cierto punto , dos concepciones distintas de la cultura naval en general, desde el derecho marítimo y las costumbres náuticas hasta la arquitectura naval». V. GARCÍA SANZ, Arcadio, Estudios sobre los orígenes del Derecho marítimo hispano-mediterráneo, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1.969, V. XXXIX, p. 215. Pero téngase en cuenta que el mismo autor advierte de la relatividad de la distinción cuando se aplica ,precisamente, a los pueblos hispánicos , los que, por sus especiales circunstancias geográficas , estuvieron siempre sometidos a un doble contacto (y en muchos casos a una doble asimilación) de ambas culturas marítimas, mediterránea y atlántica. Ello impide que el estudio histórico de las fuentes del Derecho marítimo medieval pueda reducirse «a una distinción puramente elemental entre Levante y Poniente, ni menos a una como geografía adscriptiva de cada puerto a una sóla y única de aquellas tradiciones.» *Ibíd.*, pp. 216-217

²⁵La flota , la cultura y el Derecho marítimo bizantino (representado básicamente por la *lex pseudo-rodia* constituyeron la primera línea de la presencia cristiana en el Mediterráneo hasta el siglo X ,con bases en Constantinopla, Trebisonda y Antioquia. A partir del siglo X comienzan a tomar el relevo las ciudades occimediterráneas con acusada presencia del Derecho marítimo del ciclo latino. V. GARCÍA SANCHEZ, *Ibíd.*, p.216.

²⁶Al respecto nos explicaba GIRON TENA que ,si bien para la historia de la economía , la Edad Media puede ser analizada distinguiendo entre dos fases: desde la caída del Imperio Romano hasta el siglo XI, y desde el siglo XI hasta el siglo XV, ocurre que a efectos de la navegación marítima, la modalidad típica de actividad comercial transcurre a lo largo de toda la Edad Media

Por lo que hace al Mediterráneo ,la formulación y desarrollo de un importante Derecho marítimo durante éste período va forzosamente ligado a la existencia de un intenso tráfico mercantil entre sus riberas de oriente u occidente, especialmente a partir de los siglos XI y XII, una vez reabiertas las vías de navegación por efecto de las Cruzadas y tras varios siglos de monopolio islámico. En éste resurgimiento resultaría crucial la actividad desempeñada por las repúblicas y ciudades italianas , así como por las del litoral y países catalano-levantinos.

Reflejo de esta nueva proyección del tráfico mercantil en

conforme a los moldes de la empresa viaje, de la cual proviene , sin solución de continuidad, todo el Derecho Marítimo actual. El autor supo describir magistralmente las características técnicas y los presupuestos económicos y jurídicos de la empresa viaje. Según sus investigaciones y desde el punto de vista técnico, la capacidad de los buques era pequeña, de modo que un buque de 200 toneladas se consideraba grande y uno de 400 una excepción; la navegación se realiza por estima , generalizándose el empleo de la brújula en algunas regiones sólo a partir de los siglos XIII y XIV ; el remo constituye el principal sistema de propulsión hasta el siglo XIII, en que se perfecciona el uso del timón, sin que la vela despliegue toda su eficacia hasta que se aprende a navegar ciñendo. A este deficiente cuadro técnico había que añadir la escasa velocidad (unas treinta millas por singladura) y la gran entidad de los peligros del mar, tanto reales como imaginarios, con lo que los viajes no eran muy largos, estando prácticamente vedados los meses de invierno y predominando el cabotaje.

En cuanto a los presupuestos económico-jurídicos, destacaba el repetido autor la inexistencia de un mercado continuo de fletes y de una oferta permanente y especializada de transporte marítimo, discontinuidad que está en la base de la organización ocasional de la navegación para cada viaje como empresa aislada. El buque se insertaba en la aventura marítima según diversas formulas, siendo una de ellas la organización y realización del viaje por un comerciante que es al propio tiempo el dueño del buque, si bien la manera predominante y típicamente histórica de poner en marcha y llevar a cabo la expedición es el condominio, institución que resulta muchas veces imprescindible para poder afrontar las necesidades de capitales que exige tanto la importancia del buque como bien económico (a pesar de su pequeño tamaño) como los enormes riesgos de la navegación.

Desde el punto de vista de los elementos personales, destaca la falta de especialización que hace que, ya desde los momentos iniciales de organización de la expedición marítima y de la construcción del buque, se dé una conmixti3n de actividades, de modo que construcción, comercio y navegación constituyen el objeto único de una empresa que se articula en forma asociativa. Se producía así la presencia a bordo de los mercaderes, que se explicaba además por la ausencia de una red comercial organizada a distancia mediante la existencia de corresponsales o apoderados. En este marco, el viaje marítimo era empresa, ya que suponía el concurso de capital y trabajo con vistas a la obtención de ganancias y con riesgo de pérdidas, pero no era empresa naviera, al no constituir la navegación marítima su exclusiva actividad especulativa. V. GIRON TENA, *La evolución de la estructura y significado económico-jurídicos de la empresa en Derecho Marítimo*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1.958, pp.10-28.

las rutas del mar, de la importancia alcanzada por su desarrollo y del auge social y económico del área, fueron los "Consulados del mar" , en los que se formarían y recogerían , como derecho consuetudinario , los *buenos usos del mar*, ampliamente practicados en el tiempo de las cruzadas²⁷. Sería la compilación de éstos usos del mar, aderezada con variables contingentes de disposiciones locales de naturaleza pública , la que habría de dar lugar a los diversos Estatutos de las ciudades mediterráneas, algunos de los cuales se erigirían como auténticos monumentos legislativos cuya vigencia perduraría durante siglos²⁸.

Como no podría resultar de otro modo, paralelamente al fenómeno de los Estatutos mediterráneos, las ciudades portuarias del Mar del Norte fueron dándose sus correspondientes Estatutos llamados a regular las relaciones de un comercio marítimo que

²⁷Suele ser generalmente admitido el origen predominantemente consuetudinario del Derecho marítimo medieval, otorgándose un papel secundario (pero nunca inexistente) a la influencia del Derecho romano: «En primer lugar hay que registrar como elemento primordial de formación, la costumbre, en este caso los usos de mercaderes , las prácticas mercantiles seguidas por los navegantes del *mare nostrum* desde tiempo inmemorial y transmitidas por tradición a las sucesivas generaciones de hombres de mar. Su raíz última cabría buscarla, sin duda, en antiquísimos usos y costumbres de los navegantes fenicios, griegos y romanos, sólo muy escasamente recogidos en el derecho justiniano, sobre todo a través de contadas referencias a unas supuestas *leges rodias*.» UNIVERSIDAD DE BARCELONA-FACULTAD DE DERECHO, *Apuntes de Historia del Derecho Español*, Barcelona, 1.974, pp. 253-254. Por su parte, BRUNETTI nos dice que «en las Curias de los Consulados del mar, constituidos en las principales ciudades marítimas del Mediterráneo, se formaron y se recogieron , como derecho consuetudinario, los *buenos usos del mar*... Característica de tal período es, precisamente el doble orden de la legislación; la romana, escrita para el derecho civil o terrestre; el derecho consuetudinario para las cosas marítimas». V. BRUNETTI, *op.cit.*, p. 87. En el mismo sentido, GAMECHOGOICOECHEA Y ALEGRIA, Francisco de, *Tratado de Derecho Marítimo Español*, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao, Bilbao, 1.943, p.43.

²⁸V. un comentario y reseña bastante completa del Derecho marítimo estatutario de las más importantes ciudades del Adriático, del Tirreno y de la cuenca occidental del Mediterráneo en ZENO, *op.cit.*, pp.16-54. V. también, BRUNETTI, *op.cit.*, pp.90-100; y PELAEZ, Manuel J., *Tres Estudios de Historia del Derecho Marítimo Catalán en su Proyección Italiana*, Circulo Editor Universo, Barcelona, 1.980, p. 8-10. Sin embargo, V., por todos, la lista contenida en la Tabla Cronológica de la obra de PARDESSUS, *op.cit.*, T. VI., pp. 629-638.

cada vez sería mas floreciente²⁹.

En atención a su común origen consuetudinario , no es de extrañar que muchas de las obras legislativas y doctrinales llevadas a cabo en las mas importantes ciudades marítimas del mundo cristiano de la época, acogieran en su seno las mismas instituciones que ,durante siglos, habían servido para dar respuesta jurídica a las necesidades del comercio marítimo. Es así como muchos de los Estatutos que se ocupan del Derecho privado de la navegación marítima contienen regulaciones de las más clásicas y típicas instituciones, *i.e.*, la avería gruesa³⁰,

²⁹A partir de la tardía Edad media se inicia un desplazamiento del centro de gravedad del tráfico marítimo, desde el Mediterráneo hacia la zona cantábrica y el Mar del Norte, evolución que culminaría con un claro protagonismo de la navegación atlántica por causa del descubrimiento .Acerca de los Estatutos, Capitulares o leyes municipales promulgados en las ciudades del área atlántico-europea y con especial referencia a los *Roles de Oleron* y a las Actas de la Hansa teutónica, puede verse una extensa reseña en DANJON, Daniel, *Tratado de Derecho Marítimo*, Trad. Luis de Aguirre, Madrid, Reus, 1.931, T.I., pp.7-11. También sobre los Estatutos de las ciudades marítimas del norte de Europa occidental, V. BRUNETTI, *op.cit.*, pp.100-102. Y ,como siempre, PARDESSUS, *op.cit.*, T. VI, pp.629-638.

³⁰ Aunque ,como ya sabemos, la avería gruesa es una institución antiquísima, debe, sin embargo su nombre: «avería», a la evolución del instituto durante la Edad media. Son varias las teorías que se han formulado en orden a la etimología de éste nombre, siendo la que goza de más aceptación la de GOLDSCHMIDT, según la cual deriva del árabe «*āwar*» (aquí tenemos un posible ejemplo de la huella dejada en el Derecho marítimo por el paso del Islám), que significa mercancía dañada (GOLDSCHMIDT, *Storia universale* (versión italiana), I, Turín, 1.913, p.82, nota 11, según cita tomada de BRUNETTI.). V. BRUNETTI, *op.cit.*, p.170 y ZENO, *op.cit.*, p.178. Por lo demás, esta fuera de toda duda que la legislación estatutaria medieval se inspira profundamente en la forma greco-romana del instituto. Como notas básicas diferenciadoras se han señalado dos: a) que la obligación de contribuir se extiende en algunos Estatutos y se restringe en otros (al núcleo original constituido por la echazón, se añaden otros supuestos, como la pérdida del ancla o del timón. el corte de palos o el rescate de enemigos o piratas y b): que dicha obligación se halla, en las fuentes mediterráneas, fuertemente vinculada al contrato de origen catalán conocido con el nombre de *agermanement* (convención contenida en el Consulado del mar (capítulos XCVII-CIX, según la cual la contribución no podía llevarse a cabo sin un previo acuerdo). Es precisamente en ésta condición de pacto previo para la realización del acto de la avería común, donde se ha visto un rasgo distintivo entre el régimen mediterráneo y nórdico : «Las fuentes del Norte, reconocen la existencia de la avería común, aparte del caso de echazón, en el corte de palos, en el rescate de enemigos y piratas, pero no apuntan ningún precepto relativo a un previo acuerdo entre los interesados (*Antiguo derecho de Hamburgo* de 1.261; *Derecho de Bremen de Riga*; *Antiguo derecho de Lubeck* de 1.240 (Cap. CLII), de 1299 (art.24); *Derecho de Wisby*, etc.), ni se separan mucho del Derecho Romano en el cual, diversamente de aquellos adriáticos [*sic*], se inspiran los Estatutos mediterráneos. Estos admiten la contribución solamente en el caso de echazón y de gastos provocados

el préstamo marítimo en sus diversas manifestaciones³¹, o el abordaje³². Y cobijados a la sombra de algunas de éstas

por expresa deliberación de la mayoría, de la cual puede prescindir el patrón en el caso de grave e inaplazable necesidad.» V. BRUNETTI, *op.cit.*, p.175 y, en general, sobre la evolución de la avería gruesa en el mediterráneo, ZENO, *op.cit.*, pp.177-193.

³¹El préstamo a cambio marítimo es otro de los contratos que experimenta un largo desarrollo en la práctica mercantil medieval y constituye los cimientos sobre los que se acabaría asentando la institución del seguro. GARCIA I SANZ y FERRER I MALLOL explican que el *foenus nauticum* se pierde en Occidente con la extinción de la civilización romana, razón por la que no pueden encontrarse vestigios del mismo en nuestro Derecho visigodo. Sin embargo, la institución sobreviviría en el Mediterráneo oriental al amparo del Derecho bizantino medieval, del cual pasaría al Derecho estatutario de las ciudades italianas. Así pues la llegada a Venecia, Genova, etc. del *foenus nauticum* no procedía directamente de la Roma clásica, sino, indirectamente, a través de la cultura de Bizancio. La prueba está en que los primeros contratos de préstamo marítimo a la gruesa que se encuentran en los registros notariales del occidente mediterráneo datan del siglo XII. V. GARCIA I SANZ y FERRER I MALLOL, *op.cit.*, pp.33-34. A partir de aquí, la efectiva implantación y desarrollo de la institución no sería fácil. Muy por el contrario hubo de sortear numerosas dificultades planteadas por las nuevas disposiciones canónicas sobre la usura, que prohibían recibir *aliquid ultra sortem*, hasta el punto de tener que buscar refugio al amparo de otras instituciones. Como comenta ZENO, fue la famosa *decretale naviganti* de Gregorio IX, prohibitiva de la usura marítima, la que obligaría al préstamo marítimo a adoptar nuevas formas en la práctica comercial de las ciudades marítimas de la Edad media. Así, primeramente la institución aparece fusionada con el contrato de *comenda*, no sujeto a la interdicción de la usura [i.e. en el *Costitutum Usus pisano* (1.161)]. Más adelante se presentaría bajo la forma de *lettera di cambio*, al exigir el mutuante del mutuatario la entrega de una declaración de deuda por importe superior a la cantidad realmente entregada. V. ZENO, *Ibid.* pp. 159-165. Así las cosas, cobran pleno sentido los problemas que se aprecian en toda tarea dirigida a la cabal identificación y localización del instituto en los Estatutos marítimos. Al respecto nos dice BRUNETTI que «los Estatutos venecianos y dálmatas, hasta el siglo XIII, no se ocupaban del *foenus nauticum*, pero esto no quiere decir que no se practicase y no fuese conocido, testimoniándolo numerosos documentos de la época... Más tarde, el préstamo a cambio *necessario* aparece en Venecia regulado por un decreto del 4 de agosto 1585, en el cual se disponía que solamente a los patronos y a los escribanos era lícito por necesidad, hallándose en viaje tomar a préstamo "o riesgo de la nave"... Escasas indicaciones se encuentran en las *Consuet. di Bari* en los *Ordinam. di Trani* (Cap. XXXI), y en el *Stat. di Ancona* (Cap. XXIII), mientras que la reglamentación abunda más en las fuentes del Mediterráneo, como el *Cost. Usus pisano* (Rubr. XXIV)... donde el préstamo a cambio se confunde frecuentemente con la *commenda*; en la *Tav. Amalphitana* (Cap. VII, XVII); en el *Estatuto de Marsella* de 1253 (Cap. X); y en las *Ordenanzas de Aragón* del 1340 (Cap. XXIV), y de *Barcelona* del 1435 (Cap. II y III)... En cuanto al *Consulado del Mar*, es muy dudoso que se ocupara del verdadero y genuino *foenus nauticum*.» V. BRUNETTI, *op.cit.*, pp. 188-189. En anotación a esta postura, GAY DE MONTELLA entiende que el *foenus nauticum* puede ser identificado en las disposiciones contenidas en los Capítulos CIV y CVI del *Consulado del Mar*. V. *Ibid.*, p. 189, nota (3). Sea como fuere, el préstamo a la gruesa, tal y como llegó hasta los Códigos, no se dibujó claramente hasta la *Ordonnance* de 1.681.

³²El abordaje ya había sido objeto de regulación en el Derecho romano, en el que la responsabilidad derivada del choque de naves quedaba sometida al principio subjetivo de la culpa de la *lex Aquiliae* (Leg. 29, § 2, Dig. *ad leg. Aquiliam*, IX, 2). Siendo culposo el abordaje, la responsabilidad de la nave culpable era plena e incondicional. Posteriormente, mientras algunos Estatutos guardan silencio acerca del abordaje, lo que es clara señal de que el mismo

instituciones y de otras nuevas que aparecen ya con pujanza, es precisamente donde podemos hallar situaciones de reforzamiento y protección de los respectivos créditos con la especial sujeción de la nave.

Así, en primer lugar, parece fuera de toda duda que las garantías reales contractuales sobre la nave continuaron siendo practicadas durante todo el período medieval y de acuerdo con los patrones del Derecho romano. Este fué el caso, sobre todo, de los préstamos marítimos de todas clases y, en particular, del realizado a la gruesa, para cuya garantía se solía estipular la hipoteca del flete y de la nave con todos sus aparejos y jarcias³³.

Asimismo pueden hallarse numerosas créditos revestidos de

se regía por el Derecho común, otros lo contemplan con los mismos criterios que en el Derecho romano. Como nos dice BRUNETTI, ni los Estatutos venecianos, ni los dálmatas, ni los de los puertos del Tírreno, aluden a limitaciones objetivas (existe una excepción en el *Statuto de Ancona* de 1.397, que permite al noxero limitar su responsabilidad derivada de daños ocasionados por choque de una nave que se hallaba defectuosamente amarrada-Caps. XIX y LIX). Tampoco se encuentran menciones de limitación de la responsabilidad de los propietarios por abordaje causado por sus naves en los más antiguos Estatutos de las ciudades marítimas del norte y de occidente. Sería en Alemania, en el siglo XIV, donde nacería el principio de la limitación real de la responsabilidad, el cual sería especialmente aplicado al supuesto de limitación de los propietarios del buque resultante de abordaje causado por culpa del capitán o patrón. De esta limitación real de la responsabilidad pueden verse muestras en algunos Estatutos, i.e., en el *Derecho Marítimo de Hamburgo* del 1.306; en el *Código de Hamburgo* de 1.497; o, ya en la época moderna, en el *Recées Hanseático* de 1.614. V. BRUNETTI, *op.cit.*, pp.79-82 y ZENO, *op.cit.*, pp.193-200.

³³ La nave era la garantía natural que ofrecía el deudor-propietario para asegurar la devolución de los préstamos que recibía, bien fuesen ajenos a la expedición marítima, bien fuesen marítimos simples o en su modalidad a cambio o a la gruesa. Claro es que también podía prestarse sobre las mercancías, siendo entonces estas las que quedaban afectadas. Además, hay que tener en cuenta que la sujeción especial y real de la nave no agotaba la responsabilidad del deudor. Este respondía ilimitadamente con todo su patrimonio, i.e., coexistía la responsabilidad personal general con la responsabilidad expresa, especial y real de la nave. La hipoteca naval era la técnica corriente de afectación y se pactaba con una amplia extensión objetiva, comprendiendo todos los elementos, jarcias, aparatos y aparejos de la embarcación, además del flete del viaje (a veces se incluían los fletes de varios viajes sucesivos). En cambio, quedaban excluidas de la garantía las indemnizaciones del seguro en caso de siniestro. V. sobre esta materia en general y, en particular, un modelo de fórmula empleada para la constitución de la hipoteca en GARCIA I SANZ y FERRER I MALLOL, *op.cit.*, pp.83-85.

preferencia privilegiaria, según veremos inmediatamente. Más advertimos ya que la búsqueda de una clasificación sistemática, completa y coherente de dichos créditos es una tarea que no se verá coronada por el éxito cuando el objeto de la investigación es el Derecho marítimo estatutario medieval, sea mediterráneo o atlántico.

Sólo la particularizada indagación en cada una de las instituciones típicas del Derecho marítimo permite deducir la medida en que determinados créditos recibían un tratamiento privilegiado, siquiera fuere en el estricto ámbito de la facultad de preferencia frente a otros acreedores en el reparto del producto de la venta de la nave³⁴. Conviene pues detenerse en el análisis de los textos más representativos.

4.-Ordenanzas y Estatutos mediterráneos.

Hay quien ha visto ya en las *Assises* de Jerusalem³⁵ alguna

³⁴ Lamentablemente, y como ya hiciera notar PELAEZ, si bien el estudio histórico de las fuentes del Derecho Marítimo cuenta con una producción científica relativamente abundante, no puede decirse lo mismo de las diversas instituciones, cuyo completo análisis retrospectivo está aún por realizar. V. PELAEZ, *op.cit.*, p. 10. El problema se agrava cuando las fuentes disponibles recogen tan sólo a retazos y exiguamente la institución en cuestión, cual es el caso de la que es objeto de nuestra investigación. Esta relativa pobreza que cabe apreciar en el Derecho marítimo medieval en materia de privilegios marítimos se pone de manifiesto con la consulta de la obra de PARDESSUS, en cuya "Tabla Alfabética de Materias", la voz *Privilégés sur les navieres ou sur les marchandises*, únicamente reenvía al Derecho Romano, al Consulado del Mar y a sus Ordenanzas Judiciarias, a Malta (privilegio sobre la carga) y a Olonne, en paladino contraste con la profusa referencia de fuentes que aparece bajo las voces correspondientes a las instituciones "clásicas" del Derecho Marítimo (abordaje, fletamento, seguro, buques, naufragio, patrón, avería gruesa, etc.). V. PARDESSUS, *op.cit.*, T.VI, p.665.

³⁵ Jerusalén fué conquistado por los cristianos (primera cruzada) en el año 1.099, creándose en el año 1.100 el "Reino Latino de Jerusalén". Los cruzados tenían necesidad de una flota para su continua comunicación y aprovisionamiento con occidente. De esta actividad surgió la correspondiente necesidad de regulación jurídica. El *Livre des Assises et des usages du Royaume de Jérusalem, de la COURT DES BOURGOIS* (cuya aparición se cifra hacia mediados del siglo XIII) contiene una recopilación de las normas de Derecho marítimo aplicadas por la *Cours des Bourgeois* desde finales del siglo XII para resolver los conflictos de los Franks surgidos con ocasión de la navegación marítima. Estas normas parecen inspirarse en el Derecho romano, habiéndolas vinculado

manifestación de créditos realizables frente al buque, como es el caso de la liquidación del crédito de los cargadores dimanante de avería gruesa³⁶. Por su parte, la *Breve Curiae Maris*, contemplaba el embargo de la nave por sus acreedores, mientras que las *Decisiones Rotae Genuae* otorgan a la tripulación un privilegio sobre la nave para el cobro de sus salarios, con independencia de que aquella fuere o no explotada por su propietario³⁷.

En cuanto al préstamo marítimo, algunos Estatutos perfilan ya una garantía real del prestamista sobre el buque, que ha sido interpretada como un primer paso hacia la configuración real *ope legis* del negocio. Así, el *Statute de Marseille* de 1255 ; la *Ordinance de Trani* y un *Statute di Messina* del siglo XIII³⁸.

algunos historiadores a los *Roles de Oleron*, no sólo por el lenguaje empleado por ambas fuentes; el vernáculo, sino por el hecho de que acompañasen a Ricardo Corazón de León en la primera cruzada numerosos comerciantes y gente de mar procedente del sudoeste de Francia.V., en general, acerca de la influencia de las cruzadas en el Derecho Marítimo: RODIERE, René, *Traité General de Droit Maritime*, Dalloz, 1.986, Introducción-L'armement, pp.18-20; También PARDESSUS, *op.cit.*, T.I, pp.261-274. Sobre la pretendida influencia de los *Roles de Oleron*, TETLEY, *op.cit.*, p.11.

³⁶ En el Capítulo XLII se prevé el reparto proporcional del valor que tuviesen las mercancías arrojadas para la seguridad común , por cada cien besantes (*par chaue cent de besants*) de las propiedades salvadas.V.éste texto en PARDESSUS, *op.cit.*, T.I., p.278. No sin cierta imaginación , TETLEY a visto en ésta disposición un claro antecedente del crédito privilegiado del cargador contra el naviero por avería gruesa. V. TETLEY, *op.cit.*, pp. 11-12.

³⁷ La *Breve Curiae Maris* es una colección especial de normas de Derecho marítimo, compuesta de 130 capítulos escritos en latín , que fue adoptada por la Curia del mar de Pisa y cuyo origen se cifra en el siglo XIII. El capítulo denominado *de sequestrationibus et stasinis rerum mobilium* prevé el embargo de la nave como un bien mueble más. V. ZENO, *op.cit.*, pp.39,98 y 104.

³⁸El Libro Tercero , Cap.V. del Estatuto de Marsella (1.253 a 1.255): «*de pignore dato in navibus pro aliqua pecunia*», considera la prenda de un mutuo hecho al objeto *quod eat in viagio ad fortunam creditoris*. V.el texto en PARDESSUS, *op.cit.*, T.IV, p.265. En conexión con ésta fuente, apunta BRUNETTI el cambio cualitativo en el sistema de garantía del préstamo marítimo que se produce en la Edad media respecto al Derecho romano, en el que los elementos de Derecho real sólo se hallaban presentes si mediaba pacto expreso al efecto. Estas son algunas de sus palabras : «El vínculo real es aquello que dá la fisonomía moderna al contrato; la garantía por la suma condicionada al salvo arribo de la nave, se concreta sobre ésta, como se concretaría sobre el casco; el préstamo se convierte en *Bodmería* (de Boden = fondo), o sea sobre el casco

Por su parte, la *Tabula Amalphitana* sigue el modelo romano al privilegiar con preferencia los créditos refaccionarios. En particular se refiere al crédito de los artesanos que intervienen en la construcción de un navio, bien aportando su trabajo como constructores, o bien suministrando madera, pez, estopa, clavos o cordajes, crédito que será preferido siempre que su existencia conste y pueda ser probada por escrito. Asimismo se privilegia al prestamista del dinero necesario para la construcción de la nave. Estos créditos deberán ser pagados en primer lugar con el producto de la venta del navío, concurriendo proporcionalmente entre si en el supuesto de que el precio obtenido no baste para satisfacer completamente a todos ellos³⁹.

5.-Los créditos privilegiados en el Consulado del Mar.

Sin embargo, es el *Llibre del Consolat de Mar* el cuerpo legislativo que mejor sirve para ilustrarnos acerca de los distintos supuestos en que la nave quedaba constituida como

de la nave, o en *contrat a la grosse*, o, en definitiva, en préstamo a cambio marítimo. En otras palabras el prestamista asume el riesgo de la nave y del cargamento; basta que la nave se salve, para que se salve la prenda que debe responder de la suma prestada; la obligación se convierte así *ad fortunam maris atque pignoris* y la prenda *ad fortunam creditoris*.» V. BRUNETTI, *op.cit.*, p. 191. Las referencias a la *Ordonnance de Trani* y al *Statute di Messina* están tomadas del mismo autor. Id. Sin embargo no hemos podido encontrar ninguna alusión al préstamo marítimo y a su garantía real en el texto de la *Ordonnance de Trani* recogido por PARDESSUS con datación del año 1.063. Cfr. PARDESSUS, *op.cit.*, T.V, pp.237-247.

³⁹ Hemos tomado la versión francesa de la *Tabula* publicada por SENIGALLIA. El artículo 61 dice así. «*En cas de vente du navire à la requête d'un créancier, avant le lancement du navire, privilège égal sur le prix de vente appartiendra aux constructeurs, aux fournisseurs de bois, de poix, d'étoupe, de clous et de cordages ainsi qu'au prêteur de l'argent nécessaire pour la construction. Et si l'argent récupéré n'est pas suffisant, ils doivent être payés au marc le franc, sans tenir compte de leur priorité dans le temps*». Por su parte, el artículo 62 complementa al anterior : «*Si les artisans n'ont pas de preuve écrite de leur créance par leurs journées du travail ou pour la fourniture de bois, de poix, étoupe et clous, ils n'ont aucun privilège vis-à-vis des créanciers sur le navire...*». V. SENIGALLIA, Leone Adolfo, *La Table d'Amalfi (Tabula de Amalphi)*, RDMC, T.32, 1935, pp. 39-53.

objeto de especial garantía en los negocios propios del tráfico marítimo medieval del Mediterráneo⁴⁰.

a).-Los créditos marítimos salariales y refaccionarios y las reglas básicas de prelación.

Así, en primer lugar, el Libro del Consulado se sitúa en la fase inicial de la aventura marítima y, siguiendo la pauta romana, probablemente a través de la *Tabula*, regula la preferencia en caso de ejecución de una nave de nueva construcción. Para tal supuesto prevé que, si a instancia de acreedores se vende una nave recién construida y que no haya efectuado ningún viaje, han de tener preferencia, concurriendo entre ellos a prorrata, los operarios empleados en su construcción así como los suministradores que hayan proporcionado materiales para su

⁴⁰Tal y como tantas veces se ha dicho, el Libro del Consulado del Mar supone la cristalización definitiva del Derecho marítimo común del Mediterráneo tras una prolongada y difusa tarea de recopilación, primero de las *Costums de Mar*, hacia la década de 1.260-1.270 y por obra de prácticos y expertos de mar de Barcelona, y luego de las glosas, adiciones e interpretaciones de su articulado unidas al resultado de la actividad jurisprudencial de los "Consulados" que salpicaban el Mediterráneo. Aunque se ha discutido mucho acerca de su exacto origen, autoría y momento de aparición, suele considerarse hoy día opinión común el que su redacción fue llevada a cabo alrededor de 1.370, en idioma catalán, seguramente por un escribano o secretario del Consulado de Barcelona. Es ya un tópico hablar de la importancia y de la influencia que ejerció este cuerpo jurídico en todo el Derecho marítimo posterior. Baste ahora recordar como no tardaría en difundirse por todo el Mediterráneo, gozando de general aceptación como norma reguladora del tráfico marítimo y constituyéndose en código de aplicación por todos los tribunales de mar de los diversos países ribereños. Por lo que se refiere a España, o más precisamente a Cataluña, prolongo el Libro del Consulado del Mar su vigencia nada menos que hasta la promulgación del Código de Sainz de Andino. (El artículo 43 del Decreto de Nueva Planta, dictado por Felipe V el 16 de enero de 1.716, dejó en vigor el Consulado del Mar de Barcelona y, con él, el *Llibre del Consolat de Mar*). Consecuentemente mantuvo su vigencia, junto con otras Ordenanzas - como la de Bilbao - hasta que el Código de 1.829 produciría la derogación de todas las Ordenanzas de los Consulados mercantiles de España. V. UNIVERSIDAD DE BARCELONA-FACULTAD DE DERECHO, *op.cit.*, pp.256-259; 315-316 y 357-358. Para una rápida reseña de algunas ediciones del *Llibre* en España, V. PELAEZ, *op.cit.* p.7. Un detenido y riguroso estudio sobre las fuentes antecedentes y sobre el origen del *Llibre* en GARCIA SANZ, *Estudios...cit., passim*. V., asimismo, la bella descripción de las virtudes de la obra a cargo de MONFORT BELENGUER: *En torno al Llibre del Consolat de Mar*, ASDM (Instituto Francisco de Vitoria-CSIC), V.VIII, 1954-1957, pp. 47-53.

realización⁴¹.

Especial interés reviste el crédito salarial de los marineros en la medida en que la especial protección que recibe en caso de venta de la nave es probablemente la primera noticia de privilegio marítimo laboral que conocemos en nuestro Derecho histórico⁴².

El privilegio marítimo salarial aparece recogido tanto en

⁴¹ Esta preferencia viene en realidad regulada en la parte procesal u "Ordenanza Judicial" del *Llibre*. En el Capítulo XXXII y bajo el título de «Quién es primero en derecho si una embarcación nueva es objeto de ejecución», se puede leer : «Si a instancia de acreedores se vende una nave, un leño o alguna otra embarcación recién construida, antes de que se bote o de que salga del astillero y haya efectuado un viaje, tienen derecho preferente a su precio los operarios y aquellos a quienes se deba algo por madera, pez, clavazón, estopa y demás pertechos de la nave comprados para uso de la misma, dispongan o no de documentos, antes que cualquier otro acreedor del que la haya mandado construir o prestamista para su construcción, aunque tenga documentos probatorios de la deuda.». Como complemento a esta disposición, el Capítulo XXXIII («Si el precio no basta a los mencionados acreedores») viene a descartar la regla *prior in tempore* a favor de la de la proporcionalidad : «Si el precio obtenido de la nave no basta a cubrir lo que se debe a los operarios y a aquellos que entregaron madera, pez, clavos, estopa y demás materiales para su construcción, debe repartirse entre estos acreedores en partes proporcionales, pues todos tienen igual derecho a él y entre tales acreedores no se puede plantear ni alegar la prioridad en el tiempo.». Textos tomados de la versión castellana del *Llibre* publicada por la Dirección General de Relaciones Culturales del MAEX: *Libro del Consulado del Mar*, Trad. PARELLADA, Juan Ramón, Madrid, MCMLV, pp. 6-7. Un claro antecedente de este privilegio se encuentra, sin duda, en el Capítulo XX de los "Capítulos del Rey Don Pedro sobre cuestiones marítimas" (1.340), en el cual podemos leer: «Cuando alguien manda construir nave o leño o barca, o cualquier otro navío en la playa de Barcelona, y compra madera, estopa, clavazón, lona, anclas y otros materiales y jarcias necesarios, destinados a su construcción, por los cuales deba dinero a quienes se los vendieron; o cuando aquel patrón o intermediario tiene contraída deuda, por razón de sus jornales, con los operarios que han trabajado en la construcción del navío, si el que emprendió la obra muere o se ausenta mientras ésta se está realizando, sin que la nave quede en condiciones de poder navegar, de manera que se tome la decisión de venderla, aquellos a quienes se adeude alguna cantidad en concepto de jornales o por madera, clavos, estopa, lona, anclas y otros materiales adquiridos con destino a ella, son primeros en tiempo y mejor en derecho, respecto del precio que se obtenga de su venta, en el conjunto de los partícipes y en cuanto a lo que unos y otros hayan anticipado. De manera que ni la esposa ni acreedor alguno del que emprendió la construcción puede resultar primero en tiempo ni mejor en derecho que aquellos a quienes se deba algo por tales razones, hasta que, sin obstáculo ni embargo por aparte de ellos, la nave se haya hecho a la vela, en el punto donde se construyó.» *Libro...cit.*, p.127.

⁴² Refiriéndose a la importancia de las normas contenidas en el Libro del Consulado del Mar, nos dice PEREZ PEREZ que la misma : «estriba en ser el antecedente histórico más remoto de una técnica, como el privilegio, que se conoce en nuestro país en orden a la protección del crédito salarial frente a otros posibles créditos que tenga pendientes el empleador.» V. PEREZ PEREZ, *op.cit.*, p.6.

la parte procesal como en la de las buenas costumbres del mar.

Así, por lo que se refiere a la Ordenanza Judicial resultante de particular interés el Capítulo XXXIV, que ,con el título "Quién es primero en derecho si la nave se vende después de haber cumplido algún viaje", establece una preferencia absoluta del crédito por salarios del personal y de los marineros. ⁴³

Por su parte, los Capítulos CXXXVIII a CXXXIX (correspondientes a la parte de las "buenas costumbres") regulan el modo en que se debe pagar a los marineros, imponiendo al patrón la obligación de pago con cargo a los fletes que reciba y en el lugar donde cobre éstos, a no mediar pacto de pago al regreso del lugar de inicio del viaje. Esta obligación no desaparece si los fletes no pudiesen ser cobrados por el patrón o, si cobrados, fueren insuficientes, ya que en tal caso, deberá aquel solicitar un préstamo y ,si no pudiese obtenerlo, habrá de vender la nave (incluso malvenderla por el sólo valor de los

⁴³El texto es el siguiente: «Si la nave se vende a instancia de acreedores después de haber realizado algún viaje, del precio obtenido han de pagarse en primer lugar los salarios debidos al personal y a los marineros, y ello sin fianza de restitución, ya que no hay nadie, respecto de aquel precio, primero en el tiempo ni mejor en derecho que ellos...» V. *Libro...cit.*, p.7. Sin embargo, hay que tener en cuenta que ésta preferencia puede verse mitigada por el «mejor derecho» que el Capítulo XXXV reconoce al crédito de la mujer del patrón por dote y esponsalicio, reconocido en sentencia firme, sobre la parte de la nave perteneciente a su marido , siempre que éste careciese de otros bienes para hacerlo efectivo: «CAPITULO XXXV CÓMO LA ESPOSA DEL PATRÓN ES PRIMERA EN EL TIEMPO Y MEJOR EN DERECHO. Cuando el patrón de la nave tiene esposa y por alguna justa causa ésta ha obtenido sentencia contra los bienes de aquél por su dote y esponsalicio, y el marido no dispone de otros bienes con que reintegrarle lo que le corresponda, si después de proceder a la excusión sobre los bienes, reclama la esposa el precio que se haya obtenido de la nave y demuestra por la fecha de la escritura dotal ser anterior en el tiempo, respecto de los bienes de su marido, a los demás acreedores de ella, en este caso es la esposa primera en el tiempo y mejor en derecho, en cuanto a la participación que su marido tiene en la nave, que los demás acreedores de éste.»*Id.* Obsérvese que el precepto en cuestión únicamente exige dos requisitos para que la preferencia de la mujer del patrón opere contra la parte que su marido tiene en la nave: reconocimiento de su crédito por sentencia y carencia de otros bienes del deudor. Aunque no se usa el término de "hipoteca legal", GONZALEZ REVILLA ha visto en éste precepto una prueba de que la hipoteca naval era practicada en Cataluña de la Edad media.V. GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, p. 49.

salarios) para satisfacer el crédito de los marineros, quienes tienen derecho a cobrar: «aún cuando no hubiera sino un clavo con que poder pagarles», sin que: «nadie, ni prestamista ni otro, pueda reclamar ni oponerse a ello por ninguna razón»⁴⁴.

Tenemos aquí una clara afectación directa del flete y subsidiaria de la nave, de modo que ambos elementos quedan sujetos a la satisfacción de los créditos marítimos laborales con

⁴⁴El último párrafo de éste precepto, que se refiere a la inversión por el patrón de los salarios de los marineros en una nueva aventura, ha sido interpretado por algún autor en el sentido de que el privilegio marítimo salarial prescribe una vez terminado el viaje, a no ser que el dinero de los salarios hubiera sido tomado de nuevo por el patrón en préstamo.V. PEREZ PEREZ, *op.cit.*,p.6. El tenor literal del Capítulo CXXXVIII es el siguiente: «CÓMO SE DEBE PAGAR EL SALARIO DE LOS MARINEROS. Está también obligado el patrón a pagar, con los fletes que perciba, el salario de los marineros. Si no le bastan debe pedir un préstamo. Y si no puede obtenerlo, venda la nave y pague a los marineros antes que a un prestamista ni a cualquier otro. Pues es necesario pagar al marinero aún cuando no hubiera sino un clavo con que poder pagarle; siempre ,no obstante, que la nave no haya quedado varada después de iniciado el viaje. Y si con su consentimiento el patrón tomó prestados a los marineros sus salarios en algún viaje con intención de que se aumentaran con intereses, y, emprendido otro viaje, la nave se perdiera, con lo que se salve de ella deben pagarse los salarios correspondientes al primer viaje, dejando aparte los intereses, y si no se salva más que un clavo sea para pagar a los marineros. Y nadie, ni el prestamista ni otro, puede oponerse a que los marineros deban cobrar, si algo queda con que pagarles.» *Libro...cit.*,p.34. Por su parte el Capítulo CXXXIX dice así: «DÓNDE,CÓMO Y DE QUÉ DINERO HAN DE COBRAR LOS MARINEROS. Todo patrón está obligado a pagar el salario a los marineros donde cobre los fletes, según se ha dicho ya en el capítulo anterior, pero en el supuesto de que no exista un pacto entre los marineros y el patrón, por el cual éste no quede obligado a pagarles hasta que hayan regresado al lugar donde iniciaron y emprendieron el viaje; y si media este pacto entre ellos, no pueden ni deben los marineros pedir sus salarios hasta que hayan vuelto al lugar donde concertaron el convenio con el patrón, a menos que éste quiera hacerles gracia de ello. Pero el patrón debe pagar a los marineros tan pronto como hayan regresado al lugar donde ajustaron el pacto, y debe hacerlo sin demora ni objeción. Y si alguno de aquellos marineros soportó perjuicio o pérdida por no haber cobrado su salario, el patrón ha de responder de todos los daños que sufra por no habérselo querido pagar.Pero si entre el patrón y los marineros no hay pacto ni plazo alguno convenido ,debe el patrón pagarles los salarios que hayan ajustado, tan pronto como cobre los fletes y con el mismo dinero que reciba de los mercaderes. Y si éstos son gentes de mala fe, o las mercancías que han traído no alcanzan al valor de los fletes que han de dar al patrón y las dejan a cuenta de ellos, válganlos o no, es necesario que los marineros cobren cuanto se les debe, aun cuando tenga que venderse la nave y cederse por la misma cantidad que tienen que percibir en pago de sus salarios; y nadie, ni prestamista ni otro, puede reclamar ni oponerse a ello por ninguna razón. Pues menester es que los marineros obtengan sus salarios en el lugar mismo donde el patrón prometió pagárselos, a menos que quieran hacerle la gracia de esperar hasta que se halle en lugar donde pueda encontrar ayuda de dinero, de que puedan ellos cobrar. Se hizo este capítulo para que todo patrón mire y advierta,cuando haga un contrato de fletes, cómo, con quien y qué géneros contrata, pues, cobre o no los fletes, es preciso que los marineros perciban sus salarios.»*Id.*

preferencia absoluta sobre cualquier otro acreedor⁴⁵.

Mas difícil resulta determinar si el privilegio sobre la nave que establecen las referidas disposiciones posee o no naturaleza real, es decir, si conlleva una facultad de persecución oponible *erga omnes*, incluso frente a tercer adquirente de buena fe. La cuestión debe, a nuestro juicio, resolverse en sentido negativo. No hay razón para suponer transformada la configuración de simple *privilegiae exigendi* que caracterizaba a los créditos refaccionarios en Roma. Al menos no cuando, como es el caso, no es posible encontrar una sola disposición que expresa o implícitamente establezca semejante "realidad". Al contrario, parece que el Capítulo CXL, interpretado a *contrario sensu*, permite mantener que el marinero puede perder su salario cuando la enajenación de la nave priva al patrón de la posibilidad de disponer y explotar la misma⁴⁶.

No ha faltado, sin embargo quien se ha pronunciado a favor

⁴⁵ EL CAPITULO CCXXVIII DE LA NAVE QUE SE PIERDA EN TIERRA DE SARRACENOS, se refiere también con claridad a la sujeción de los fletes para el pago de los salarios: «El patrón que se encuentre o navegue en país de sarracenos y a quien le ocurra la desgracia de perder su nave por temporal o por ataque de leños armados enemigos, una vez perdida por tales razones, no queda obligado a pagar nada a los marineros, a no ser que la pierda en el lugar donde debía percibir todos los fletes; pues si los ha cobrado, tiene que pagar por entero los salarios de los marineros...no obstante, si el patrón debe a los marineros los salarios de otros viajes anteriores, tiene la obligación de pagarlos tal como se contiene en el capítulo sobredicho.» *Ibíd.*, p.59.

⁴⁶El primer párrafo del Capítulo en cuestión regula el supuesto de la venta ficticia o subrepticia que hace el patrón de la nave embargada a un tercero connivente a fin de evitar la acción de la justicia, pero reteniendo en realidad sus facultades de disposición y de uso sobre aquella. En tal caso, se dice que el marinero no ha de perder su salario ya que el patrón no puede despedir al marinero si no le paga: «DEL SALARIO DE LOS MARINEROS EN CASO DE QUE LA NAVE SE VENDI SUBREPTICIAMENTE. A otras cosa está obligado el patrón: si está embargada la nave por la justicia o por algún particular, y los mercaderes y el mismo patrón la mandan vender subrepticamente, y la retienen a su servicio haciendo que otro la compre para que la justicia no lo sepa, o por otro motivo, en tal caso el marinero no ha de perder su salario mientras el patrón siga disponiendo de la nave y de la posibilidad de transportar géneros en ella, o de fletarla; ya que no puede despedir al marinero si no le paga.» *Ibíd.*, p. 34.

de una afectación real de la nave, con todas sus consecuencias⁴⁷.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el Capítulo XXXIV no se limita a establecer una preferencia de primerísimo orden para los salarios de los marineros en relación con la venta del buque que ya ha cumplido algún viaje. Por el contrario, dicho precepto tiene un alcance más general puesto que regula el sistema general de preferencias en relación con los buques que ya hubieren rendido viaje.

En efecto, tras fijar el privilegio de los marineros dispone que «Vienen después los prestamistas acreedores de la nave», cuyo orden interno queda determinado según la regla *prior in tempore*, acreditándose la respectiva antigüedad con el correspondiente documento de préstamo. Nos encontramos aquí una cláusula general capaz de abarcar todos aquellos casos en que un prestamista deviene acreedor de la nave por haber prestado su dinero para atender a las necesidades de la expedición marítima.

Además, el mismo precepto contempla el caso de los jornaleros y suministradores que habiendo intervenido en la construcción de la nave, la hubieren dejado marchar a viaje sin haber ejercido su facultad de embargo y cobro preferente, de conformidad con las previsiones contenidas en el Capítulo XXXII. En tal situación, los citados acreedores conservan privilegio únicamente si poseen documento demostrativo de su crédito.

⁴⁷Así, GAMECHOGOICOEHEA, *op.cit.*, T.I., p.90. Con carácter más general nos dice GIRON TENA que las expresiones de personificación del buque contenidas en el Consulado del Mar no son siempre, en aquella época, simplemente metafóricas y vienen a significar la responsabilidad real o, como mínimo, la afectación real del buque. V. GIRON TENA, *El naviero...cit.*, p.59. Sin embargo, no hemos encontrado mención alguna a la personificación de la nave en los capítulos del Consulado del Mar que, como ejemplos, cita dicho autor, i.e.: 13; 27 y 51. En efecto, el 13 se refiere al juicio de apelación, el 27 se ocupa de la obligación de pago de flete y el 51 del aumento de cabida de la nave en construcción.

A falta de prueba documental no tendrán «prerrogativa, prioridad en el tiempo ni ventaja en derecho respecto de los demás acreedores prestamistas de la nave que dispongan de documentos o escrituras»⁴⁸.

En resumen, el sistema de preferencias instaurado por el *Llibre* descansa fundamentalmente en la distinción entre nave que no ha salido a la mar y buque que ya ha navegado. En el primer caso corresponde el primer lugar a los trabajadores y suministradores en la construcción, que concurren a prorrata. Pero si éstos dejan salir al buque sin ejercitar sus derechos verán su crédito preterido en todo caso por el de los marineros, pues éstos hicieron posible el viaje. A partir de la salida y con la excepción del crédito de los marineros, la preferencia viene determinada por la constancia documental del crédito, de tal modo que los acreedores por construcción serán preferentes respecto de los prestamistas quirografarios "de navegación", únicamente si su préstamo aparece reflejado en escritura. Por su parte los quirografarios de navegación (generalmente prestamistas) ven regulada su preferencia de acuerdo con la regla *prior in tempore*⁴⁹.

⁴⁸El texto completo de los párrafos segundo y tercero del Capítulo XXXII es el siguiente : «Vienen después los prestamistas acreedores de la nave, esto es, aquel que por la fecha del documento del préstamo demuestre haber sido el primero en prestar; y luego los demás por orden de prioridad, dando todos fianza de restitución o llenando la formalidad del pregón de XXX días más arriba inserto, si juran no tenerla. En tal caso, es decir, después de haber hecho la nave algún viaje, si se debe algo a los operarios por madera, clavazón, pez, estopa o pertrechos de ella , y estos acreedores no tienen documento alguno demostrativo de su crédito , no se les reconoce prerrogativa, prioridad en el tiempo ni ventaja en derecho respecto de los demás acreedores prestamistas de la nave que dispongan de documentos o escrituras.» *Libro...cit.*, p.7.

⁴⁹Según han puesto de manifiesto GARCIA I SANZ y FERRER I MALLOL, el Capítulo XXXIV del *Llibre* establecía la prelación cronológica de los préstamos marítimos según la regla *prior in tempore, potior iure* pero las Ordenanzas barcelonesas de 21 de noviembre de 1435, en su capítulo II, modificaron ese

El resultado es que, cuando el buque ha navegado, sólo existe un privilegio incondicionado: el de los marineros, pues la existencia de los demás está subordinada al cumplimiento del requisito formal escriturario⁵⁰.

b).-Otros créditos marítimos con garantía naval.

Con todo, no son los Capítulos hasta ahora comentados los únicos del *Libro* que contemplan la venta judicial de la nave para la satisfacción de determinados créditos. A continuación nos ocupamos de diversos supuestos cuyo estudio arroja alguna luz acerca del verdadero significado de los privilegios marítimos en la época medieval.

Así, tenemos ,en primer lugar, el crédito de mercaderes dimanante de daños producidos a sus mercancías embarcadas por razón de mala estiba, o innavegabilidad de la nave . Se trata, en suma, de diversos supuestos de responsabilidad derivada del negligente cumplimiento del deber de custodia de la carga

estado de Derecho disponiendo la distribución a prorrata(a sou i a lliura) para los préstamos marítimos concedidos a un mismo buque y para un mismo viaje. Como estas Ordenanzas no dispusieron nada acerca de los préstamos de viajes anteriores hay que deducir que el orden prelativo de estos seguía siendo el de la antigüedad. De este modo , los préstamos a cambio marítimo para un mismo viaje concurrían proporcionalmente entre si pero eran preferentes a los del siguiente viaje. Se daba así una situación inversa a la existente en el Derecho romano para los créditos refaccionarios, que resultaba además modalizada por la separación entre viajes. Por el contrario,el criterio clásico romano se impuso sin limitaciones en "poniente" para regular la prioridad tanto de los créditos para la construcción y reparación como de los nacidos del armamento y expedición de las naves.V. GARCIA I SANZ y FERRER I MALLOL, *op.cit.*, pp.117-118.

⁵⁰ El *Libro* trata así de impeler a los trabajadores y suministradores de la construcción de la nave para que pidan la realización de su crédito antes que aquella se haga a la mar y pueda dar lugar a nuevas responsabilidades. En palabras de PEREZ PEREZ, «a partir del momento en que el bajel comienza a navegar se ha de entender que prescribe ,no el crédito, sino el privilegio de los operarios jornaleros dedicados a la construcción (y el de los suministradores, añadimos nosotros);o dicho de otra forma, a partir de ese momento, no es la causa del crédito, el trabajo realizado, el origen de que se privilegie aquél, sino la forma, la constancia en escritura, el motivo de su persistencia.» PEREZ PEREZ, *op.cit.*, pp. 5-6.

transportada. En todos ellos responde, principal e ilimitadamente, el patrón y , subsidiariamente si su caudal no alcanza, la nave ,que deberá ser vendida para satisfacer el crédito con cargo al precio obtenido y con preferencia a otros acreedores, con excepción del crédito de los marineros , pues éstos nunca pueden perder su salario⁵¹.

Semejante pero no idéntico es el supuesto de falta náutica del patrón en la maniobra de fondeo o amarre que regula el Capítulo CCXXVII⁵². No sólo es aquí distinta la causa de los daños, sino que se habla, indistintamente, de los que se producen «a los mercaderes» que van a bordo. Ello da pie para entender incluidos tanto los daños materiales que afecten a sus mercancías como los que sufran en sus personas por razón del accidente⁵³.

⁵¹ Este régimen de afectación subsidiaria del buque para la indemnización de los daños producidos en las mercancías resulta del Capítulo LXIII, cuyo texto reproducimos a continuación : «DE LOS GÉNEROS QUE SE DETERIOREN POR HABER SIDO MAL CARGADOS O POR OTRA NEGLIGENCIA». Ni el patrón ni el naochero deben estibar ni mandar colocar mercancías de canto, ni bulto alguno de manera que no quede seguro, ni poner bala o fardo donde puedan sufrir daño , junto a los mástiles , la timonera, la sentina o una escotilla, o en otro lugar cualquiera donde puedan deteriorarse. Tiene el patrón además, muchas otras obligaciones respecto de los mercaderes. Si los géneros embarcados se mojan por agua procedente de la cubierta o de las amuradas o que entre en la sentina, junto a las timoneras, por los imbornales, por las escotillas o en paraje expuesto o por estar la nave mal calafateada, debe indemnizar a los mercaderes todos los daños, si basta su caudal. Y si no basta, debe venderse la nave sin que participes ni prestamistas puedan obtener nada; excepto los marineros , que no pierden sus salarios. *Libro...cit., pp. 15-16.*

⁵² Capítulo CCXXVII : «DEL DAÑO SUFRIDO POR DEFICIENCIA EN LA MANERA DE FONDEAR. Si hallándose el patrón con su nave en puerto o en otro lugar, los mercaderes que con él van le indican y advierten que amarre y ancle bien, y el patrón, por negligencia , no amarra, o acaso no va provisto del cordaje que les prometió llevar, en caso de que por estas razones los mercaderes sufran algún daño, queda obligado a compensarles el perjuicio que sufran por tal motivo. Y si no tiene con qué pagar , debe venderse la nave; pero si su valor no es suficiente y el patrón tiene bienes , deben venderse para cumplir con los mercaderes, descontando siempre el salario de los marineros que no pueden perderlo. Y se hizo este capítulo porque muchos patrones escatiman los cables y no pueden anclar ni amarrar bien, con lo cual se pierden las naves y los géneros de los mercaderes.» *Libro...cit., p.59*

⁵³ También el CAPITULO CCXXXVIII DE LA NAVE MERCANTE QUE SE ENCUENTRE CON OTRA DE ENEMIGOS, impone al patrón la obligación de resarcir los daños y perjuicios que sufran los mercaderes que van a bordo, sin precisar si se trata

Además, inversamente a lo que ocurre en el Capítulo anteriormente comentado, la afectación de la nave es ahora directa y principal mientras que la del patrimonio del patrón es subsidiaria. Finalmente, nada se dice aquí respecto a la preferencia de otros prestamistas de la nave.

De la obligación de los mercaderes que van a bordo de proveer los fondos necesarios (incluso, si es preciso, mediante la venta de sus propias mercancías) con el fin de atender a las necesidades de la nave que se encuentre en un lugar alejado se ocupa el Capítulo CVII. En su virtud, el crédito de los mercaderes por tal causa queda dotado de preferencia frente a todos los demás créditos, excepto el de los salarios de los marineros⁵⁴.

Con carácter general, los Capítulos CCXXXIX y CCXLV regulan, respectivamente, las obligaciones relativas al aprovisionamiento y reparación de la nave. En ambos supuestos se distingue según estén o no presentes los participes.

Estando presentes los participes el patrón no podrá mandar reparar la nave sin el consentimiento de aquellos y si lo hace correrá de su cuenta la reparación. Por el contrario, el patrón

de daños materiales o personales. Del contexto del precepto, que se refiere al abordaje y ataque a nave enemiga sin conocimiento ni aprobación de la mayoría de los mercaderes, parece que se han de entender incluidos a ambos tipos de daños, cuya reparación habrá de hacerse «aún cuando tuviera que venderse la nave o los bienes del patrón.»

⁵⁴ «CAPITULO CLII CÓMO EL MERCADER DEBE PRESTAR AL PATRÓN SI LA NAVE LO NECESITA. Además, si el patrón necesita dinero y no lo encuentra, como se dijo anteriormente, y hallándose en un lugar alejado precisa de aquella suma para habilitar la nave, en caso de que los mercaderes no la tengan, deben vender mercancías para cubrir las necesidades de la embarcación. Y ningún participe ni prestamista puede reclamar nada ni hacer objeción hasta que se haya reintegrado el dinero a los mercaderes, quedando, no obstante, exceptuados los salarios de los marineros. Siempre en el supuesto de que el mercader vea y comprenda que lo que presta se destina a reparación de la nave y a sus necesidades.» *Ibid.*, p.27.

puede comprar los aparejos que considere precisos para la nave, aún en contra del parecer de los partícipes, aunque debe consultarlos, pues «ellos quedan acaso salvos en tierra y, mientras obtengan ganancias, no les importa que se arriesgue quien quiera en peligros del mar»⁵⁵.

Corresponde a los diferentes partícipes en la nave soportar el coste de las reparaciones, provisiones y pertrechos en proporción a su respectiva participación, sin perjuicio de que pueda el patrón atender en primera instancia el pago si tuviese fondos comunes de la nave.

Ahora bien, cuando algún partícipe se niegue a pagar la parte que le corresponde y por ello deba el patrón tomar dinero a préstamo por esa parte, quedará el partícipe disidente obligado a la devolución del préstamo y de sus intereses. La deuda se liquidará con cargo a su participación o a sus propios bienes si la nave se perdiese antes de la devolución del préstamo⁵⁶.

⁵⁵ Los dos primeros párrafos del CAPITULO CCXXXIX , que lleva por título DE LA COMPRA DE VÍVERES Y DEMÁS EFECTOS NECESARIOS A LA NAVE, dicen los siguiente : «El patrón que dé su nave a flete para ir a obtener ganancias en otras tierras, mandará comprar al escribano vituallas, companaje y todas las demás cosas necesarias a la nave o leño. No obstante, si la nave necesita jarcias y pertrechos debe comprarlos juntamente con el escribano. Y cuando éste haya adquirido y completado los víveres y demás provisiones necesarias, el patrón comprará las jarcias y pertrechos que la nave necesite. Pero si se encuentran en el mismo lugar los partícipes , debe consultar con ellos antes de comprarlos. Y si los partícipes se oponen a ello, y el patrón comprende que aquellos aparejos son necesarios y precisos a la nave, puede muy bien comprarlos sin inquietarse de su parecer, pues ellos quedan acaso salvos en tierra y, mientras obtengan ganancias, no les importa que se arriesgue quien quiera en peligros del mar; y por esta razón los partícipes no deben oponerse a la compra de tales jarcias y pertrechos, ya que el patrón ve que son de gran necesidad y que si la nave no los llevara navegaría con gran riesgo, y el patrón se expondría a recriminaciones de los mercaderes; por tal motivo, no pueden discutirse.» *Ibíd.*, p. 65.

⁵⁶ El párrafo cuarto del Capítulo CCXXXIX se expresa así : «Pero si hay algún partícipe que se niegue a pagar lo que se la haya asignado y que lo impugne, y el patrón tiene que tomarlo en préstamo ya que no lo quiere pagar, de la parte que aquel partícipe tenga en la nave deberá pagarse aquella deuda junto con los intereses que el patrón haya prometido al que le hizo el préstamo, aún cuando se haya de consumir toda la participación que tenga en la nave, puesto que por su culpa se solicitó el préstamo. Y si ocurre que se pierda la nave antes de haberlo devuelto, los bienes de aquel partícipe se

Para el caso de que el patrón se encuentre de viaje en un lugar donde no estén presentes los participes y no disponga de fondos comunes, podrá tomar dinero prestado para atender a las mencionadas necesidades, quedando todos conjuntamente obligados al pago sin que ninguno pueda oponerse. Sin embargo esta obligación de restitución se extingue en caso de pérdida de la nave.⁵⁷

Parece bastante evidente que el *Libro* está contemplando aquí un supuesto típico de préstamo marítimo necesario (por cuanto se contrae durante el viaje con la finalidad de mantener o restaurar la navegabilidad del buque) y a la gruesa ventura (en la medida en que el prestamista soporta el riesgo de la

aplicarán al pago de la deuda, puesto que se pidió el préstamo con su conocimiento y por su culpa.». En lo que hace a las reparaciones, el primer párrafo del Capítulo CCXLV-DE LA REPARACIÓN DE LA NAVE-, dice así : «Todo patrón cuya nave necesite ser reparada, si se hallan con él en el mismo lugar todos los participes o una parte de ellos, ha de decirles y aclararles la reparación que la nave necesita, y debe efectuarla si los participes dan su consentimiento; y éstos tienen que contribuir a ello en la medida que a cada uno corresponda según su participación. Pero si algún participe no quiere pagar su parte correspondiente y el patrón tiene que pedir un préstamo queda aquel responsable y obligado tal como en el capítulo anterior se expresa.» *Ibíd.*, p.70.

⁵⁷ Al regular la compra de provisiones y pertrechos para la nave dispone el Capítulo CCXXXIX, en su párrafo cinco, lo siguiente : «Pero si el patrón se encuentra donde no estén presentes los participes, y, no disponiendo de fondos comunes, toma dinero prestado por las razones dichas, todos los que participen en la nave deben pagarlo conjuntamente, sin que ninguno pueda oponerse a ello. No obstante, si la nave se pierde antes de que la deuda se haya pagado, no queda obligado ningún participe ya que la nave quedó destrozada y se perdió. Cuide éste, por lo tanto, de ver en qué forma conceda su préstamo, pues el participe bastante pierde al perder su parte; y así, por el motivo expresado, no puede el prestamista reclamar nada a los que tenían participación en la nave. Mire, pues, cómo arriesga su dinero, pues una vez destrozada la nave, los participes no están obligados a invertir nada en ella.» *Ibíd.*, p.66. Creemos que éste mismo régimen resulta de aplicación a los préstamos de necesidad que pudiera tomar el patrón para reparar la nave en ausencia de los participes, supuesto regulado de un modo un tanto incompleto y ambiguo por el Capítulo CCXLV, que se limita a facultar al patrón para realizar aquello que le parezca oportuno según su leal saber y entender: «Y si ve y comprende, según su opinión y según lo estime en conciencia, que la reparación que la nave necesita ha de redundar más en beneficio que en daño de los participes, debe realizar lo que le parezca oportuno según su leal saber y entender. Y todo lo que haga respecto de la nave, ya sea que la repare o que la venda, debe darse por bien dispuesto, ya que lo hizo con buena intención.» *Ibíd.*, p.70.

expedición marítima). Y a la satisfacción de dicho crédito queda afecta la nave, que puede ser vendida a solicitud del prestamista según expresamente reconoce el propio *Libro*⁵⁸.

Encontramos así en el Consulado del Mar un amplio repertorio de créditos marítimos que están dotados de algún tipo de privilegio : créditos de los proveedores de mano de obra y de materiales para la construcción de la nave; por daños producidos a la mercancía transportada; por daños personales a los mercaderes que van a bordo; de los prestamistas a la gruesa ; procedentes de anticipos de los mercaderes o de venta de sus mercancías para atender a las necesidades del buque; y, sobre todo, créditos salariales de la gente de mar.

Es así como ,con independencia de la falta general de sistemática que en esta materia cabe apreciar en el *Libro* y de las numerosas dificultades que plantea la determinación del exacto contenido de los distintos privilegios, no cabe duda de que en sus Capítulos se hallan las normas que constituyen el régimen medieval equivalente a los privilegios marítimos regulados hoy en el artículo 580 del C. de c.⁵⁹.

6.- Los Roles de Oleron y el área atlántica.

Para el estudio del desarrollo histórico de cualquier institución de Derecho Marítimo es preciso examinar el documento

⁵⁸ Primera parte del párrafo séptimo del Capítulo CCXXXIX: «Si el patrón no cuenta con dinero propio ni ajeno, ni la nave ha obtenido ganancia alguna , ni dispone él de fondos en la caja común, y el prestamista manda vender la nave, una vez vendida ésta y pagado el prestamista, si de su venta queda algún sobrante, el patrón está obligado a acudir al lugar donde se hallen los participes y darles su parte de todo lo que le sobre del precio de venta de la nave.» *Ibíd.*, p.66.

⁵⁹ Así, PEREZ PEREZ, *op.cit.*, p.6.

jurídico más importante de la época medieval en la fachada atlántica, i.e., los *Roles de Oleron*⁶⁰. Puede decirse, sin exagerar, que el posterior desenvolvimiento del Derecho Marítimo del Mar del Norte y Báltico vendría determinada por la reglamentación contenida en ésta magna obra⁶¹.

Sin embargo, a pesar de su importancia general, resulta

⁶⁰ Se ha discutido mucho acerca del exacto origen, autoría y naturaleza de los *Roles de Oleron*, pues el deseo de protagonismo nacional ha influido siempre en las tareas de los investigadores, hasta el punto de que han sido varios los que han reivindicado para su país el honor de haber producido tan importante obra. Así, mientras los autores alemanes sostuvieron que los *Roles* fueron tomados del Derecho marítimo introducido por negociantes alemanes en la isla de *Gothland*, los holandeses pretendieron que se trataba de una reproducción de los usos de los Países Bajos. Muy extendida resulta aún la pretensión inglesa, según la cual los *Roles* fueron preparados por orden de Leonor de Aquitania y completados después por su hijo Ricardo Corazón de León, con lo que estaríamos ante una obra producto de un soberano inglés. Pero la teoría que resulta más plausible y goza de mayor aceptación es la que ve en los *Roles* una colección de sentencias dictadas en materia marítima en el litoral francés del Océano Atlántico, sobre todo con ocasión del tráfico de vino desde Aquitania hacia Inglaterra y los países del Mar del Norte. Está colección (formada por sentencias escritas en hojas de pergamino y dispuestas en rollos o *rooles*) habría sido preparada en la isla de Oleron entre los siglos XI y XII por autor desconocido. V. PARDESSUS, *op.cit.*, T.I., pp. 283-322; DANJON, *op.cit.*, T.I., pp. 8-9; TETLEY, *op.cit.*, p.7; GAMECHO GOICOECHEA, *op.cit.*, p.28. RODIERE nos recuerda que hay dos hipótesis respecto a su auténtica naturaleza. Para unos se trata de auténticas leyes o mandatos jurídicos abstractos y de carácter general, para otros, que se fijan en la fórmula empleada para terminar cada artículo: «C'est le jugement en ce cas», no son más que sentencias dictadas en casos particulares. RODIERE concilia ambas posturas manteniendo que podrían ser normas de general aplicación elaboradas a partir de resoluciones judiciales dictadas para casos concretos por jueces expertos en Derecho marítimo. V. RODIERE, *Introducción...cit.*, p. 21.

⁶¹ Con independencia de su exacto origen y naturaleza, lo cierto es que los *Roles* llegaron a constituirse como verdadero Derecho común marítimo en todos los países de Europa occidental. Generalizada su aceptación en Francia, pasaron en primer lugar a las llamadas *Sentencias de Damme* (*Jugements de Damme*) y a las leyes de *West Chapelle*, así llamadas por el nombre de dos ciudades de Flandes y de Zelanda que servían entonces de antepuerto a la gran ciudad de Brujas. Asimismo serían los *Roles* recogidos por el llamado *Derecho de Wisby*, compilación conocida bajo el nombre de *Leyes de la ciudad de Wisby en Gothlandia*, que alcanzaría valor de derecho común en la parte más septentrional de Europa, inspirando toda la legislación posterior de los países escandinavos y de las ciudades hanseáticas. V. DANJON, *op.cit.*, pp. 9-10 y BRUNETTI, *op.cit.*, p.101. Se ha dicho y parece probado que los *Roles* pasaron también a España, donde su aplicación efectiva es delatada por la existencia de una traducción medieval castellana del mismo (efectuado en el siglo XIII) bajo el título de *Leyes de Layron*, conservada en varias versiones, una de ellas reproducida en Sevilla junto a su fuero local y que es posible prolongara su vigencia hasta fines de la Edad Media. También sabemos que desde mediados del siglo XIV los comerciantes castellanos en Francia quedaban obligados por el rey de este país a ser juzgados en sus causas según el referido texto jurisprudencial. V. UNIVERSIDAD DE BARCELONA, *Apuntes...cit.*, P. 260. V., también, HERNANDEZ BORONDO, *Sobre la aplicación en España de los roles de Oleron*, El Escorial, 1928.

forzoso reconocer su exiguidad en punto a la disciplina de los créditos marítimos privilegiados, materia en la que dista mucho de poseer la riqueza que se aprecia en el Libro del Consulado del Mar. En efecto, aunque los Roles contemplan y regulan una amplia gama de instituciones y de relaciones jurídico-marítimas típicas y patentemente susceptibles de generar créditos garantizados con la nave⁶², tan sólo hemos encontrado un par de manifestaciones aisladas que pasamos a comentar.

En el artículo primero se contempla un supuesto de prenda convencional de los aparejos del buque. El patrón podía constituirla con el fin de procurarse fondos con que atender al servicio de la nave durante el viaje, facultad que, no obstante venía condicionada a la previa consulta con la tripulación⁶³.

Nada dice el precepto acerca de la naturaleza del préstamo obtenido con la garantía pignoratícia de la nave, siendo la

⁶²Para nuestro estudio hemos utilizado la versión de los Roles que, con 56 artículos y con el nombre de *Roles ou Jugements D'Oléron*, fue incluida en la recopilación de PARDESSUS. V. *op.cit.*, T.I, pp. 323-354. A lo largo de su articulado se trata, entre otras, de las siguientes materias: Préstamo de necesidad (art. 1); Salvamento de restos de naufragio (Art.3); Avería gruesa, en sus modalidades de echazón (arts. 8 y 35) y de corte de mástiles, cables o abandono de anclas (Art. 9); Fletamento, y, en particular, daños a las mercancías transportadas (arts. 10,11,26), plancha y demoras (art.22) y rescisión del contrato (art. 28); Remolque y prácticaje (arts.13,24,25 y 39); Abordaje (arts.15 y 16); Trabajo de los marineros (arts. 18,19 y 20); y Venta necesaria de mercancías para continuar el viaje (art. 23).

⁶³El artículo primero *in fine* de la versión de PARDESSUS dice lo siguiente: «*mais, s'il a besoin d'argent pour le service du navire, il peut, de l'avis de l'équipage, mettre des apparaux en gage. C'est le jugement en ce cas.*». PARDESSUS, *Ibid.*, p. 324. Este precepto ha sido recientemente citado por TETLEY como un claro antecedente de los privilegios marítimos. Transcribimos, a continuación nuestra traducción de la versión en inglés y en francés modernos que proporciona dicho autor: «Artículo 1. En primer lugar, un hombre es nombrado patrón del buque. El buque pertenece a varios socios. El buque deja su país y se dirige a Burdeos o a cualquier otro lugar para después fletarse en países extranjeros. El patrón no puede vender el buque si no posee para ello la autoridad o mandato de los propietarios, pero si tiene necesidad de dinero para los gastos del buque puede dar en prenda el aparejo consultando a los marineros. Este es el juicio en este caso.» V. TETLEY, *op.cit.*, pp.8-9.

opinión de PARDESSUS que aquel podría ser simple o a la gruesa⁶⁴.

También la prenda convencional es el negocio previsto en el artículo tercero para que el patrón pueda obtener fondos con que pagar a los marineros de buque naufragado el "salario razonable" y los gastos de repatriación a que éstos tienen derecho por haber contribuido al salvamento de los restos del propio buque y de las mercancías que transportaba. En tal supuesto, careciendo el patrón de dinero con que hacer efectivos los mencionados créditos (cuya cuantía se limita hasta el valor de las cosas salvadas), podrá dar en prenda los restos o mercancías recuperados sin que para ello precise, en éste caso, de la consulta previa con los marineros⁶⁵.

Con la excepción de los dos anteriores supuestos⁶⁶ no

⁶⁴ Señala PARDESSUS que, aunque ningún texto conocido aclara si la prenda del aparejo podía constituirse también cuando la cantidad prestada se tomase a la gruesa, debe admitirse tal posibilidad por cuanto la garantía pignoratícia en nada se opone a la naturaleza del contrato de préstamo a la gruesa. Por otra parte, comenta el mismo autor que en el Derecho romano (*De exercitoria actione*, Digesto, XIV, I, 7) no se exigía la consulta de la tripulación para dar el navío en prenda, si bien la necesidad de tomar el préstamo debía ser constatada e incluso probada por el Pretor. V. PARDESSUS, *op.cit.*, nota (1).

⁶⁵ Así lo dice el artículo tercero en cuestión: *«Lorsqu'un naviere périt en quelque lieu que ce soit, les matelots sont tenus de sauver le plus qu'ils pourront des débris et du chargement. Dans ce cas, le patron doit leur payer un salaire raisonnable, et les frais de conduite dans leur pays, autant que la valeur des choses sauvées peut suffire; et s'il n'a pas assez d'argent, il peut mettre les objets sauvés en gage pour su procurer de quoi les ramener en leur pays.»* PARDESSUS, *ibid.*, p. 325.

⁶⁶ Debe repararse en el hecho de que, en puridad, el préstamo necesario contraído durante el viaje no genera privilegio alguno sobre el buque. Tan sólo los aparejos quedan en garantía de la cantidad recibida y ello únicamente si el patrón ejercita su derecho y concierta expresamente una garantía prendaria. Por lo demás, tampoco se preve el privilegio para otros créditos nacidos de los actos realizados por el patrón para la continuación del viaje, como es de la venta de las mercancías, regulado en el artículo tercero con el siguiente tenor literal: *«S'il arrive qu'un naviere ayant été frété, chargé et expédié, le patron soit obligé de faire relâche dans un port où il est retenu si long-temps, que l'argent lui manque, il doit envoyer dans son pays pour en chercher: cependant il ne doit point laisser écoluler le temps opportun pour partir, sous peine de dommages-intérêts envers les chargeurs: mais alors il peut vendre du vin ou des denrées des chargeurs en quantité suffisante pour*

encontramos en los Roles norma alguna de garantía real de la nave para el pago de créditos marítimos, siendo también ostensible la carencia de toda referencia a su sistema prelativo, con lo que queda confirmada la pobreza de que, en esta materia, hace gala la famosa obra de Oleron⁶⁷.

En realidad, casi podemos encontrar más claros antecedentes de nuestra institución en otro destacado texto del área atlántica: *Los Estatutos de la Ciudad de Wisby*, cuyo origen se sitúa en torno al año 1.320⁶⁸.

Así, un primer dato que nos suministra el Estatuto de Wisby es el de la aptitud de la nave para ser dada en prenda en garantía de toda clase de créditos, modalidad de garantía real que debió de ser ampliamente practicada en la zona y época a que nos referimos⁶⁹.

se procurer des fonds nécessaires. Lorsque le navire est arrivé au lieu de décharge, les vins que le patron aura ainsi vendus seront estimés et payés au prix que les autres semblables se vendront dans ce lieu, et le fret en sera payé.». PARDESSUS, *Ibíd.*, p. 339.

⁶⁷ El contraste con el *Libro del Consulado* resulta especialmente llamativo en relación con los créditos por salarios. Aunque, como ya hemos dicho, son varios los artículos dedicados a la relación de servicio de los tripulantes, los Roles, en marcada diferencia con el *Llibre*, no contienen referencia alguna a los privilegios de jornaleros y operarios ocupados en la construcción de la nave ni a los de los marineros empleados al servicio de a bordo. Así lo afirma también PEREZ PEREZ, *op.cit.*, p.9. Unicamente, quizá puede verse un indicio de afectación especial del flete al pago de los salarios de los marineros que hubieren optado por ajustar sus servicios precisamente según la modalidad de "cobro sobre el flete". Artículo 18 : *«Lorsqu'un navire est chargé à Bordeaux ou autre lieu, le patron doit dire aux matelots : Voulez-vous charger jusqu'à concurrence de vos loyers, ou voulez-vous en être payés sur le fret du navire?. Ils ont tenus de faire conoitre leur-choix. S'ils préfèrent d'être payés sur le fret, ils recevront une part proportionnelle dans le fret du navire...»*. PARDESSUS, *op.cit.*, p. 336.

⁶⁸ Hemos manejado el extracto publicado y traducido por PARDESSUS con el nombre de *Extrait de l'Estatut de la Ville de Wisby*. PARDESSUS, *Ibíd.*, T. III, pp.114-125.

⁶⁹ Ello resulta patente del Capítulo XIV que, bajo la rúbrica : *«De los navíos dados en prenda»*, dice así : *«Quinconque a en nantissement un navire ou tout autre objet qu'il ne peut recevoir et garder dans sa maison, doit avoir son de faire attester son droit par des témoins suffisans; sans cela le gage ne s'établirait point. § 1. Celui à qui l'on donne un navire en*

Pero es en el Capítulo IX, dedicado al fletamento de los navíos, donde podemos encontrar un crédito marítimo genuinamente garantizado ex lege con el navío y los aparejos. En efecto, el citado precepto contempla el supuesto de hecho de daños causados a las mercancías transportadas por embarrancamiento negligente de la nave que se encuentra mal amarrada en puerto y, tras hacer responsable al patrón de su reparación y para el caso de negativa de éste, prevé expresamente que los acreedores ejerciten sus derechos *sur le navire et les agrés*⁷⁰.

Por último, tal vez pueda también calificarse como privilegio sobre el flete, el derecho que el Estatuto de Wisby otorga a los marineros que hubieren cumplido sus deberes de salvamento⁷¹.

nantissement doit avoir soin de se faire délivrer les voiles et le gouvernail, s'il ne veut pas en être privé.». PARDESSUS, *Ibid.*, p. 121. Observese como la prueba de téstigos resultaba crucial para la validez de la prenda cuando el acreedor no podía adquirir la posesión inmediata de la nave y como, por otra parte, el asiento de la garantía alcanzaba a los aparejos. Reparesé también en que el precepto se expresa en términos generales, sin distinguir ni precisar cual era la obligación u obligaciones personales para cuya seguridad se constituía la prenda, por lo que podemos entender que la misma debería ser posible para garantizar cualquier tipo de crédito, estuviese o no vinculado con la construcción o explotación del buque.

⁷⁰Capítulo IX § 3: *«Si un navire amarré sur ses câbles dans un port vient à couler bas par suite d'une négligence, et que la cargaison périsse, le patron sera responsable du dommage; s'il refuse de le réparer, les négocians exerceront leurs droists sur les navire et les agrés; le patron recevra son fret des marchandises que seront sauvées. Si la négligence vient de la part des matelots, ceux-ci en seront responsables envers le patron; s'ils n'ont pas d'argent, ils seront conduits à la prison de la ville...»*. PARDESSUS, *ibid.*, p. 118.

⁷¹ El Capítulo XII, que se ocupa del naufragio, dispone que las mercancías salvadas del siniestro devengan flete entero, mientras que las perdidas pagan semiflete. Los marineros no pueden abandonar al patrón sino que deben trabajar en el salvamento del navío, de las mercancías y de los aparejos, no pudiendo despedirse sino hasta haber llegado con el patrón a la ciudad más próxima. Pues bien, cumplidas éstas obligaciones, los marineros recibirán la mitad o la totalidad de sus retribuciones, según que el patrón haya percibido, a su vez, hasta la mitad o más de la mitad del flete: *«Si le patron recoit demi-fret ou moins, les matelots recevront la moitié de leurs gages; et si le patron recoit au delà de la moitié du fret, les matelots auront droit à la totalité des loyers.»* Capítulo XII, § 2 *in fine*. PARDESSUS, *ibid.*, p. 120.

Más allá de lo ya dicho, no hemos podido encontrar en éste Estatuto cualquier otro vestigio de prelación o de protección singular de créditos marítimos Y ello aún cuando se regulan materias tan interesantes como los daños producidos por el buque a la instalaciones portuarias (Capítulo III); los causados a la mercancía en la carga o descarga (Capítulos VI y VII); el salvamento (Capítulo IV); o la echazón (Capítulo X).

7.- Los peños sobre las naves en Las Partidas.

Las disposiciones de Derecho Marítimo contenidas en *Las Partidas*⁷² resultan también de indudable interés para conocer la realidad jurídica en los puertos nacionales sometidos al Derecho castellano de la Edad media y ello, con independencia de la efectiva implantación y aplicación práctica de aquellas

⁷²Constituyen *Las Partidas* (primera redacción entre 1.256 y 1.260) la obra magna de Alfonso X y el punto culminante en la historia del derecho castellano. Con el nombre original de *Libro o Fuero de las Leyes* fueron el primer instrumento de penetración del derecho romano y del derecho canónico así como de unificación territorial del Derecho en los reinos castellanos en su forma radical y definitiva. V. UNIVERSIDAD DE BARCELONA, *Apuntes...cit.*, pp. 197-202 y bibliografía allí citada. El Título 9 de la Partida Quinta (*De los navios et del pecio dellos*) y el Título XXIII de la Partida Segunda (*De la guerra que fe faze por la mar*) se ocupan del Derecho Marítimo. El primero de los primeros Títulos llevó a cabo una indudable recepción de la *lex Rhodia*, tal y como aparecía en el Digesto, mientras que el resto de las disposiciones allí contenidas revelan una clara genealogía romana. Su cotejo con los *Roles*, llevado recientemente a cabo por ARIAS BONET, ha revelado, por el contrario, una completa disimilitud entre ambos regímenes (que sólo poseen un punto de coincidencia en la echazón y en el corte del mástil) con lo que parece probado que carece de todo fundamento la pretendida influencia en el texto castellano de los *Roles de Oleron* (e.g., DANJON, *op.cit.*, p.10), influencia que se había venido predicando, según ARIAS BONET, a partir de una equivocada interpretación por CAPMANY de la nota final del manuscrito escurialense del *Fuero de Layrón* de 1.434, redactada con el siguiente tenor: «Aquí se acaba el fuero de Layrón que fabla sobre las cosas que son de librar entre los mareantes y las fustas que handan sobre la mar: con el cual acuerdan todas las leyes que están en el título de la quynta Partida, el cual fuero por aquellas leyes es aprobada, e manda que por él sean librados todos los mareantes, e los juycios que por él se diren que valan: que fue aquy escripto a lunes treze de agosto de mill e quatrocientos e treynta IV anos.» V. este texto, la refutación de la teoría de CAPMANY y el paralelismo existente entre el Derecho romano y el Título 9 de la Partida Quinta en ARIAS BONET, Juan Antonio, *Derecho Marítimo en Las Partidas*, *Revista de Derecho Mercantil*, V. XLI, 1.966, pp. 91-108. También en contra de la teoría de la influencia de los *Roles* y a favor de una neta ascendencia romanística, V. UNIVERSIDAD DE BARCELONA, *Apuntes...cit.*, P. 260.

disposiciones⁷³.

El Título IX de la Quinta Partida regula la obligación de disponer la nave convenientemente para el viaje y la necesidad de que ésta cuente con escribano (Ley 1); el poder disciplinario de los «mayorales», entendiéndose por tales los que tienen a su mando el gobierno de una nave, ya se llamen «naocheros», maestros o patronos (Ley II); diversos supuestos de avería gruesa (Leyes III a VI y VIII); los hallazgos de restos de naufragio o mercancías en la ribera del mar (Ley VII); la responsabilidad de los patronos por los daños producidos a las mercancías (Ley IX); el naufragio causado dolosamente desde a bordo o desde tierra (Leyes X y XI); la reparación de los daños causados por corsarios (Leyes XII y XIII); y el modo de proceder de los juzgadores (Libro XIV). Pues bien, el análisis de estas disposiciones muestra como no existe en ellas la más mínima referencia a la sujeción de la nave en garantía de créditos marítimos⁷⁴.

Pero ,en cambio, la Ley XXVI del Título XIII de la misma Partida recoge con claridad dos categorías de «peños» sobre la nave que se «fazen calladamente», que corresponden a otros tantos

⁷³Conocida es la animadversión que suscitaron *Las Partidas* y la tenaz resistencia que opusieron los súbditos a la efectiva aplicación de sus disposiciones, tan distintas de las normas y principios que regían la vida jurídica y social del país, lo que habría llevado al monarca a ceder en su pretensión de imponerlas, dejando en cambio que fueran los antiguos fueros y privilegios los que siguieran gobernando a nobles y pueblos. Ello no obstante conocerían *Las Partidas* un notable resurgimiento al ser reconocidas y admitidas solemnemente por Alfonso XI como derecho supletorio del reino al promulgar el *Ordenamiento de Alcalá de Henares*, en 1.438, vigencia que aumentaría progresivamente a lo largo de los siglos venideros. V. UNIVERSIDAD DE BARCELONA, *Apuntes...cit.*, pp. 202-202. En este contexto no puede extrañar que se hayan dejado traslucir dudas en cuanto al grado de aplicación práctica e inmediata que tuvo ésta obra en el especial ámbito del Derecho Marítimo. V. ARIAS BONET, *op.cit.*, p.91.

⁷⁴El texto que hemos manejado ha sido la edición facsímil del texto auténtico glosado por Gregorio López y publicado en Salamanca en 1.555 : *Las Siete Partidas*, Por Andrea de Portonariis, Salamanca, 1.955, (Ed.facsímil B.O.E, Madrid, 1.974. T.3, Partidas V, VI y VII, pp.52-55.

supuestos de créditos marítimos para cuya garantía queda constituida hipoteca legal tácita⁷⁵. Se trata de los refaccionarios (préstamos recibidos para «refazer» la nave) y de los nacidos por suministro de pertrechos y provisiones (préstamos recibidos para «guarnir alguna naue»)⁷⁶.

Del mayor interés resulta asimismo la Ley XXVII, que, complementando y precisando la Ley precedente, reconoce expresamente, por una parte, la posibilidad de hipotecar voluntariamente la nave y ,por otra, señala la preferencia sobre

⁷⁵ El Título XIII de la Quinta Partida, regula , con el nombre «De los peños» , los derechos reales de garantía de prenda e hipoteca con indudable impronta del Derecho romano. El concepto de «peño» definido en la Ley I, comprende tanto a los bienes muebles como a los inmuebles y tanto a los supuestos de desplazamiento de posesión como a aquellos en que la cosa gravada queda en poder del deudor: *«Peño es propiaméte aqlla cofa q vn ome enpeña a otro, apoderadole della e mayormente quando es mueble. Mas fegud el largo entedimieto de la ley. Toda cofa quier fea mueble, o rayz, q fea empeñada a otri, puede fer dicha peño: maguer non fuele entregado della, aquel a quien la empeñaffen.»* Así pues, siguiendo al Derecho romano la hipoteca se autoriza sobre bienes muebles o inmuebles sin que , a diferencia del Derecho germánico, se requiera formalidad pública alguna. A continuación, la misma Ley clasifica los «peños» en : voluntarios, judiciales y legales tácitos, con las siguientes palabras: *«E fon tres maneras de peños. La primera es la que fazen los omes entrefi de fu voluntad: empeñando de fus bienes, vnos a otros por razon de alguna cofa, que deua dar o fazer. La fegunda es, quando los judgadores mandan entregar, a alguna de las partes en los bienes de fu contendor por mégua de refpuefta, o por razon de rebeldia, o por juyzio, q es dado entre ellos, o por cumplir mandamiento del Rey. Ca tales peños , o prédas como eftas fe faze como por premia. E eftas dos maneras de peños fobredichos, fe facen por palabra. La tercera manera , es de peños, la que fe face calladamente : maguer non es y dicha ninguna cofa, afsi como fe muefta adelante, de los bienes del marido, como fon obligados a la muger como por peños, por razon de la dote; e de los otros que fon obligados al Rey, por razon de rentas: e de los derechos que cogen por el, e de todas las otras razones femejates deftas que fablan las leyes defte titulo.»*. Esta concepción y ordenación de la hipoteca, inspirada por el Derecho romano, habría de llegar hasta el siglo XVI , momento en que el mejoramiento de la economía del país impulsa el empleo de la garantía hipotecaria , lo que hace preciso un sistema para su publicidad que, iniciado en el año 1528, no cristalizaría hasta el 1.768, en que se crearon los llamados oficios de hipotecas, que, con el correr de los tiempos, daría lugar al Registro de la Propiedad. V. ALBACAR LOPEZ, op. cit., p.68.

⁷⁶ Entre las razones semejantes a que se refiere la Ley I del Título XIII de la Partida Quinta, que justifican la existencia de hipoteca tácita, se encuentran las recogidas en la Ley XXVI. Una de ellas es la de haber recibido dinero para reparar o pertrechar una nave, en cuyo caso queda ésta obligada «calladamente» al prestamista : *«E a vn dezimos, que fi algun ome refcibieffe de otro marauedi preftados, para guarnir alguna naue, o para refazerla, o para fazer alguna cafa, o otro edificio, o para refazerlo, q qualquier deftas cofas en q fueffen metidos, o dependidos los marauedis, fincan obligadas calladamente a aquel que los emprefto.»*

dicha hipoteca voluntaria del crédito de posterior prestamista cuyo dinero se haya empleado en la reparación de la nave, en su pertrechamiento o en el aprovisionamiento de víveres para su tripulación⁷⁷.

⁷⁷Ley XXVIII. Como aquel que prefta fus dineros, para adobar, o para fazer naue, o otro edificio ha mayor derecho en ello, para fer pagado que otro ninguno. Naue cafa o otro edificio, auiendo empeñado nu ome a otro, fi despues deffo recfibiéffe de otro dineros preftados, para refazer e guardar aquella cofa, que fe non deftruyeffe, o non fe empeoraffe e los dependieffe en pro della, entonce mayor derecho ha en ella, el fegundo, que prefto fus dineros, para matenerla, que el primero, por q co los dineros q el dio, fue guardada la cofa, que fe pudiera perder. Eporende dezimos, que el deue fer pagado primeramente, maguer aquella cofa non le fueffe obligada , por palabras, por aquellos dineros. Effen mifmo dezimos, que feria, fi efte que preftaffe los dineros, apoftremas, lo fizieffe, por guarnefcer la naue de armas, o de las otras cofas, que fueffen y menefter, o para dar a comer a los marineros o a los gouernadores della.». Hay que tener en cuenta que la preferencia establecida en esta Ley hay que ponerla en relación con el sistema general prelavito recogido en la Ley II del Título XV de la Partida Quinta con el nombre de «desamparamiento de los bienes», de neta inspiración en el modelo romano de ejecución colectiva de la *cessio bonorum*. En ésta Ley se dice: «Mas fi las debdas no fuere todas en vna guifa: porq algunos de los q las deuen auer, ouieffe mejoría, que los otros, como fi les fueffen obligados primeramente, o ouieffen otro derecho alguno por fi, contra tales bienes, en la manera q diximos, en el titulo de los peños: efto ce deue fer pagados primeramente eftos debdos atales: maguer q para los otros, no fincaffe ninguna cofa; de q los entregaffen.». Es decir, los créditos que posean «mejoría» son siempre preferentes, debiendo entenderse por aquellos, según la glosa de GREGORIO LOPEZ, los que cuentan con hipoteca o privilegio. V. Las Partidas... op. cit., T. II, p. 110. Por otra parte, HEVIA BOLAÑOS, en su *Curia Philipica*, interpreta las Leyes XXVI y XXVIII transcritas en un sentido muy amplio, estimando que la hipoteca legal tácita procedía «por lo que se da para facción, armazon ó refacción de la nave» y «por lo mismo los oficiales, y Marineros, y sirvientes, que en ello trabajare, y lo traginare, por su trabajo, y alimento». Por otra parte, y según el mismo autor, la Ley 16 del Título XIII de la Partida Quinta (que se refiere a los frutos agrícolas y ganaderos de una heredad dada en peño), permitía una aplicación analógica para entender comprendidos los fletes, como accesiones de la nave, en el objeto de la hipoteca tácita y legalmente constituida en garantía de los mencionados créditos marítimos. V. HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, Ed. facsímil de la impresión original realizada en Madrid en el año 1.797, Lex Nova, Valladolid, 1.989. Lib. II, Cap. III, n.ºs. 33 y 34, p. 364. Esta condición privilegiada de los referidos créditos marítimos es confirmada y precisada en el Capítulo que el mismo autor dedica a la «prelación» de créditos en general, donde se aclara que las deudas procedentes de lo que se presta para construcción, reparación y conservación de la nave o para el pago del trabajo y alimento de los marineros oficiales y sirvientes, han de ser satisfechas con preferencia a todas las demás hipotecarias anteriores, con excepción de las correspondientes al fisco y a la dote: «Asimismo la deuda que procede de facción, ó refacción de la cosa, como lo que se presta, ó da para el edificio, reparo y conservación, armazon y guarda de naves, casas ú otros edificios, ... ó á los Marineros, ú Oficiales y sirvientes, que lo hicieren, su alimento y trabajo... es preferida en la misma cosa que recibió la utilidad, aunque no se hypoteque á ello, á todas las demás deudas hypotecarias anteriores, salvo siendo del Fisco, ú dote, que estas, siendo mas antiguas que ella, y no de otra suerte, les prefieren, como lo dicen otras leyes de Partida.». Además, la prelación interna entre créditos por facción o refacción viene determinada por el principio de la eficacia del negocio cara a la preservación de la cosa común, lo que implica preferencia de los créditos posteriores frente a los anteriores, pues «en deudas privilegiadas como

Así pues , y a imagen y semejanza del Derecho romano, *Las Partidas* protegían los préstamos para la refacción, aprovisionamiento y avituallamiento de la nave con un privilegio especial sobre ella de origen legal y naturaleza preferencial. Al mismo tiempo permitían la constitución convencional de hipoteca naval con los efectos reales propios de éste instituto. En cambio, y a pesar de lo que manifiesta HEVIA BOLAÑOS, se echa de menos una genuina tutela especial del crédito salarial de los trabajadores de a bordo, cuyo antecedente más remoto en el Derecho español se ha visto en el *Llibre del Consulado del Mar*⁷⁸.

Ahora bien, si la posibilidad de ejecución de la nave mediante embargo y venta para pago de los acreedores privilegiados parece clara en nuestro Derecho medieval, algunos textos legales castellanos de la época restringen semejante facultad excluyendo la ejecución contra el buque a petición de acreedores domiciliados en otros reinos. Si aceptamos la continuada vigencia de éstas normas, la efectiva y práctica protección de los créditos marítimos privilegiados habría quedado durante siglos circunscrita a los acreedores nacionales⁷⁹.

éstas, no se considera la anterioridad de tiempo, sino la causa». HEVIA BOLAÑOS, *op.cit.*, Libro II, Capítulo II, n.ºs. 25 y 26, V.II, p.418. Debe observarse, sin embargo, que las leyes de *Partidas* en que el autor se apoya nada dicen acerca de la prelación de los créditos del dote o del fisco frente a los derivados de los préstamos marítimos a que el mismo se refiere. Cfr. Leyes 26, 28 y 29 del T.XIII, de la Partida Quinta.

⁷⁸V. *sup.*, § 5 ; y PEREZ PEREZ, *op.cit.*, p.4.

⁷⁹Nos referimos a una vieja Ley castellana, dictada en Valladolid en 1.351, que , con el objeto de proteger el tráfico marítimo y el abastecimiento a los reinos españoles, ordenaba que los navíos que llegasen a nuestras tierras no fuesen «prendados» por deudas contraídas con personas de su lugar de procedencia. La prueba de la prolongada y efectiva vigencia de ésta Ley radica en el hecho de que sería recogida por el Ordenamiento de Alcalá y luego por la Novísima Recopilación, en la que figura con el siguiente texto : *Los navíos que vinieren con mercaderías no sean prendados por deudas de sus dueños , ni los recueros y mercaderes por las de los pueblos de su vecindad. Establecemos y mandamos , que todos los navíos que vinieren de otras tierras*

Capítulo II

La tipificación de los créditos marítimos privilegiados en la Edad Moderna

8.- La aparición de las modernas Ordenanzas.

Los cambios experimentados por la navegación con la llegada de la Edad moderna⁸⁰ hicieron sentir la necesidad de perfeccionar

ó de otros reynos á los nuestros, que traxeren mercaderías, quier por otros ó quier por suyas, que no sean prendados por ningunas deudas que deban á aquellos de cuya tierra son, pues traen mercaderías ó víandas á los nuestros reynos...». Novísima Recopilación, Ley IV, Título XXXI, Libro XI, T. V, Ed. Madrid, 1.807 (hemos utilizado la edición facsímil realizada por el B.O.E en 1.984, pp. 289-290).

⁸⁰Durante el transcurso de la Edad moderna se producen algunas variaciones en los presupuestos técnicos económicos y jurídicos en que se asienta la navegación marítima comercial. Así, por lo que se refiere a la técnica de la navegación, el perfeccionamiento de la realizada a vela hace ya posible las singladuras en todo tiempo y a todo rumbo, mientras que el progreso de las ciencias náuticas, con la aparición del compás y el astrolabio en el siglo XVI, el catalejo en el XVII y el sextante y el cronómetro en el siglo XVIII, permiten que la navegación cobre una dimensión universal, adentrándose los buques, con creciente seguridad, por todo tipo de mares y parajes. Sin embargo no cabe apreciar un sensible incremento en el tamaño de los buques, que siguen siendo de madera y de escaso tonelaje, aunque en el final del período existían ya algunas unidades de 1.000 toneladas. Este hecho, unido a la expansión oceánica de la piratería, contribuye a que la entidad de los riesgos marítimos no disminuya sustancialmente. En cualquier caso el comercio marítimo toma en esta época una nueva dimensión debido al descubrimiento de América y al comienzo de la fundación de los imperios español y portugués. El tráfico mediterráneo cede así su hegemonía al que se desenvuelve en el Océano Atlántico y, bien pronto, se establecerá un rico y nutrido tráfico de especias a través del Pacífico. Se produce, en suma, una general extensión mundial de la navegación comercial. Por otra parte, conviene también destacar que, en un principio, los comerciantes continúan navegando con sus mercancías, si bien se hacen ya representar a bordo por un «sobrecargo». Sólo en algún momento del siglo XVII, cuando ya existe una aceptable red de factores y corresponsales en el extranjero, se produce la sedentarización de los compradores y vendedores que intervienen en el comercio marítimo. En íntima relación con el desembarco de los comerciantes como a lo largo de este período tiene lugar el nacimiento de la actividad naviera como negocio autónomo y distinto de otras funciones comerciales, nacimiento que, no obstante, ocurrió de un modo gradual y en fechas notablemente dispares en función de las distintas regiones del mundo. Así, en las costas europeas los buques eran ya en el siglo XVI empleados ocasionalmente para el transporte de mercancías ajenas, mientras que en el siglo XVII es cuando aparecen las grandes compañías de navegación con privilegio real de monopolio en la realización de determinados tráficos, además de ser ya común la práctica de fletar buques para ser dedicados a puros servicios de transporte. Ahora bien, si bien es cierto que el naviero surge en este período, hay que tener en cuenta que el mismo no existe aún en la forma actual de empresa que mantiene constantemente una flota alistada para prestar servicio en un mercado de fletes y que, como tal, soporta los riesgos inherentes a la debilidad o sobrecapacidad de oferta en dicho mercado. Por el contrario, estamos en presencia de un mercado discontinuo que exige todavía el "aviamiento" del

el Derecho marítimo mediante la redacción de leyes mas completas. Claro es que dicha necesidad se presentó pareja con el fenómeno de nacionalismo jurídico que, surgido a partir del siglo XVII, llevó a cabo la unidad legislativa en el plano estatal a costa de los Derechos, estatutos y compilaciones de usos de los distintos reinos, ciudades o Consulados⁸¹.

Lo cierto es que los textos jurídicos de Derecho Marítimo llegaron a ser extremadamente abundantes a finales del siglo XVII, riqueza de fuentes que, según anota DANJON⁸², llegaría a constituir un serio inconveniente para la seguridad jurídica, encontrando así campo abonado el nuevo movimiento de racionalización y codificación de las leyes, tan tempranamente nacido en Francia. Es en este contexto donde hay que situar la preparación y promulgación de la *Ordenanza Francesa de la Marina* de 1.681, prototipo de la moderna codificación del derecho marítimo público y privado⁸³.

buque en función de cada viaje. Sigue siendo pues determinante y prevalente el modelo de explotación de la empresa-viaje. En palabras de GIRON TENA: «El riesgo especulativo característico del empresario se produce con cada viaje; se es naviero sin empresa; se es empresario por viajes; y el viaje deja de ser una empresa con conmixtión de los aspectos naviero y comercial». V.GIRON TENA, *La evolución...cit.*, pp.30-35. También, RODIERE, *Introduction-L'armament...cit.*, pp.29-39.

⁸¹En palabras de RODIERE, es éste uno de los grandes fenómenos que revela la historia del Derecho comparado; el Derecho del comercio; la *lex mercatoria*, por naturaleza universal, se nacionaliza con la constitución de los Estados centralizados. V. RODIERE, *Ibid.*, p.35. Con todo, es evidente que la derogación de las recopilaciones, ordenanzas o estatutos de carácter regional o local no se produce de un modo sincrónico en los diferentes Estados ni tiene lugar desde el mismo comienzo del período a que nos referimos. De hecho (quizá con la excepción del Código Marítimo de Carlos XI de Suecia, de 1.667), sólo en 1.681, con la llegada de la Ordenanza francesa, se inicia en dicho país la sustitución del régimen estatutario, el cual subsistiría en el resto de los países europeos hasta la llegada de los respectivos Códigos.

⁸²V. DANJON, *op. cit.*, p.13.

⁸³Existe consenso en aceptar la clara influencia que, sobre la Ordenanza, ejerció una obra doctrinal denominada *Guidon de la Mer* (Gallardete de Mar, en la traducción de GAMECHOGOICOEHEA). Se trata de un trabajo atribuido a un anónimo jurista privado que se sitúa en Rouen a finales del siglo

En contraste con la precoz racionalización y unificación legislativa del Derecho marítimo de Francia, las fuentes del Derecho marítimo español de la Edad moderna no experimentaron variación en la vertiente mediterránea, que siguió rigiéndose por el *Llibre*. Mientras, en el ámbito del Derecho castellano, fueron renovándose sucesivamente las Ordenanzas de los respectivos Consulados mercantiles, que, no sin cierta inspiración en los Consulados marítimos mediterráneos, servirían para regular tanto los aspectos orgánicos cuanto las diversas relaciones de la vida mercantil y marítima. Surgen así las sucesivas Ordenanzas de Burgos (1.494); Bilbao (1.511), etc.⁸⁴.

Además, la apertura del tráfico con las indias dió lugar a una profusa producción de Ordenanzas dictadas por los soberanos de Castilla destinadas a regular el nuevo tráfico de ultramar, en el que, desde luego, estuvieron presentes las más típicas

XV (BRUNETTI habla de Rouen o Marsella). En la confección del *Guidon* se empleo una gran cantidad de material legislativo estatutario procedente tanto del Mediterráneo como del Atlántico por lo que representa un primer claro punto de encuentro entre los sistemas jurídicos de los dos mares. Trata de diversos contratos marítimos, como el fletamento o el préstamo a la gruesa (que denomina «contract de bomerie»), pero, sobre todo, se ocupa amplia y orgánicamente del contrato de seguro marítimo. V. RODIERE, *Introduction...cit.*, p.28; y BRUNETTI, quien dice que «Sobre el *Guidon*, fué esencialmente calcada la famosa *Ordonnance "touchant la marine"*», *op.cit.*, pp.98-99. Asimismo se atribuye influencia a otra gran obra doctrinal: *Us et Coustumes de la mer*, de ETIENNE CLEIRAC, publicada en Burdeos en 1.647 cuya importancia ha sido destacada por BONNECASE. V. comentarios de éste autor en GAMECHOGOICOEHEA, *Tratado...cit.*, T.I., p.32. Lo cierto es que la *Ordenanza*, publicada en Agosto de 1.681 fruto de los desvelos del Ministro de Luis XIV, COLBERT, reglamentó tanto el Derecho marítimo público como el privado y lo hizo en clara conciliación de los sistemas jurídicos Mediterráneo y Atlántico a la sazón existentes. Pero quizá, su gran fortuna se debió a la tarea de sus ilustradores y comentaristas, fundamentalmente VALIN (Comentario en dos volúmenes publicado en 1.760) y EMERIGON (Tratado sobre seguros y sobre el préstamo a cambio, editado en la misma fecha). Toda esta obra legislativa y doctrinal influenciaría decisivamente en las posteriores codificaciones europeas, no escapando a dicha influencia nuestras Ordenanzas de Bilbao. V., en general, acerca de la Ordenanza y de su poderosa influencia en la producción del Derecho Marítimo posterior: RODIERE, *Introduction...cit.*, pp.35-36; DANJON, *op.cit.*, pp. 13-14; BRUNETTI, *op.cit.*, p.99; GAMECHOGOICOEHEA, *op.cit.*, pp. 31-32.

⁸⁴V. reseña en: UNIVERSIDAD DE BARCELONA, *Apuntes...cit.*, p. 304.

instituciones del Derecho Marítimo, tales como la avería gruesa, el seguro o el préstamo marítimo⁸⁵. Nacen así, al amparo de las Casas de Contratación, numerosas Ordenanzas de la navegación, que finalmente serían refundidas en una única colección: *Recopilación de las Indias*, editada en Madrid en 1.774⁸⁶.

Sin embargo, desde una perspectiva estrictamente jurídica, sería el derecho mercantil bilbaíno, por su carácter más dinámico y realista, el que lograría plasmarse en el instrumento legislativo con más autoridad, aceptación e influencia, i.e. las

⁸⁵De ello dan buena cuenta, tanto los textos legislativos a los que nos referimos inmediatamente a continuación, cuanto los documentos registrados. Así, por ej., un reciente cotejo de un archivo notarial permite constatar la amplia utilización del préstamo a la gruesa sobre el buque y sobre las mercancías en el tráfico entre Cádiz y las Indias durante el siglo XVII. V. RASERO BALON, Juan C., *Riesgos Marítimos en la Carrera de Indias*, COMME, n.º. 50, Enero/Febrero 1.991.

⁸⁶v. el Capítulo de la obra de PARDESSUS dedicado al Derecho Marítimo de la España meridional y occidental, *op.cit.*, T. VI, pp.54-103. En particular, regulando la navegación a las indias: *Ordenanza de Carlos V de 1.552*; y *Ordenanza de la contratación de Sevilla de 1.556*. Ambas Ordenanzas se ocupan de regular el tráfico marítimo con las Indias, tratando de aspectos tales como los escribanos, los maestros y capitanes, y, muy detenidamente, del seguro (la Ordenanza de 1.556 contiene incluso varios modelos "oficiales" de póliza de seguros para la ida y venida a las Indias y en las modalidades de cascos y mercancías. Además se refiere al préstamo a cambio marítimo y regula la avería gruesa en relación con los riesgos del seguro-Caps. XXXII y XXXVI, respectivamente-). Sin embargo, y a pesar de su riqueza normativa, no hemos podido encontrar en el análisis de éstos textos ninguna disposición que imponga la afectación especial de la nave en garantía de créditos marítimos. Un extracto de ambas Ordenanzas puede verse en PARDESSUS, *id.* También, una apretada relación de este tipo de Ordenanzas, en BRUNETTI, *op.cit.*, p.100. En cualquier caso, poca duda ofrece el hecho de que el sistema de preferencias privilegiarias del Consulado del Mar llegó a estar presente en Sevilla. Para probarlo se cita una sentencia, considerada como antecedente inmediato del privilegio de los trabajadores, sobre graduación de créditos para el cobro del producto de la venta de un buque, dictada en Sevilla en 1.646 por el Juez letrado de la Casa de Contratación de dicha ciudad, en virtud de la cual los créditos por los sueldos del Capitán y por el entretenimiento de los galeotes, son colocados en segundo lugar, tras los créditos del Rey. Al respecto se ha observado que no se trataba de un mero crédito personal de naturaleza salarial general, sino de remuneraciones concretas de acreedores específicos que poseen un privilegio especial sobre un bien determinado cuando se produce su ejecución colectiva. No estamos propiamente ante una gradación universal de quiebra, sino ante una especial aplicable al supuesto de ejecución colectiva de la nave. V. PEREZ PEREZ, *op.cit.*, p.10 y PALOMEQUE LOPEZ, M.C., *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Salarios: el salario como crédito privilegiado. Anticipos reintegrables, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1.977, pp. 413 y ss.

Ordenanzas de Bilbao de 1.737⁸⁷.

En los siguientes apartados nos ocuparemos de la suerte que corrió la regulación de los créditos marítimos privilegiados en dos textos jurídicos paradigmáticos del Derecho marítimo de la Edad moderna, que gozan de general reconocimiento en cuanto a su a su carácter de inmediatos antecedentes de la configuración de nuestro primer Código de comercio, *i.e.*, la *Ordonnance Touchant la Marine* y las *Ordenanzas de Bilbao* de 1.737.

⁸⁷Con anterioridad al año 1.511 funcionaba en Bilbao una Asociación o Colegio y Cofradía de mareantes, maestros y mercaderes constituida en cuerpo de Universidad. El 22 de junio de 1.511, la reina doña Juana otorgó a los Cónsules de la Universidad de Bilbao el propio privilegio que ya habían concedido los Reyes Católicos en 1.494 al Consulado de Burgos, con lo que quedaba atribuida a dichos Cónsules la facultad de dictar Ordenanzas reguladoras de los contenciosos en materia mercantil. Nació así el Consulado de Bilbao, que produciría tres Ordenanzas generales del comercio terrestre y marítimo, además de otras varias de alcance más particular. Se llegó así, finalmente a las *Ordenanzas del Consulado y Casa de Contratación de Bilbao*, aprobadas por Felipe V el 2 de Diciembre de 1.737 y confirmadas por Fernando VII el 27 de junio de 1.814. El texto legislativo fue preparado por seis comerciantes de la villa de Bilbao («los mas prácticos é inteligentes», como se dice en su Preamble) que, a lo largo de quince meses, utilizaron como materiales de trabajo, tanto las Ordenanzas generales y particulares precedentes, cuanto las Ordenanzas francesas de Luis XIV sobre el comercio de 1.673, y de la marina de 1.681; algunas fuentes de la legislación mercantil castellana medieval, como *Las Partidas* y algunas disposiciones de Cortes; y otros «instrumentos y papeles». Constan de 29 Capítulos, de los cuales 12 se dedican al Derecho marítimo, a saber: el 16 (De los corredores de Navíos); el 18 (De los fletamentos de navíos); el 19 (De naufragios); el 20 (De las averías y sus diferencias); el 21 (Del modo de reglar la Avería gruesa); el 22 (De los Seguros, y sus Pólizas); el 23 (De la gruesa ventura); el 24 (De los Capitanes de navíos); el 25 (Del Piloto Mayor de éste Puerto); el 26 (De los Pilotos Lemanes); y el 27 (Del Régimen de la Ría); el 28 (De los Carpinteros-Calafates); y el 29 (De los Gabarros, y Barqueros). Respecto a su proyección dijo PARDESSUS que, desde su publicación, obtuvieron «una especie de prioridad y casi de universalidad», de modo que, aunque dictadas sólo para la villa de Bilbao, su aplicación se extendió enseguida a toda España por obra de la jurisprudencia (a excepción de la región de Levante, dominada siempre por el *Llibre*) y alcanzó también una amplia difusión en Indias (rigieron por mucho tiempo en México, Uruguay, Chile, Paraguay y Guatemala), permaneciendo vigentes hasta el Código de 1.829 en el que ejerció una notable influencia. V. PARDESSUS, *op.cit.*, T.VI, pp.195 y ss.; GAMECHOGOICOECHA, *op.cit.*, pp. 33-34 y UNIVERSIDAD DE BARCELONA, *op.cit.*, p. 304. Para una exposición bastante completa de los trabajos preparativos de las Ordenanzas, puede verse también la Confirmación Real y Decretos para su elaboración que figuran como preambulo del texto articulado. Para el analisis de las Ordenanzas hemos utilizado el texto original que lleva por título: *Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratacion de la M.N. y M.L. Villa de Bilbao, insertos sus Reales Privilegios, aprobadas y confirmadas por el Rey nuestro señor Don Felipe Quinto (que Dios guarde) año de 1.737.*, Reimpresión de Madrid, Imprenta de Sancha, 1.796.

9.-Los privilegios marítimos en la la Ordenanza francesa de la Marina de 1.681 :El *Droit de Suite* de los acreedores del vendedor de la nave.

En la Ordenanza de 1.681 podemos encontrar ya una primera muestra de créditos marítimos dotados de preferencia y - en cierto modo- de reipersecutoriedad , es decir, revestidos de los principales atributos que caracterizan actualmente a los privilegios marítimos sobre el buque.

En primer término, y aquí es donde creemos que radica la auténtica originalidad de la Ordenanza en la materia objeto de nuestro estudio, debe repararse en el hecho de que aquella consagró, con precisión y más allá de toda duda, un *droit de suit* o derecho de persecución del buque a favor de todos los acreedores marítimos del anterior vendedor. Ello supuso la aparición de una excepción al principio general de Derecho civil aplicable a los muebles: *meubles n'ont pas de suite*⁸⁸.

En efecto, culminando y resolviendo la tensión dialéctica mueble-inmueble, que había caracterizado la calificación de la naturaleza jurídica del buque en los años precedentes⁸⁹, la

⁸⁸ Nuestra doctrina admite pacíficamente que éste derecho de persecución nacido en la Ordenanza sería después acogido por el "Código" francés (art. 190) y de allí pasaría a las legislaciones latinas en general.V. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, MCMLXXIV, 6ª Ed., T.II, p. 551.V. también ,RUIZ SOROA: Crédito marítimo con la garantía real sobre el buque. Normativa española de origen interno e internacional, BAEDM, n°s. 5 y 6 ,1986 (especial), p.178.

⁸⁹Ya en las fuentes medievales cabe apreciar una tendencia de la nave a emanciparse del régimen ordinariamente aplicable a la compraventa de los bienes muebles. Así el Art. 35 del Tít. V de la Partida Quinta dice que «aquel que vede naue, o cafa o cabaña de ganado, la deve fazer fana.» V. *Las Siete Partidas*, op.cit., p.23. Esta deseable equiparación de naves y casas a efectos de la evicción se advierte decididamente en la doctrina de los siglos XV y XVI y es afirmada por HEVIA BOLAÑOS con las siguientes palabras: «Si al comprador de la nave le fuere sacada por otro toda, ó parte de ella, ó qualquiera cosa de las que le pertenecen, es obligado el vendedor á la evicción y saneamiento de ella...». HEVIA BOLAÑOS, op.cit., n° 33, Cap.II, Tít. 3, Vol.II, p. 461. De éste modo la elaboración doctrinal contribuyó bastante a la revisión de un

Ordenanza declaró a la nave cosa mueble, no sujeta a ningún retracto ni derecho de carácter señorial⁹⁰, pero *affecté aux dettes du vendeur*⁹¹, con lo que definitivamente quedaría adherido

principio que, aún respondiendo a la tradición romana y a la realidad física, contrastaba con la realidad jurídica. V. BRUNETTI, *op.cit.*, p.149-150. Esta tendencia a la "inmovilización" supuso que la nave quedase sometida en el Derecho feudal francés a una serie de derechos señoriales que, como el *retrato lineale*, sólo podían recaer sobre bienes inmuebles. Además, las naves se consideraban inmuebles a los efectos de poder ser dadas en hipoteca en aquellas regiones francesas en las que, por influjo del Derecho germánico, se había descartado la hipoteca de bienes muebles. En este sentido escribiría CLEIRAC, en su *Us et Coustumes de la mer*, de 1.647, que, siendo las naves verdaderos bienes muebles, por lo que hace a las hipotecas se reputan inmuebles, añadiendo que así fue juzgado por el parlamento de Burdeos, el 26 de Junio de 1.612. Estimando abusiva ésta construcción, un Edicto, dictado a instancias de la Cámara de Comercio de Marsella, en Octubre de 1.666, declaró a las naves bienes muebles con lo que vino a impedir la eficacia de las hipotecas y las dejó al margen de todo derecho de persecución. Con todos estos antecedentes la Ordenanza respetó parcialmente el sistema de 1.666, en la medida en que otorgó a las naves la condición de bienes muebles y, con ello, las substrajo de la posibilidad de ser convencionalmente hipotecadas. Esto no obstante, tal y como reconoce VALIN, la hipoteca naval siguió siendo posible en aquellos lugares en que la legislación o la costumbre, por diferir en este punto del Derecho común del reino, autorizaba la hipoteca de bienes muebles. Pero, aún en estos casos, el acreedor hipotecario no gozaba de ningún derecho de persecución por lo que no podía ejecutar la nave más que cuando ésta se encontraba en posesión del deudor. Por el contrario, la Ordenanza reconoció la inevitabilidad de que los acreedores vieran en el buque la garantía natural del pago de sus deudas y, con la finalidad de atender debidamente los intereses de la navegación y del comercio marítimo, se apartó ostensiblemente del Edicto de 1.666 estableciendo un derecho de persecución para los acreedores del vendedor y un procedimiento *sui generis*, próximo al que regía para los inmuebles, para la venta judicial de la nave. V. VALIN, René-Josué, *Nouveau Commentaire sur L'Ordonnance de la Marine du mois d'aout 1.681*, La Rochelle, 1.776, T.I., pp. 340-341. También: GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, pp.49-50.

⁹⁰ En la necesidad de sustraer definitivamente a las naves de los derechos señoriales de índole feudal, ciertamente perjudiciales para el tráfico, es precisamente donde se ha visto la causa de que la Ordenanza proclamase la naturaleza mueble de las naves. Así, GIOANNIS GIANQUINTO, *op.cit.*, p.57. Como ejemplo de derecho de carácter señorial se suele citar el de *laudemio (Lods & Ventas)* a que se refieren los arts.1.644 y 1.645 de nuestro C.civil y al que se encontraban sujetos los buques en Bretaña y Normandía. V. *Conference de l'Ordonnance de la Marine du mois d'Aoust MDCLXXXI*, París, 1715, en *Fonti per la Storia del Diritto Commerciale e del diritto Marittimo a cura di Mario Chiaudano*, V. IX, Bottega d'Erasmo, Torino, 1972, p.184. VALIN, *op.cit.*, p.602.

⁹¹ Así se encargan de precisarlos los dos primeros artículos del Título X, denominado *Des navires & autres bâtimens de mer*, cuyos textos reproducimos a continuación: «*Article Premier. Tous navieres & autres bâtimens de mer feront réputés meubles, & ne feront fujets à retrait lignager, ni a aucuns droits seigneuriaux.*»; «*Article II. Seront néanmoins tous vaiffeaux affectés aux dettes du vendeur, jufqu'a ce qu'ils aient fait un voyage en mer, fous le nom & aux rifques du nouvel acquéreur, fi ce n'eft q'ils ayent été vendus par décret.*». Esta "afectación" de que habla la Ordenanza no es sinónimo de hipoteca, pues, como se cuida de recordar VALIN, la hipoteca naval, en aquellas jurisdicciones en que era admitida, no conllevaba derecho de persecución de ningún tipo, reforzando la posición del acreedor hipotecario únicamente en la medida en que le hacía preferente frente al quirografario. Por el contrario, la amplitud del término sirve para comprender y beneficiar a

al buque- y a sus cuotas de propiedad⁹²- uno de los rasgos mas sobresalientes del Derecho inmobiliario.

10.- El viaje como circunstancia de purga del privilegio.

Pero ,si bien es cierto que la Ordenanza es ampliamente generosa con los acreedores del vendedor , por cuanto concede la facultad de reipersecutoriedad a todos ellos, con independencia de su condición hipotecaria, privilegiada,etc., no lo es menos que , a modo de compensación, dicha facultad se configura con una vida extremadamente efímera. En efecto, basta con que el buque realice un sólo viaje a nombre y riesgo (*fous le nom & aux rifques*) del nuevo propietario para que la posición de éste resulte ya inatacable por los referidos acreedores, quienes, incluso aún siendo hipotecarios ,quedan privados de toda posibilidad de accionar realmente contra el buque⁹³.

toda clase de acreedores del vendedor del buque, sean simples, quirografarios, hipotecarios o privilegiados. Esta amplitud resulta, en realidad, un tanto exorbitada, sobre todo en cuanto se refiere a los créditos no privilegiados, y, desde luego, es radicalmente innovadora si se tiene en cuenta que el precepto se está refiriendo a una venta hecha ante notario (argumento *contrario sensu* en relación con el siguiente artículo, que habla de venta privada) y que el Edicto de Octubre de 1.666 había autorizado la venta voluntaria de los buques sin que el comprador pudiese ser perturbado, bajo ningún concepto, por los acreedores del vendedor, lo que ciertamente no resultaba satisfactorio por prestarse a numerosos abusos y fraudes. V. VALIN, *Ibid.*, pp. 602-603. Al respecto dice PARDESSUS que el Edicto de 1.666, al no establecer distinción alguna entre los navíos y los demás bienes muebles, dio lugar a multitud de abusos, que la Ordenanza trató de atajar con un ingenioso y equitativo sistema: los navíos son muebles, pero su sola posesión no sirve para presumir su propiedad; su venta debe ser hecha por escrito; y son susceptibles de ser perseguidos por los acreedores aún cuando hayan pasado a se propiedad de un tercero. PARDESSUS, *op.cit.*, T. IV, p.357, nota (3).

⁹²Debe tenerse presente que el régimen prescrito por la Ordenanza se aplica tanto a la venta de las naves en su totalidad como a la venta de porciones de la misma. VALIN, *op.cit.*, p. 605.

⁹³ V. Conference...*cit.*, p.184. VALIN concibe ésta extinción de la facultad de persecución como un requisito más que se añade al título y a la tradición para que el comprador consolide su propiedad y la haga inatacable por terceros. Cabe que el adquirente sea reclamado por un acreedor que ha instado su derecho antes de que concluya el viaje que opera la prescripción, pudiendo entonces el primero elegir entre hacer abandono de la nave o pagar la deuda. En éste último caso y una vez concluido el viaje, ningún

Ahora bien, conviene aclarar que lo que el viaje purga es la afectación del buque a las deudas que frente a terceros tenía el propietario que lo enajena. Por el contrario, no parece que pueda producir efectos extintivos sobre los derechos de los legítimos propietarios cuando el vendedor transmite a *non domino*.

No obstante ello, consciente VALIN de las perjudiciales consecuencias que ésta solución puede acarrear a la seguridad del tráfico a al interés de la navegación , estima que en algún momento debe darse la prescripción del derecho de los legítimos propietarios y quedar firme e inatacable la propiedad del adquirente. Consecuentemente propone que ello ocurra una vez que la nave ha realizado un viaje largo y completo, es decir, con retorno al puerto de salida . Pero para ello, el comprador debe serlo de buena fe, lo que ,en éste caso, equivale a haber desconocido la insuficiencia del título del transmitente⁹⁴.

Importante es también señalar que la acción de los acreedores del vendedor, a la que VALIN atribuye naturaleza revocatoria, puede ser ejercitada en cualquier momento antes de la conclusión del viaje realizado a nombre y riesgo del adquirente, en el bien entendido que el concepto viaje se

otro acreedor, por privilegiado que fuere, podrá pretender hacer valer su preferencia frente al acreedor diligente que fue pagado, siguiéndose así el axioma: *vigilantibus iura subveniunt*. Por otra parte, si el adquirente elige el abandono a los acreedores que le reclaman antes de haber concluido el viaje, el buque queda entonces sujeto a un procedimiento judicial con los mismos efectos que el de su venta para pago de acreedores , por lo que el abandono se entiende hecho a favor de todos los acreedores, los cuales concurren según las reglas de prelación aplicables y con independencia de que figurasen o no entre los que consiguieron el abandono por presentar su reclamación a tiempo. VALIN, *ibíd.*, p.603-604.

⁹⁴El caso concreto que expone VALIN es el del copropietario que enajena la totalidad del buque sin el consentimiento de los condueños. V. VALIN, *ibíd.*, p. 604.

identifica aquí con el de travesía marítima, *i.e.*, de puerto a puerto aunque sea en navegación de cabotaje⁹⁵.

Poco comentario merece, por otra parte, el último inciso del artículo segundo, según el cual la venta judicial del buque produce siempre la extinción de todos los créditos del anterior o anteriores propietarios, ya que ello no es más que una repetición de lo prescrito en el artículo primero del Título XIV del Libro I al que nos referiremos más adelante.

De gran interés resulta también el artículo tercero, según el cual la venta de un buque hecha estando de viaje, o de forma privada, no podrá perjudicar a los acreedores del vendedor⁹⁶.

Obsérvese como el precepto contempla dos supuestos diferentes, uno temporal: realización de la venta estando el buque de viaje; y otro formal: venta no formalizada en documento auténtico. En ambos casos, la enajenación no produce ningún efecto sobre los acreedores del vendedor que, con independencia

⁹⁵ Según VALIN no hace falta que el viaje sea completo, *i.e.*, de ida y vuelta, sino que basta con cualquier viaje de puerto a puerto, sea en navegación de cabotaje u oceánica (*au long course*). Las únicas condiciones que para VALIN deben darse son las de que se produzca un cambio de jurisdicción marítima (*changement d'amirauté*) y que la travesía se haga en ejecución de un fletamento y no exclusivamente por necesidades técnicas (carenado, reparación, etc.). Para ilustrar ésta idea emplea el siguiente ejemplo: si yo compro un buque en Burdeos o en Nantes y le hago venir a La Rochelle bajo mi nombre y riesgo, mi propiedad resulta inatacable desde que el buque llega a las radas de La Rochelle sin haber sido inquietado antes por los acreedores del vendedor. Del mismo modo, si compro el navío en La Rochelle y le envío a Burdeos o a Saint-Malo, o a las islas de América, quedará a cubierto de los acreedores una vez que el buque llegue a aquellos lugares, aunque en ellos no concluya definitivamente el viaje de ida y aunque yo haya contraído la obligación de hacer volver al buque al puerto donde lo he armado. Por el contrario, subsiste el crédito de los acreedores si yo me limito a enviar el buque a Rochefort, en la rada de Saint-Martin de Ré, o a Marans, o si le envío a la ribera del Sena únicamente para carenar, y ello porque en el primer caso no ha habido cambio de Almirantazgo y en el segundo, aún habiéndolo habido, no se ha producido realmente un viaje, sino un carenado que no puede ser considerado más que como una preparación del viaje. VALIN, *Ibíd.*, p. 605.

⁹⁶ Artículo III : «*La vente d'un vaiffeau étant en voyage, ou faite fous féing privé, no pourra préjudicier aux créanciers du vendeur.*»

de cual sea su condición, conservarán sus derechos frente al buque aún cuando éste haya concluido el viaje o realizado otro u otros posteriores.

La razón y justicia de ésta previsión que, por sus indeseables efectos para el comprador, equivale prácticamente a una prohibición de esta clase de ventas, se ha visto clara en el caso de las efectuadas durante el viaje, señalándose que su realización puede comportar frecuentes fraudes para los acreedores, quienes prestaron su dinero o realizaron sus suministros u obras contando con la garantía que les proporcionaba el buque⁹⁷.

Por el contrario, no parece asistir razón alguna para discriminar la venta privada frente a la realizada ante notario en lo tocante a la posición del comprador frente a los acreedores del transmitente. En realidad, la interpretación literal del mandato contenido en el precepto, contradice en cierto modo lo dispuesto en el artículo precedente y además equivale a la exigencia de formalizar la venta de los buques en documento auténtico suscrito ante fedatario público, en patente contraposición con lo que ocurre con los demás contratos

⁹⁷ V. Conference...cit., p.185, donde se dice: «*parce qu'une Vente de cette qualité est présumée frauduleuse, & faite en vue de tromper les Créanciers du Vendeur, & leur faire perdre leur deub.*». VALIN señala que un navío en viaje se halla naturalmente, por no decir necesariamente, cargado de cantidad de deudas, tales como los derivados del suministro de velas, jarcias, provisiones de boca y de guerra, y de otras cosas necesarias para su armamento y aprovisionamiento, deudas que generalmente no se pagan sino después de transcurrir tres o seis meses tras la salida del navío. Por ello es preciso impedir que el propietario pueda librarse de estas deudas mediante una venta "secreta" de la nave que privaría a sus acreedores de la garantía natural en la que ellos confiaron, que no es otra que la nave. Por lo tanto, la venta durante el viaje debe entenderse fraudulenta y los acreedores podrán exigir al comprador el pago de sus deudas o el abandono del buque para proceder a su venta judicial. Por otra parte, éste precepto, como los anteriores resultan aplicables también al caso de venta de una porción del navío y a todo tipo de naves, con independencia de su tamaño. V. VALIN, op.cit., p. 606.

marítimos como el fletamento, el préstamo a la gruesa o el seguro, que pueden ser concertados en documento privado, circunstancias éstas que parecen negar su pretendido sentido⁹⁸.

11.-El embargo y venta judicial de la nave.

Complemento indispensable de las anteriores disposiciones, lo constituyen las contenidas en el Libro I relativas a las normas procesales o, más concretamente, las que figuran en el Título XIV de dicho Libro, regulador del embargo y venta de los buques y de la distribución del precio obtenido.

En efecto, bajo la rúbrica *De la faifie & vente des vaiffeaux, & de la diftribution du prix* y a lo largo de diecinueve artículos, el mencionado Título regula un procedimiento especial sumario de embargo y venta judicial de un buque para pago de acreedores, que se asemeja al que se seguía en Francia para la venta de bienes inmuebles, si bien con notables simplificaciones y sin perjuicio de las debidas cautelas

⁹⁸ Para VALIN, la interpretación literal del artículo que comentamos resulta disparatada y contradictoria con lo dispuesto en el artículo anterior, en el que únicamente se establece la distinción entre venta judicial, con la consecuencia de purga inmediata de todos los créditos, y venta no judicial, sea o no privada, en cuyo caso la purga se produce a la conclusión del primer viaje a nombre y riesgo del comprador. Por ello sugiere que el legislador habría quizá incurrido en un error, omitiendo las palabras «*q'elle foit pardevant notaires*», y propone una interpretación correctora, en cuya virtud el texto en cuestión se debería leer del siguiente modo: «*La vente d'un vauffeau étant en voyage, q'elle foit pardevant notaires, ou faite fous feing-privé, no pourra préjudicier aux créanciers du vendeur.*», lo que, en realidad equivale a proponer la simple y llana eliminación de las incómodas y polémicas palabras «*ou faife fous feing-privé*». Incluso llega a estimar VALIN que niquiera hace falta que la venta del buque en puerto sea hecha por escrito, bastando para que el viaje consecuente purgue las deudas del vendedor con que el contrato se concierte verbalmente y el comprador declare la compra ante el Almirantazgo así como el hecho de que se dispone a hacerlo navegar a su nombre y riesgo. VALIN, *Ibid.*, pp. 610-611.

y garantías para posibles terceros acreedores⁹⁹.

El artículo primero declara paladinamente que los navíos y otras naves podrán ser embargados y vendidos judicialmente (*faifis & decretez*)¹⁰⁰, estableciendo una de las más importantes consecuencias de dicha venta: la purga de todos los privilegios e hipotecas¹⁰¹.

En los siguientes artículos se regulan, con el debido detalle, las distintas vicisitudes y trámites del procedimiento,

⁹⁹ Señala VALIN que las formalidades establecidas para la venta de inmuebles son demasiado extensas y complicadas para ser aplicadas satisfactoriamente a la venta de un navío. Por tal razón, la Ordenanza, siguiendo el procedimiento que ya se practicaba en Burdeos, prescribió para el embargo y venta judicial de los buques reglas mucho más simples y abreviadas que, al mismo tiempo, proporcionan a los acreedores todo el tiempo conveniente para poner sus derechos a cubierto por la vía de la oposición. VALIN, *Ibíd.*, p.342. Por su parte, nos dice PARDESSUS que las antiguas Ordenanzas francesas, anteriores a la de 1681, no contenían disposición alguna sobre el embargo y venta judicial de buques. Señala además el mismo autor que la competencia para éste procedimiento quedaba atribuida a órganos judiciales marítimos especiales: los de los almirantes sin que los tribunales de comercio poseyesen competencia sobre la materia. Más tarde, un dictamen del Consejo de Estado, aprobado por el jefe del gobierno el 17 de Mayo de 1.809, atribuiría la competencia a los tribunales civiles. V. PARDESSUS, *op.cit.*, nota (9), p.343.

¹⁰⁰ «*Tous navires & autres vaiffeaux pourront être faifis & décrétés para autorité de justice...*». En el artículo 519 de la *Costumbre de Normandía* ya se preveía para los navíos un tratamiento de bien inmueble a los efectos de su venta judicial. La Ordenanza recoge éste principio y en consecuencia toda enajenación de una nave con intervención judicial deberá ser hecha mediante una traba real (*faifie réelle*), un Decreto (*Décret*) y una adjudicación, en la que el precio se distribuirá por orden de privilegios e hipotecas, como ocurre con un verdadero inmueble. V. *Conference ...cit.*, p.107. En realidad, nos dice VALIN, ésta facultad que la Ordenanza atribuye al acreedor para instar la venta resulta ser la única vía que aquel tiene para privar al deudor de su nave con el fin de satisfacer su crédito. Ciertamente es que un acreedor podría obtener el abandono de la nave pero ello sólo con el consentimiento del deudor. Además, dicho abandono no podría desplegar ningún otro efecto que el que resulta de una venta voluntaria, quedando así el acreedor al descubierto frente a otros acreedores preferentes de su deudor hasta que haya realizado un viaje por su cuenta y riesgo. VALIN, *op.cit.*, pp. 341-342.

¹⁰¹ «*& feront tous privileges & hypotheques purges par le décret, que fera fait en la forma ci-après.*» Como en la venta de inmuebles, la sentencia de adjudicación (*décret*) purga todos los derechos de los demás acreedores que no los hayan ejercitado en debido tiempo y forma, deduciendo la oportuna oposición o tercería dentro del procedimiento. V. *Conference...cit.*, p.108. Para VALIN, la expresa distinción entre privilegiados e hipotecarios no posee relevancia alguna en las jurisdicciones en que los muebles no son susceptibles de hipoteca. VALIN, *op.cit.*, p.342.

tal como el embargo¹⁰², la publicidad, las licitaciones, las subastas, y las tercerías de mejor derecho ¹⁰³, los trámites particularmente abreviados para la venta de embarcaciones de pequeño porte¹⁰⁴, la concurrencia y prelación de acreedores y la fianza sustitutoria del embargo de parte de un buque a petición

¹⁰² El artículo segundo dispone que el sargento (*fergent*), una vez hecho el mandamiento de pago, (*commandement de payer*), procederá a embargar el navío, declarando, en su proceso verbal, el nombre del maestre, el del buque y su tamaño, junto al lugar en que está amarrado, hará inventario de los aparejos, utensilios, armas y municiones y establecerá un guardián solvente: «*Le fergent, après avoir fait commnadement de payer, procédera par faifie du vaiffeau, déclarera par fon procès-verbal le nom du maître, celui du bâtiment & fon port, enfemble le lieu où il fera amarré, fera inventarire des agrêts, uftenfiles, armes & munitions, & y établira un gardien folvable.*». El *commandement de payer* a que se refiere éste precepto ha sido interpretado en sentido de que el embargo no se pone en marcha por la mera alegación de un crédito por el embargante, sino que éste debe fundar su derecho en un título autentico que lleve aparejada pronta y rápida ejecución, tal como una sentencia firme o una deuda reconocida ante notario. Además la deuda debe consistir en una suma clara, líquida y exigible. VALIN, *Ibid.*, p. 343. No se admite la demanda ni se libra el mandamiento de pago si la pretensión viene fundada en cualquier documento privado. *Conference...cit.*, p.110. Por lo que se refiere a la denominación del *maître*, se trata de consignar el nombre del Capitán o Patrón pero, asimismo, se habrá de designar el del propietario o señor del navío que resulta deudor y por cuya deuda se ejercita la acción real. *Id.* Por lo demás, VALIN indica que el nombramiento del guardián solía recaer sobre algún honrado y retirado marinero y obedecía a la necesidad de evitar tanto accidentes e incendios, cuanto pillajes y robos de los aparejos, aparatos y utensilios de a bordo, los cuales, desde luego quedaban incluidos en la garantía real, incluso aunque fuesen depositados fuera del buque. Por el contrario, quedaban fuera del objeto de la garantía el bote y la falúa del navío (*sa chaloupe & son canot*) de los cuales podía disponer libremente el deudor por no formar parte de los aparejos del buque. VALIN, *op.cit.*, pp. 343-344.

¹⁰³ Los artículos XI, XII, XIV y XV se ocupan de las tercerías (*oppofitions*). El artículo XIV prescribe que los demás acreedores podrán presentarse en el procedimiento hasta tres días después de la adjudicación, con lo cual se otorga a los acreedores marítimos un tratamiento mas favorable que a los terrestres, cuyas pretensiones no son admitidas más allá de la fecha de adjudicación. En cualquier caso, los tres días marcan un plazo fatal, de modo que una vez transcurridos desaparece el derecho de todo acreedor, cualquiera que sea su condición: privilegiado, hipotecario, etc. V. *Conference...cit.*, p. 118.

¹⁰⁴ Cualquier tipo de embarcación, con independencia de su tamaño, queda sujeta a las prescripciones relativas al embargo y venta judicial de buques. Ahora bien, en atención a su pequeña entidad, el Artículo LX permite que la adjudicación de las barcas, chalupas y otras embarcaciones de diez o menos toneladas se haga tras realizar tres anuncios públicos en el mismo muelle en que se encuentren amarradas, siguiéndose así, según la obra de CLEIRAC, una antigua costumbre practicada en Burdeos. V. VALIN, *op.cit.*, p. 352.

y a cargo de los demás interesados en la expedición¹⁰⁵.

12.- Los créditos privilegiados y su orden prelativo en la Ordenanza Colbertina.

De particular interés resulta para nosotros los artículos que se ocupan de la distribución del precio obtenido, pues en ellos figura la disciplina que recoge la Ordenanza en materia de créditos marítimos preferentes. En efecto, con notable

¹⁰⁵ De esta cuestión se ocupan los artículos XVIII y XVIII. En el primero de ellos, se prescribe la facultad de los demás interesados en el navío (copropietarios) de levantar el embargo dictado contra una parte del mismo, siempre y cuando se encuentre listo para hacerse a la vela y den fianza suficiente hasta la estimación que se haga de la porción embargada. El texto es el siguiente: «*Les intéreffés au navire dont on faifira quelque portion, lorsqu'il fera prêt a faire voile, pourront le faire naviger, en donant caution jufqu'a concurrence de l'estimation qui fera faite de la portion faifie.*». Del precepto resulta que es posible trabar el embargo por la porción de ella que pertenezca al copropietario deudor. Pero como el embargo de una cuota ideal no puede hacerse sino a través de la traba material de la nave en su conjunto, la Ordenanza ha previsto ésta singular formula en interés de la navegación y con el fin de no perjudicar a los condueños no deudores. La estimación de la parte de la nave embargada será efectuada por expertos y la caución quedará en poder del Juez del Almirantazgo del lugar donde se solicitó el embargo. V. *Conference...cit.*, p.121. Por otra parte, aunque el precepto se refiere concretamente al momento en que el navío éste listo para hacerse a la vela, entiende VALIN que los interesados no se deben ver avocados a esperar hasta dicho momento, con el consiguiente riesgo de demoras en la salida, sino que podrán instar la realización de su derecho, proceder a la estimación y prestar la fianza aunque el buque se encuentre aún a la carga, lo que podrá convenirles siempre que se haya acordado el viaje con el condueño deudor antes del embargo, pues de otro modo siempre podrán esperar a la adjudicación para concertarlo con el nuevo socio adjudicatario. VALIN, *op.cit.*, pp.369.372. Complementando al artículo anterior, el artículo XIX dispone que «*Pourront auffi les intéreffés faire affurer la protion faifie, & prende deniers à la groffe adventure pour le coût de l'affurance, dont ils feront remboursés par préférence fur le profit du retour.*». Esta disposición mereció una ajustada crítica de VALIN, quien puso de manifiesto la injusticia que suponía hacer depender del beneficio del viaje (le profit du voyage) el resarcimiento del coste del seguro tomado por los interesados en beneficio de la parte embargada. En efecto, si el buque perecía, el condueño embargado y el acreedor embargante quedarían indemnes sin costo alguno, al beneficiarse de la indemnización de un seguro pagado por los demás copropietarios. Aun más inequitativa sería la solución en el supuesto de regreso del buque pero sin beneficios producidos en el viaje. En éste caso, los interesados tomadores del seguro se verían obligados a devolver, con sus intereses, el préstamo a la gruesa tomado para hacer frente al pago de la prima, sin contribución alguna de la parte embargada. Ante éstas posibilidades, quizá valga más a los interesados esperar a la ejecución y concertar el viaje con el nuevo condueño. VALIN, *Id.*

inspiración en el *Llibre*¹⁰⁶, los Artículos XVI y XVII privilegian a unas u otras clases de acreedores en función de que se trate de buque que aún no haya realizado viaje o de buque que si lo haya hecho, supuesto del que nos ocuparemos en primer lugar.

De conformidad con el Artículo XVI tan sólo existen cuatro créditos marítimos privilegiados ,ordenados de mayor a menor rango del siguiente modo:los sueldos del capitán y tripulación; los préstamos para las necesidades del buque durante el viaje ; los derivados de avituallamiento y equipamiento antes del viaje; y las indemnizaciones por pérdidas o averías de mercancías transportadas¹⁰⁷.

El mismo precepto se cuida de regular la presencia de acreedores privilegiados del mismo rango, quienes concurren igualitaria y proporcionalmente con sus respectivos créditos¹⁰⁸ y asimismo dispone que los demás acreedores, quirografarios y otros no privilegiados, serán pagados según las leyes y

¹⁰⁶Aunque es cierto que la Ordenanza contó con la doble fuente de inspiración del Derecho marítimo Atlántico y del Mediterráneo e incorporo instituciones y soluciones tanto de los *Roles* como del *Llibre*, parece claro , a la vista de la pobreza de los *Roles* en este punto, que fue la compilación catalana la que siguieron los autores de la Ordenanza en materia de preferencias privilegiarias en la ejecución colectiva de la nave. V., para el caso concreto de los créditos marítimos salariales, PEREZ PEREZ, *op.cit.*, pp.9-10.

¹⁰⁷El texto completo del artículo XVI es el siguiente :«*Les loyers des matelots employés au dernier voyage feront payés par préférence à tous créanciers; après eux, les opposants pour deniers prêtés pour les néceffités du navire plendant le voyaged; ensuite ceux qui auront prête pour radoub, vituailles & équipement avant le départ; en quatrieme lieu, les marchands chargeurs; le tout par concurrence entre les créanciers étant en même degré de privilege. Et quant aux créanciers chirographaires & autres non privilégiés, ils feront payés fuivant les loix & coutumes des lieux où l'adjudication aura été faite.*» V. VALIN,*op.cit.*,p.362.

¹⁰⁸Se sigue así, según VALIN, la regla del Derecho común que fija el orden de los privilegios por la naturaleza de la causa del crédito ,sin consideración a la cronología de su nacimiento ni al carácter ,privado o auténtico, del documento de que resulta.V.VALIN,*Ibíd.*,pp. 364-365. V. también *Conference...cit.*, p.119.

costumbres del lugar de adjudicación¹⁰⁹.

Con un orden prelativo distinto, el artículo XVII contempla el supuesto de venta judicial de un buque que aún no ha realizado ningún viaje,¹¹⁰ en cuyo caso, concurren con igual derecho y poseen preferencia sobre todos los demás acreedores, el vendedor, los operarios empleados en la construcción y los suministradores de materiales para dicha construcción¹¹¹.

La mención del vendedor, junto a la de los operarios y suministradores de materiales parece obedecer, más que a una hipótesis de concurrencia simultánea de uno y otros, al hecho de que la Ordenanza ha querido contemplar las dos grandes

¹⁰⁹ Entre los acreedores no privilegiados a que se refiere el artículo XVI figuran desde luego los acreedores hipotecarios. V. *Conference...op.cit.*, p. 119. Por lo tanto si quedare remanente, una vez pagados todos los privilegiados, la distribución entre los demás acreedores, sean hipotecarios o quirografarios, quedara sujeta a las leyes y costumbres del lugar de adjudicación. Así, dice VALIN, si resulta que en dicho lugar la hipoteca no tiene ninguna influencia sobre los bienes muebles por no ser éstos susceptibles de tal tipo de gravamen (lo que, e.g., ocurre en LA ROCHELLE), los acreedores hipotecarios y los simples quirografarios concurrirán indistintamente y a prorrata, mientras que si se trata de un lugar en que se reconoce la hipoteca naval, los hipotecarios serán colocados en perjuicio de los quirografarios y por el orden de sus respectivas hipotecas. Por otra parte VALIN considera inaceptable el punto de conexión elegido para la determinación de la ley aplicable en ésta materia: el de adjudicación. En su opinión, semejante criterio peca de arbitrariedad al permitir al deudor (naviero) decidir acerca de la mejor o peor suerte de sus acreedores mediante el fácil expediente de elegir el puerto en que escalará el buque, o poder venir éste determinado por un accidente de la navegación que obliga a entrar de arribada. Consecuentemente no cree posible que la Ordenanza haya querido enmendar en éste punto una máxima universalmente aceptada, según la cual los bienes muebles se rigen por la costumbre del lugar de domicilio de su dueño, ya que si así lo hubiera querido lo habría dicho expresamente. Llegado a éste punto propone una interpretación correctora en virtud de la cual cuando la Ordenanza hablaba del lugar de adjudicación se había querido referir, en puridad, al lugar del domicilio del deudor, por entender que es allí donde la nave sería embargada y vendida. V. VALIN, *ibíd.*, pp. 365-366.

¹¹⁰ El requisito de que el buque no haya hecho viaje alude a aquellos supuestos en que aquel se encuentra aún, bien en la grada donde ha sido construido, bien a flote en las aguas del puerto o dársena de dicho lugar, sin haber realizado todavía su primer viaje. Así, *Conference...cit.*, p. 120.

¹¹¹ Artículo XVII : «*Si le Navire vendu nà point encore fait de Voyage, le Vendeur, les Charpentiers, Calfateurs & autres ouvriers employed à la conftruction, enfemble les Creanciers our les Bois, Cordages, & autres chofesourniers pour le Bâtiment, feront payez par preference a tous Creanciers, & par concurrence entr'eux.* Id.

modalidades de construcción de un buque , previendo su presencia en términos disyuntivos y no acumulativos, según cual sea la modalidad elegida.

En la primera de ellas, es el mismo propietario quien contrata a los carpinteros ,calafateadores, y demás trabajadores , así como los suministros de maderas,jarcias, etc., quienes se constituyen en sus acreedores directos.

En el segundo, aparece la figura del contratista que se encarga de la construcción del buque, contratando por su cuenta y riesgo a trabajadores y suministradores hasta que, una vez terminada la obra, se coloca en la posición de vendedor frente al propietario¹¹².

Aunque el tenor literal de los artículos XVI y XVII parece suficientemente sencillo y claro, VALIN suscitó la cuestión de si aquellos, y especialmente el artículo XVI, habían querido fijar un *numerus clausus* de privilegios marítimos o si, por el contrario, el precepto en cuestión debe ser completado con otros , sean o no de la misma Ordenanza, si se quiere obtener una lista prelativa integral que sirva para regir las preferencia de cobro en caso de venta judicial de la nave.

¹¹² Se trata, en suma de las dos formas conocidas como construcción por economía y por empresa. La idea que hemos expuesto se refuerza a la vista de los comentarios de VALIN, quien observa que los operarios empleados en la construcción poseen privilegio tan sólo cuando hayan trabajado por orden del propietario y no cuando hayan sido empleados por un contratista. En éste último caso poseerán tan sólo una acción personal contra el contratista y otra directa contra el propietario hasta la cantidad que éste adeude a aquel (como en nuestro art. 1.597 del C.c.). En la misma posición se encuentran quienes, sin contar con el propietario, hayan prestado dinero o realizado suministros al contratista para la realización de la obra. Sin embargo, para que el buque quede indemne frente a los créditos de tales acreedores, es preciso que éstos conociesen que la misma corría a cargo del contratista y que con él habían establecido su relación contractual. De interés resulta también la interpretación de VALIN en cuya virtud, éstos acreedores por venta y construcción no deben perder su privilegio una vez que el buque ha navegado sino que deben concurrir con los acreedores por reparaciones y provisiones realizados antes del viaje. V. VALIN, *op.cit.*, p.368-369

El referido autor sustentó una posición extremadamente generosa a favor de la inclusión de nuevos privilegios, llegando a convertir en diez las cuatro clases de acreedores marítimos privilegiados que aparecen en el artículo XVI, estimando que dicho precepto no fija el orden general con que han de ser pagados los distintos acreedores que concurran a la venta judicial de la nave, sino que se limita a nominar algunos créditos privilegiados y establece el orden interno que ha de seguirse entre ellos¹¹³.

¹¹³En torno al eje cardinal del artículo XVI, apoyándose a veces en otras disposiciones de la misma Ordenanza y sin mención expresa de sustento legal alguno en otras ocasiones, VALIN estableció todo un orden general de prelación de créditos marítimos, que por su indudable transcendencia para la evolución posterior de nuestra Institución reproducimos a continuación: 1°) Los gastos de justicia ocasionados por la sentencia; 2°) Los gastos del embargo y venta judicial; 3°) Los salarios del guardián del buque devengados tanto antes como después del embargo del buque; 4°) El alquiler del almacén donde su hubieren guardado los aparejos del buque si los mismo hubieran sido sacados del buque; 5°) El coste de reparar y remendar las velas y jarcia, si hubiere habido tal y en atención a que ésta mejora redundará en un aumento del precio de adjudicación; 6°) Los derechos de calado y de amarraje del buque producidos después de su llegada al muelle; 7°) Sólo una vez satisfechos éstos créditos podrá cobrar los marineros, quienes además poseen privilegio sobre el flete en virtud del artículo 19 del Título 4 del Libro III de la Ordenanza; 8°) Tras la gente de mar, vienen los acreedores por dinero prestado durante el viaje para atender a las necesidades del buque, ora se trate de préstamo a la gruesa, ora de cualquier otro préstamo. En éste mismo grupo hay que entender incluidos también los acreedores por la mercancía vendida en las mismas circunstancias y con la misma finalidad; 9°) Siguen los prestamistas a la gruesa, o de otro modo, para reparar, avituallar o equipar el buque antes del viaje, lo que incluye a los carpinteros, calafateadores y los otros obreros que hayan trabajado en la reparación, los provisionistas de velas, jarcia y alimentos para la tripulación y, en general, todo aquel que haya contribuido a poner al buque en condiciones de hacer el viaje. La razón de que éste grupo de acreedores ceda ante los señalados anteriormente estriba en que sin el concurso de aquellos el buque no podría haber terminado su viaje, lo que les legítima para decir *salvam fecimus totius pignoris causam*. También, en noveno lugar concurren los aseguradores del buque por la prima del seguro y los prestamistas a la gruesa. Si el artículo XVI no menciona éste crédito ello es por cuanto la Ordenanza presupone que la prima se paga al contado en el momento de la firma de la póliza, lo cual, sin embargo no ocurre a veces en la práctica, en que se paga la prima después de la llegada del buque a buen puerto. No cabe duda de que los aseguradores tienen privilegio sobre el navío, sus aparejos y aparatos por la prima que les es debida, privilegio que resulta del artículo 18 del Título que regula el préstamo a la gruesa. La posible presencia simultánea de asegurador y prestamista a la gruesa debe ser resuelta sin preferencia de uno y otro acreedor siempre que el seguro sea legítimo, lo cual ocurrirá cuando el valor del buque alcanza la suma del valor asegurado y del préstamo. 10°) Sólo en décimo lugar se sitúan los cargadores por sus créditos derivados tanto de faltas de entrega cuanto de averías producidas en sus mercancías. El privilegio no incluye otros créditos dimanantes del incumplimiento de obligaciones nacidas del contrato de fletamento, como la falta de puesta del buque a disposición para la carga o la necesidad de

Notable contrapunto de dicha posición es la mantenida, entre nosotros, por GONZALEZ REVILLA, quien no acepta más créditos marítimos privilegiados que los expresamente contenidos en los artículos XVI y XVII, quedando sometidos todos los demás acreedores, cualquiera que sea su naturaleza, a las preferencias que marquen las leyes y costumbres del lugar de adjudicación¹¹⁴.

Desde luego no parece fácil compartir la opinión de VALIN, pues, por la propia naturaleza de la Ordenanza, hay que pensar que el legislador quiso racionalizar todo lo referente a la venta judicial de los buques para pago de acreedores, estableciendo a tal efecto un sistema en el que habrían de concurrir las notas de plenitud y coherencia.

Si los autores de la Ordenanza hubieran querido establecer un número más elevado de privilegios, no se ve la razón por la que no lo hicieran en el Título XIV del Libro I. Por ello, y tal vez con la excepción de los gastos de justicia, que más que un privilegio son una inevitable consecuencia procesal¹¹⁵, no creemos que haya más créditos preferentes sobre el buque que los que aparecen en el mencionado Título.

13.-La hipoteca naval y el privilegio de los marineros en las Ordenanzas de Bilbao de 1.737.-

descargar lo previamente cargado por cancelación culpable del viaje contratado. V. VALIN, *Ibíd.*, pp.362-364.

¹¹⁴ Desde su ardua defensa de la Hipoteca Naval, el autor ve en los privilegios una construcción un tanto artificial e imputa a la fantasía de VALIN la lista de diez créditos privilegiados que luego se instalaría en los Códigos. V. GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, pp.385-386.

¹¹⁵ V. *Conference...cit.*, p.110.

Aunque las Ordenanzas de Bilbao de 1.737 suponen la unificación de los dos conjuntos de normas reguladoras del comercio que hasta entonces habían vivido separadas, es decir las relativas al comercio terrestre y las propias del comercio marítimo, no pueden equipararse a una genuína codificación, al menos en lo que respecta a nuestra institución. En efecto, las Ordenanzas carecen de un tratamiento sistemático de los créditos marítimos privilegiados sobre el buque¹¹⁶, por lo que dicha disciplina debe ser elaborada a partir de los datos extraídos del análisis de cada una de las instituciones que aparecen allí reguladas.

Así, en primer lugar, siguiéndolo el orden del articulado de las Ordenanzas y prescindiendo del Capítulo regulador de las quiebras, que poca o ninguna luz arroja a nuestro estudio¹¹⁷, encontramos la vieja afección del buque al prestramista a la gruesa en virtud de hipoteca convencional especial del buque, sus

¹¹⁶Este defecto de sistema resulta, en cierto modo, lógico si se tiene en cuenta que las Ordenanzas nada prescriben acerca del estatuto del navío, i.e., su condición, adquisición, transmisión, etc. A diferencia de la *Ordonnance* francesa, la compilación bilbaína no posee un Capítulo dedicado a los navíos y, desde luego, tampoco otro que se ocupe de su venta judicial.

¹¹⁷En el Capítulo diez y siete: *De los atrasos, fallidos, quebrados, ó alzados; sus clases, y modo de procederse en sus quiebras*, contiene las prescripciones generales aplicables a toda clase de atrasos o quiebras. En síntesis, el sistema de prelación de créditos allí contemplado consiste en que cobran primero los acreedores privilegiados y los hipotecarios, por el orden de sus grados, y después los acreedores personales en proporción («sueldo a libra») a sus respectivos créditos (art. LV), salvo los quirografarios que tendrán mayor preferencia cuanto mayor sea la antigüedad de su crédito (art. LIII). Al margen de la dote de la mujer del quebrado (art. LIV en relación con la Real Provisión de confirmación de las Ordenanzas de 2 de diciembre de 1.734, V. *Ordenanzas...cit.*, p. 296.) sólo se reconocen tres créditos privilegiados: 1) los que lo fueren por rentas de la casa donde hayan vivido los fallidos por el importe del año último antecedente y el corriente hasta que se retiren de la casa los muebles y efectos de aquel; 2) los de los criados por su salario o sueldos del año corriente o del antecedente; y 3) los boticario, médicos, cirujanos y barberos por los que se les deba de la última enfermedad del fallido si hubiere muerto durante el concurso (art. LII). Ninguna disposición especial aparece relativa a la afectación especial de los buques que puedan pertenecer al quebrado.

aparejos y fletes¹¹⁸.

Esta hipoteca debería hacerse constar expresamente en la escritura en que obligatoriamente había que documentar el contrato de préstamo marítimo, sin que en ningún modo supusiese la existencia de una limitación real de la responsabilidad del deudor¹¹⁹.

La facultad negocial correspondía al Capitan, si bien éste debía de contar con el consentimiento de los dueños del navío (o requerimiento judicial a los condueños disidentes) para la válida constitución de la hipoteca en el lugar donde aquellos se hallaren o residieren¹²⁰.

Por otra parte, la garantía alcanzaba también a los restos de la nave y aparejos que se salvaren en caso de naufragio y gozaba de preferencia respecto al asegurador abandonatario, si bien, en éste caso, únicamente hasta el importe del principal,

¹¹⁸Capítulo ventitres, II : «Quando se tomare por alguna, ó algunas personas dinero á la gruesa, sobre Navío, y sus Aparejos, ó sobre Mercaderías que se cargaren en ellos, se ordena, que demás de la obligacion general de persona, y bienes del Tomador, se deberán hypotecar, especialmente en favor del Dador , los mismos Navios, Aparejos, y Fletes que ganaren, ó las Mercaderías sobre que se diere, ó las que con el tal dinero se compraren;...».

¹¹⁹El mencionado artículo II, del Capítulo ventitres, terminaba diciéndo: «... expresandolo en la Escritura, contrata o Poliza que en su razón se hiciere.». Por su parte, el artículo XVI del mismo Capítulo incluye dos ejemplos de escrituras de formalización de los préstamos a la gruesa, uno para mercaderías y otro para navíos. En éste último se dice : «Y por dicha cantidad, y las costas de la cobranza se me execute con esta Escritura, y su Juramento, en que lo difiero, relevandole de otra prueba; para cuyo cumplimiento obligo mi persona , y bienes havidos, y por haver; y especial, y expresamente hypoteco dicho Navío, Velas Jarcias, Artillería, Municiones, y demás aparejos, y los Fletes, para que todo esté sujeto , y obligado, y no se pueda vender , ni disponer de ello, hasta estar pagada ésta deuda; y lo que en contrario se hiciero no valga, y esta obligación especial no derogue , ni perjudique á la General.».

¹²⁰ Cfr. artículo VI, Capítulo ventitres y artículo 36, Capítulo venticuatro.

sin inclusión de los intereses¹²¹.

Finalmente, las Ordenanzas regulan también la preferencia entre acreedores a la gruesa y lo hacen de acuerdo con el principio romanístico *posterior in tempore potior in iure*¹²².

Hay que tener en cuenta que ésta facultad que confieren las Ordenanzas al Capitán para dar el buque en garantía de los créditos contraídos durante el viaje no se limita a los préstamos a la gruesa , sino que alcanza a todo tipo de préstamo con tal de que el mismo se contrate con vistas a atender las necesidades de la navegación. Es más, incluso para negociaciones en interés propio puede el Capitan hipotecar la nave de su propiedad o parte de ella que le pertenezca, con tal de que ésta no estuviese previamente empeñada¹²³.

En segundo lugar y siguiendo en este punto la antigua tradición marítima del *Llibre*, las Ordenanzas privilegian el crédito salarial de los marineros cuando regulan, en general, el conjunto de obligaciones y derechos de la gente de mar, es

¹²¹Artículo XIV, Capítulo ventitres: «Siempre que suceda tal naufragio á Navío, y Mercaderías, y sobre parte de él , ú de ellas estuvieren hechos Seguros en la forma que queda expresada en el capitulo próximo antecedente de esta Ordenanza, el Dador del dinero á la gruesa ventura , ó riesgo de Mar, será preferido á los Aseguradores para su pagamento, en el producto de lo que se salvare, hasta la concurrencia de la cantidad principal que huviere dado, sin incluirse los premios, mediante su especial sujección, y hypoteca.»

¹²² Artículo VII, Capítulo ventitres: «Quando alguna persona que dió dinero á la gruesa, cumplido el viaje, ó plazo pactado, no lo cobró por omisión, suya, ú otros motivos, dexandole mas tiempo á la misma gruesa; y despues para otro, ú otros viages dieren otra, ú otras personas, nuevas cantidades al mismo Tomador: Se ordena, que en quanto á su conbranza, sean preferidas las tales personas que dieren el dinero posteriormente á las que lo habían dado para el viaje, ó viajes antecedentes.»

¹²³ Así se deduce del artículo XXXVII del Capítulo venticuatro : «Tampoco podrá Capitán, ó Maestre alguno tomar dinero á la gruesa, ni hypotecar su Navio en otro Puerto para negociaciones propias, siendo el Navio perteneciente á otros en el todo , ó en parte, pero tocandole á él algun interés en el Casco, y Aparejos, y no haviendo tomado antes gruesa alguna, ni teniendolo empeñado, por otro medio, bien podrá executararlo hasta en la parte que le perteneciére; declarando en la Poliza que sobre ello otorgare, el interés propio sobre que funda la hypoteca especial...».

decir en el Capítulo XXIV¹²⁴.

En su último Capítulo, es decir en el cien, se prescribe la obligación del Capitán de pagar los sueldos de los marineros inmediatamente después de concluido el viaje pactado¹²⁵, facultando a éstos últimos, en caso de incumplimiento, para pedir y obtener el embargo y venta judicial de la nave y para cobrar con el producto de la venta con preferencia a todos los demás acreedores, cualquiera que sea su condición¹²⁶.

En relación con éste precepto debe observarse que la Ordenanza configura al Capitán como exclusivo sujeto activo de la obligación de pago de los salarios, y no como acreedor del dueño del buque para el cobro de los suyos, por lo su posible crédito salarial queda desprovisto de privilegio alguno¹²⁷.

¹²⁴Dicho Capítulo lleva por título : «De los Capitanes, Maestres ó Patrones, sus Pilotos, Contra Maestres, y Marineros, y obligaciones de cada uno.»

¹²⁵En realidad las Ordenanzas fijan un plazo de 8 días para el pago de los sueldos de los marineros, contados a partir de la fecha en que el Capitán los despidiere. Cfr. artículo LXVI, Capítulo venticuatro.

¹²⁶ El texto en cuestión es el siguiente : «A todos los Marineros, concluido que hayan el viaje pactado, y descargado el Navio, deberán pagarseles por su Capitán los sueldos que se les debieren, arreglados al convenio, ó ajuste que sobre ellos huviere hecho: Y pudiendo suceder que de parte del Capitán ó dueños del Navío haya en la paga alguna omisión (por no haver traído flete, ú otro accidente;) en este caso se ordena, que el Marinero, ó Marineros puedan pedir embargo del Navío, y sus Aparejos, y hacer se remate, con declaración de que aunque con el motivo del remate, ó embargo haya, y se opongan otros Acreedores, serán preferidos los de el dicho Equipage, y se les deberá hacer pago enteramente, alcanzando para ello su importe; y que faltanto algo tendrán el recurso para ello á solo el Capitán que mandaba el Navío, y no á otro alguno, por ser este quien convino sobre dichos sueldos, y se obligó á su paga.» *Ordenanzas de la Ilustre...cit.*, p.253.

¹²⁷Ello es fácil de entender si se repara en que la Ordenanza considera que el Capitán es el propio dueño del buque o bien un apoderado con poderes legales suficientes para actuar como si lo fuera. En efecto, el artículo I, del Capítulo veinticuatro dice lo siguiente : «Capitán, Maestre, ó Patron de Navío, es aquella persona, que siendo Dueño propietario de él, le manda, y gobierna en los viajes que se le ofrecen; ó que no siendo tal Dueño, otros, que lo son del casco, y aparejos, le eligen, y nombran por tal maestre, Capitán, ó Patron, para que en su nombre gobierne, y mande el navío, con facultad de disponer de él, y sus aparejos, como si realmente fuese tal Dueño en propiedad.»

Por otra parte hay que subrayar que la mención a la conclusión del viaje no tiene otra finalidad que determinar el momento exacto en que vence la obligación de pago, sin que, por el contrario, pueda entenderse como delimitatoria del ámbito temporal a que alcanza el privilegio¹²⁸.

Aparte de las ya mencionadas, no hemos podido encontrar ninguna otra mención a la afectación del buque en garantía de créditos marítimos, bien sea aquella de naturaleza convencional o legal¹²⁹.

Forzoso es, por tanto, concluir que las Ordenanzas. bilbainas no han seguido a las francesas en la regulación de los privilegios sobre el buque, habiéndose limitado a recoger la figura clásica de la hipoteca convencional en garantía de los préstamos marítimos y la tradición del *Llibre* en punto a la especial protección de los créditos salariales.

Por otra parte, si bien es cierto que a éstos últimos se les concede el *ius distraendi*, no hemos hallado evidencia de que a los mismos asista facultad reipersecutoria¹³⁰.

Finalmente, brilla por su ausencia una mínima disciplina en punto a la prelación de créditos, contandose únicamente con la preferencia absoluta que se atribuye a los créditos marítimos

¹²⁸ Así, PEREZ PEREZ, *op.cit.*, p.13.

¹²⁹ Quizá, haciendo una interpretación sobremanera forzada, pudiera verse también una afección especial del buque al pago de las indemnizaciones procedentes de falta de entrega de la carga transportada, supuesto que el artículo LIX del Capítulo venticuatro impone al Capitán que no realizase dicha entrega la pena de «pagar con sus bienes, Navio, y fletes, lo que faltare.».

¹³⁰ En contra PEREZ PEREZ, quien, refiriéndose en concreto al crédito de los marineros, ve el influjo característico de la influencia francesa en «la facultad de pedir embargo hasta el punto de que el privilegio especial, asistido de la reipersecutoriedad, adquiere la relevancia de un verdadero derecho real.» PEREZ PEREZ, *Id.*

salariales y con los criterios de ordenación de la concurrencia de prestamistas a la gruesa.

Capítulo III

La sistematización de los privilegios sobre el buque en la codificación mercantil

14.- Fenómeno codificador y transformación de los presupuestos de la navegación.

En el siglo XIX se produce el gran cambio en la técnica de la navegación con la aparición de los buques metálicos propulsados por hélices movidas primeramente por máquinas de vapor y más tarde por motores de combustión interna.

Esta revolución técnica, unida a los progresos en las comunicaciones y al enorme crecimiento de la actividad comercial internacional, produjo , a su vez, una radical transformación de los presupuestos económicos de la navegación, entre los que destacan el considerable aumento de las flotas y de los tamaños de los buques, a fin de poder ofrecer grandes capacidades de carga; la consecuente exigencia de inversión de enormes capitales y la necesidad de rapidez ,seguridad y regularidad en el servicio de transporte marítimo¹³¹.

¹³¹En toda esta evolución se observa una clara preponderancia de la técnica y del comercio marítimo anglosajón, en particular del imperio británico, a la sazón primer potencia marítima mundial. Así, en 1.802 se utiliza ,por primera vez, satisfactoriamente, una máquina de vapor a bordo de un buque. Se trataba del «Charlotte Dundas», construido en el «Clyde» inglés para Lord Dundas. La primera travesía del Atlántico por un velero equipado con máquina auxiliar de vapor fué la realizada en 1.818 por el «Savannah», de la matrícula de New York. Los primeros experimentos para el uso de una hélice propulsora se realizaron con el comienzo del siglo y en 1.837 JOHN ERICSON, alcanzó los primeros éxitos con el «Francis B. Ogden». La primera embarcación de hierro fue probablemente la gabarra inglesa «Trial». Pero el primer intento serio de competencia con los "clippers" americanos de madera se produjo en 1.843, año en que el «Great Britain» , buque de 1.200 toneladas , seis hélices, máquina de vapor de cuatro cilindros y 1.600 caballos de potencia, y capacidad para 260 pasajeros, fué construido en Bristol al precio de ciento veinte mil libras esterlinas. En la década de los años cincuenta tiene lugar la culminación de la historia de la industria de la navegación a vela,

Es en este contexto cuando tiene lugar lo que GIRON llama la "transformación de la intermitencia en permanencia" , es decir el cambio en la organización de la empresa naviera para funcionar en un mercado continuo de fletes y la consideración de la flota como una unidad, en la que cada buque y cada viaje aislado pasan a formar parte de una contabilidad más amplia.

Cobran así decisiva importancia la velocidad, la agilidad de las operaciones portuarias, las fluctuaciones de los fletes, y , en definitiva, todos aquellos elementos que influyen en el coste del mantenimiento de una flota permanentemente preparada para la navegación.

El viaje deja entonces de ser empresa. Esta queda constituida por la actividad especulativa e ininterrumpida de toda la flota en el mercado marítimo.

Debido a la gran entidad de los capitales requeridos para una explotación naviera se hace preciso la adopción de formulas societarias típicas del Derecho terrestre, en particular de la sociedad anónima, que substituyen en gran medida al condominio del buque y a las demás formas del Derecho marítimo pensadas para

marcándose en sus últimos años el principio del fin de la era en que los "clippers" habían impuesto su magnífico señorío. Por otra parte, la primera línea regular se inauguro en 1.816 por una compañía americana, la «Black-Ball Line», con salidas quincenales desde New York para Liverpool. Importante resultado también la declaración de libertad de navegación, producida en Gran Bretaña el 23 de Abril de 1.849, fecha en que se derogaron las «Navigation Acts» que, desde los tiempos de CRONWELL habían supuesto serias restricciones para el comercio marítimo con aquel país. Para el desarrollo técnico y comercial de la navegación marítima en el siglo XIX, V. RINMAN, T. y RIGMOR, Brodefors, *The Commercial History of Shipping*, RINMAN & LINDÉN AB, Gothenburg, Sweden, 1.983, pp.20-60. En lo que respecta al crecimiento de la flota, sirva como muestra que el volumen mundial se quintuplico en los cincuenta años transcurridos entre 1840 y 1890, calculándose que a final de siglo existían más de 300.000 buques, con cerca de 30 millones de toneladas, ocupando el Reino Unido el primer puesto con 10.998 buques y cerca de dos millones y medio de toneladas, figurando a continuación Estados Unidos, Noruega, Francia, Rusia y España con 701 buques y aproximadamente seiscientos mil toneladas. V. estos datos en COLIN, A., *Navigation commerciale au XIX° siècle*, Arthur Rousseau, París, 1.901, pp.2 y ss.

la empresa viaje. Es así como tiene lugar la general implantación de las sociedades anónimas navieras cuyo objeto social es la explotación especializada de buques¹³².

Estos profundos cambios en las premisas de la construcción naval, de la navegación y de la economía y comercio marítimos vinieron a exigir las consiguientes transformaciones del marco jurídico regulador de tales actividades.

Surge así, de un lado, una reglamentación de carácter administrativo y de vocación internacional que se dirige fundamentalmente a velar por la seguridad de la navegación¹³³, y ,de otro, la reforma de la legislación marítima mercantil , encuadrada ya en el fenómeno más amplio de la codificación, que se inicia con el comienzo del siglo XIX¹³⁴.

En efecto, iniciada la tarea codificadora y refundidora del Derecho mercantil terrestre y marítimo por el Código francés de 1807 , pronto proliferarían los Códigos de comercio que, en mayor o menor medida, reproducirían o se inspirarían en el modelo

¹³²El establecimiento en tierra de una complicada organización al servicio de la empresa y la creación de una red de consignatarios y agencias que cubre todos los puertos y lugares del globo acaban, junto con la aparición del telégrafo , con la incorporación del buque y con la indomiciliación de la empresa naviera.V.GIRON TENA,*La evolución...cit.*,pp.44-45.

¹³³ Es ,en efecto, en éste siglo, y no antes, donde deben situarse las primeras iniciativas serias de la industria y los primeros acuerdos internacionales multilaterales de naturaleza administrativa con vistas a atender los diversos aspectos técnicos de la seguridad marítima. Así, se han destacado, como hechos más importantes en esta materia, la creación de las entidades de clasificación internacional de buques y la adopción o preparación de los primeros Convenios Internacionales , tal como el que aprobó el primer Código Internacional de Señales(1.864) ; el Reglamento Internacional de prevención de abordajes (1.884); las primeras discusiones preparatorias del convenio de líneas de máxima carga y del de Arqueo de buques(en la Conferencia de Constantinopla se consagró el sistema «Moorsom»). V. MARTINEZ JIMENEZ, Isabel, *Los contratos de explotación del buque*, Bosch, Barcelona, ,1.991.p. 124.

¹³⁴Sobre el fenómeno de la codificación mercantil y sus presupuestos económicos, sociales y políticos, V. en general, EIZAGUIRRE, José María de, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1988, *passim*.

francés¹³⁵, produciéndose así un ostensible grado de similitud en el Derecho comparado y un amplio campo de coincidencias en la construcción y regulación de muchas instituciones marítimas, entre las que ciertamente se cuenta la de los privilegios marítimos.

15.-El régimen de los privilegios en el Códice de 1807.

Sabido es que el Código de comercio francés de 1.807, aún teniendo por finalidad principal atender los progresos que se habían realizado en el campo de la economía, no hizo sino descansar decisivamente en las dos Ordenanzas para el Comercio Terrestre (1673) y de la Marina (1681), hasta el punto de que muchas de sus disposiciones pasaron sin modificación a incorporarse en su articulado¹³⁶, razón por la que se ha dicho

¹³⁵BRUNETTI divide las codificaciones marítimas mercantiles en tres grupos, en función de la mayor o menor influencia ejercida por el Código napoleónico. El primer grupo, o grupo latino, está netamente inspirado en el Código francés y cuenta con varios subgrupos: a) Textos que le siguen fielmente: Códigos Marítimos de Egipto (1876), Grecia (1835), Principado de Monaco (1877), Países Bajos (hasta el 1838), Bélgica (hasta el 1878), Haití (1826), República Dominicana (1845), República de Ecuador (1882), de San Salvador (1882), y de Turquía (1864); b) Textos que combinan la influencia francesa con sus propias tradiciones legislativas: Código español de 1.829, Portugués (1883) y el de la República Argentina (1859). Además figuran aquí los Códigos de la generalidad de los países iberoamericanos, que, en general, vienen a reproducir las partes marítimas de alguno de los tres Códigos citados en este subgrupo, si bien fueron objeto de revisiones durante la segunda mitad del pasado siglo; c) Textos influenciados por el Código francés y por otros u otros códigos extranjeros: Modelo del Código Italiano que, en su versión de 1.883, seguía fundamentalmente al francés, si bien tomó algunas disposiciones del Código holandés de 1838 y del Código alemán de 1.867, que, a su vez había seguido en parte al holandés y al español. En el segundo grupo, o grupo alemán, tenemos una serie de Códigos y Leyes que se atienen al Derecho hanseático y nórdico, aun cuando no son totalmente ajenos a la influencia francesa: Código alemán (1897), Leyes marítimas de Finlandia (1873), Polonia (que adoptó el Libro IV del Código germánico), Dinamarca (Ley de 1892), Suecia (Ley de 1891), Noruega (Ley de 1893), Código de Japón (1899, refacción del viejo Código alemán), y Rusia (Ley de 1893). El tercer grupo, o anglo-americano, integrado por Gran Bretaña y los Estados Unidos de su imperio, que cuenta con sistema propio prácticamente ajeno a la influencia francesa. V. BRUNETTI, *op.cit.*, pp. 106-109.

¹³⁶Sin embargo, el Código dejó fuera todo el Derecho público, que figuraba en las Ordenanzas fundido con el comercial, deparando una integral regulación de las instituciones.

que los comentaristas de la Ordenanza, como VALIN, POTHIER o EMERIGON, vienen a ser aún los mejores guías para permitirnos conocer nuestro Derecho mercantil actual¹³⁷.

Sin embargo, por lo que respecta al Derecho marítimo y con vistas a favorecer el comercio a través de una mayor protección de los terceros, fue precisamente la normativa relativa a los acreedores privilegiados una de las que se vio sometida a mayores cambios en relación con la Ordenanza¹³⁸.

El Código encara la cuestión de los créditos marítimos y de la venta judicial del buque en su Libro II, dedicado al Comercio Marítimo, y, para ello, estructura la materia en dos Títulos diferentes.

En el primero de ellos¹³⁹, artículos 190 a 196, se prescribe la naturaleza mueble del buque y su afectación a las deudas del vendedor, se establece la lista de créditos marítimos preferentes y su modo de prueba y se regula su extinción. En el segundo de dichos Títulos, denominado *De la saisie et vente des navires*, y a lo largo de los artículos 197 a 215, se regula cuanto concierne al procedimiento y efectos de la realización de la garantía, i.e., la venta judicial del buque para pago de acreedores y la consiguiente purga de gravámenes.

En el artículo 190 se declara, tal y como se hacía en la

¹³⁷DANJON, *op.cit.*, p. 15.

¹³⁸Junto a los privilegios marítimos, sufrieron también cambios notables las normas dedicadas a los derechos y deberes de los propietarios de los buques, así como las atinentes a las facultades y responsabilidades de los capitanes. Así, BARON LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, XVIII, Code de Commerce, T.II (Lib. I-II), París, 1.830, p. 381 (referencia tomada de MARTINEZ JIMENEZ, *op.cit.*, p. 126, notas 316 y 319).

¹³⁹El Título Primero del Libro II, que lleva la rúbrica *Des navires et autres bâtiments de mer*. V. Code de Commerce, Dalloz, París, 1.952.

Ordonnance, que los navíos y otras embarcaciones de mar son muebles , si bien quedan afectos a las deudas del vendedor «y especialmente a aquellas que la ley declara privilegiadas»¹⁴⁰.

Las últimas palabras marcan una primera diferencia con la Ordenanza ,en la que ningún distingo se hacía respecto a los acreedores privilegiados. En el Código se mantiene el beneficio de la afectación del buque a favor de todos los acreedores marítimos pero, un tanto enigmáticamente, se añade que los privilegiados verán su crédito protegido "especialmente".

Creemos que con semejante mención a la especial afectación del buque vendido a los créditos marítimos privilegiados no quiso el legislador sino recordar el mejor derecho que a los mismos asiste para cobrar del producto obtenido por la venta judicial del buque, *i.e.*, la preferencia privilegiaria dispensada por el mismo Código, sin que con ello se produzca, en definitiva, modificación sustancial alguna del régimen de la Ordenanza.

Por otra parte, la naturaleza del *droit de suite* reconocido por la Ordenanza a todos los acreedores marítimos (no sólo a los privilegiados) y mantenido por el Código con el mismo alcance general, ha constituido un verdadero quebradero de cabeza para los juristas franceses , quienes no alcanzaban a comprender como la Ley podía conferir una facultad de reipersecutoriedad no acompañada de la de preferencia, siendo así que , de acuerdo con el Derecho común, bien cabe prelación sin derecho de persecución pero no a la inversa.

Ante esta dificultad no es de extrañar que surgieran

¹⁴⁰Art. 190 . «*Les navires et autres bâtiments de mer sont meubles. Néanmoins, ils sont affectés aux dettes du vendeur, et spécialement à celles que la loi déclare privilégiées*».

diversas teorías que optaban, bien por la "realidad" del derecho de persecución(LYON-CAEN ET RENAULT), bien por la imperfección transitoria del contrato de compraventa de buques, o bien por el derecho de crédito con garantía individualizada¹⁴¹.

¹⁴¹ Así, BONNECASE nos dice que en el siglo XIX, «*el droit de suite des créanciers en Droit maritime a constitué une véritable énigme pour les auteurs, en même temps qu'il traduisait à leurs yeux l'un des aspects les plus caractérisés de Particularisme absolu du Droit maritime.*». Para ilustrar ésta perplejidad de la doctrina BONNECASE transcribe del *Traité de Droit Maritime* de RIPERT (T.I., p.833) las siguientes reflexiones : «Si de la letra de la Ley la existencia del derecho de persecución a favor de los acreedores quirografarios no parece dudosa, los motivos que lo han inspirado restan inciertos y la verdadera naturaleza del derecho indecisa... A veces puede verse un acreedor que tiene derecho de preferencia sin tener derecho de persecución, pero jamás tendrá derecho de persecución sin tenerlo de preferencia. El derecho de preferencia es un derecho que existe para con una cierta categoría de interesados en beneficio de determinados acreedores; el derecho de persecución es un derecho que existe contra todo el mundo. No se puede comprender que una persona tenga un derecho oponible a todos y no pueda ser opuesto a los acreedores». RIPERT disiente de LYON-CAEN ET RENAULT, para quien, siéndole ordinariamente el derecho de persecución uno de los atributos de los derechos reales, lo que supone la simultánea existencia de un *ius prelationis*, ocurre que el legislador ha querido que aquel atributo concorra independientemente de todo derecho de preferencia cuando se trata de acreedores marítimos no privilegiados. Observa RIPERT que el artículo 190 del Código se limita a reconocer a los acreedores del vendedor el derecho de embargar la nave a pesar de su enajenación. No se trata pues de un verdadero derecho de persecución, ni la Ley utiliza tal término, ni siquiera estamos en presencia de un genuino derecho real. Los acreedores marítimos no poseen derecho de persecución ya que su acción no se dirige contra los terceros adquirentes. Basta pues entender que la venta del navío no es oponible a los acreedores hasta que no haya realizado un viaje por mar, perteneciendo hasta dicho momento al vendedor y quedando sujeto a sus acreedores, que es propiamente lo que dice la expresión legal. Sigue argumentando RIPERT que los autores antiguos no hablan de un derecho real de los acreedores marítimos que pueda ser opuesto a un tercer adquirente sino de la afectación del buque a las deudas del vendedor por razón de que aquel se reputa de la propiedad del propietario hasta que se realiza el viaje por mar. Así se explica que VALIN distinguiese entre la acción de los acreedores y la acción hipotecaria. Se trata, en suma, de un derecho parecido al que disfrutaban los acreedores del donante, los cuales pueden trabar el inmueble donado a un tercero mientras que el donatario no haya inscrito la donación, sin que por ello pueda predicarse que gocen de un derecho real sobre el inmueble, sino simplemente que la donación no inscrita no les es oponible. Pero, a juicio de BONNECASE, esta explicación no resuelve el problema. En su afán de negar la particularidad del Derecho marítimo y encuadrar las soluciones que éste ofrece dentro de los moldes generales del Derecho común, BONNECASE no considera el derecho de persecución de los acreedores marítimos sino como una aplicación de la noción del acreedor quirografario "a prenda individualizada". Esta noción responde al esquema conceptual, propuesto por el mismo autor, según el cual los acreedores quirografarios se pueden clasificar en uno de estos tres grupos : a) acreedores con garantía general o indeterminada (*à gage général* o *u indéterminé*), los cuales tienen garantizado su crédito con el patrimonio entero del deudor; b) acreedores con garantía determinada (*à gage déterminé*), a favor de los cuales se encuentra afectada una cuota del patrimonio general del deudor respecto de la cual serán satisfechos sus créditos, bien por vía de separación de aquel patrimonio, bien por vía de preferencia respecto a los demás acreedores o coherederos; c) acreedores con garantía individualizada (*à gage individualisé*), para quienes queda afectado un bien concreto y determinado del patrimonio del deudor, el cual se destina a la satisfacción

a).-La "ampliación" y prelación del artículo 191.

La tipificación de los créditos marítimos corre a cargo del artículo 191, que recoge hasta once categorías¹⁴². Esta prolija

de su crédito ,sea separándolo de aquel patrimonio ,sea mediante el ejercicio del derecho de retención.En esta categoría se incluyen el crédito dotal de la mujer casada y el acreedor provisto de un derecho de retención. Y la gran cuestión, que según BONNECASE no han sabido resolver los autores de Derecho marítimo, ha sido la de que para explicar el derecho de persecución de los acreedores del vendedor del navío no es preciso recurrir a la idea del privilegio ni a la del derecho real,sino que basta con entender que dichos acreedores poseen garantía individualizada. Y de este modo BONNECASE se queda satisfecho por haber sustraído una institución mas del particularismo del Derecho marítimo y concluye que a los acreedores marítimos no les asiste ningún Derecho real , pues no gozan de preferencia (los no privilegiados) ni de reipersecutoriedad. Por el contrario : *«Le droit de suite du créancier chirographaire ne peut être qu'un droit de créance; seulement ce droit de créance, au lieu de donner action sur le patrimoine de l'armateur exclusivement, c'est-à-dire sur sa personnalité considérée du point de vue économique, quant aux biens qu'elle possède ou pourra acquérir, et de faire figure par conséquent de droit de créance à gage indéterminé, ce droit de suite, dinos-nous, a pour gage un élément concret du patrimoine: le navire.»*.V.sobre toda esta cuestión, BONNECASE,Julien, *Le Droit commercial maritime. Son particularisme*, Recueil Sirey, Paris, 1.931, 2ª Ed., pp. 252-263.

¹⁴²El artículo 191 establece que son privilegiados, por el mismo orden en que se clasifican, las deudas siguientes: 1º) Los gastos de justicia y otros que se hagan para la realización de la venta y para la distribución del precio; 2º) Los derechos y tasas públicas de pilotaje, amarraje, tonelaje ; 3º) Los sueldos del guardián y los gastos de guarda del buque después de su entrada en el puerto y hasta el momento de la venta; 4º) El alquiler de los almacenes donde se encuentre depositados los aparejos y los aparatos; 5º) Los gastos de entretenimiento del buque y de sus aparejos y aparatos, después del ultimo viaje y de su entrada en el puerto; 6º) Los sueldos y salarios del capitán y de los demás miembros de la tripulación empleados en el último viaje; 7º) Las sumas prestadas al capitán para las necesidades del buque durante el último viaje, y los reembolsos del precio de las mercancías vendidas por aquel con el mismo objeto; 8º) Las cantidades debidas al vendedor, al suministrador y a los obreros empleados en la construcción, si el buque no ha realizado aún viaje; y las sumas debidas a los acreedores por suministros, trabajos y mano de obra para la reparación, avituallamiento, armamento y equipamiento, antes de la salida del buque, cuando éste hubiera ya navegado; 9º) Los préstamos a la gruesa tomados antes del viaje; 10º) El montante de las primas de seguros hechos sobre el casco, quilla, aparejos ,aparatos y sobre el armamento y equipo del navío, debidas por el último viaje; 11º) Las indemnizaciones debidas a los fletadores por la falta de entrega de las mercancías cargadas o por daños sufridos a las mismas por culpa del Capitán o de la tripulación.V. *Code de Commerce...cit.*, p.271. RIPERT clasifica éstos créditos en cuatro categorías: 1ª créditos aparecidos antes de la salida de la nave (provisionistas, constructores, reparadores, etc.); 2ª créditos nacidos por consecuencia de la expedición marítima (primas de seguro, salarios de tripulación, etc.); 3ª créditos aparecidos durante el curso de la expedición (préstamo a cambio marítimo necesario; indemnización por venta de mercancías) ; 4ª créditos aparecidos después de la expedición (derechos de pilotaje, anclaje, fondeadero, custodia, almacenaje, gastos judiciales, etc. V. RIPERT, *Droit Maritime*, T.II, 2ª Ed., pp. 79 y ss. Por su parte RODIERE clasifica éstos créditos en dos grupos, en razón de su justificación. El primer grupo, comprende los números 1 a 5 , caracterizándose todos ellos por

lista supone una notable ampliación de los privilegios recogidos en la Ordenanza, por lo que no es de extrañar que la doctrina se haya apoyado en ella , como uno de los elementos más relevantes (sino el que mas) que permite defender el carácter innovador del Código respecto al texto de COLBERT¹⁴³.

Sin poner en duda que en la intención del legislador estuviese presente la necesidad de reforzar el crédito marítimo, lo que es más que evidente es que aquel tuvo muy a la vista el criterio de VALIN para confeccionar la lista del artículo 191. En realidad las categorías de acreedores privilegiados que recoge el Código no son, ni más ni menos, que las que propusiera VALIN en sus famosos comentarios¹⁴⁴.

la idea de que los gastos adelantados han prestado un servicio a la masa de los demás acreedores. El segundo, agrupa los demás créditos, los cuales encuentran su justificación en que han contribuido a mantener la confianza en la garantía común y han permitido al buque concluir su último viaje. V. RODIERE, *Droit Maritime, Le navire*. Dalloz, París, 1.980, pp. 134-135.

¹⁴³ Así GIRON TENA, quien ,siguiendo a RIPERT, observa que el Código de Comercio francés quiso recoger el mayor número posible de privilegios marítimos con la finalidad de favorecer el crédito marítimo, que por entonces no podía beneficiarse de la hipoteca. Esta fue la razón por la que se produjo una notable ampliación respecto a las fuentes antecedentes, aún a riesgo de desnaturalizar la institución. De todos modos , la concesión de privilegios queda circunscrita a los créditos de origen contractual. De los cuatro grupos de acreedores que aparecían en las Ordenanzas de COLBERT (art. 16, tit. XIV, Libro I: tripulación , prestamistas para las necesidades del viaje, acreedores por apresamiento del buque, y cargadores), se pasa a los once grupos del art. 191 del Código. Se rompe así el criterio de "conservación" de las normas comerciales contenidas en la Ordenanza , al que se alude en la Exposición de motivos del Código. De GIRON TENA tomamos y transcribimos algunos de los párrafos de la mencionada exposición : «Hemos separado de esta bella Ordenanza todo lo que pertenece a la administración, a la policía , al derecho público, que se ha entendido que no debía formar parte de un Código de comercio marítimo; por lo demás, hemos conservado todos los principios por ella consagrados en alguna manera en lo que se refiere a los contratos marítimos; no nos hemos permitido más que un pequeño numero de cambios que nos parecían justificados por si mismos... hemos creído que era útil establecer más detalladamente el orden de los privilegios y se ha creído indispensable tomar algunas precauciones que el legislador de 1.681 no había atendido...». V. GIRON TENA, *El Naviero*, op.cit., pp.118-119).

¹⁴⁴ El mero cotejo entre la mencionada lista y la adelantada por VALIN es por sí suficiente para justificar esta afirmación. Al respecto GONZALEZ REVILLA comenta , no sin cierta amargura por razón de sus efectos perjudiciales para la hipoteca naval, como en el Código francés de 1.807 tuvo una influencia decisiva la obra de VALIN, quien se mostró partidario de privilegiar una larga lista adicional de créditos que luego serían recogidos

También de regular la concurrencia entre acreedores del mismo rango se ocupa el artículo 191, cuya última frase establece la regla de la prorrata (*au marc le franc*)¹⁴⁵. Este precepto debe, no obstante, ser complementado con las prescripciones reguladoras de la concurrencia entre diversos prestamistas a la gruesa, que siguen la regla tradicional *posterior in tempore potior in iure* respecto a los préstamos tomados durante el viaje y consideran a éstos últimos preferentes a los contratados antes de su inicio¹⁴⁶.

Al mismo tiempo que los autores del Código admitían y consagraban la larga lista de los créditos privilegiados propuesta por VALIN, se mostraban preocupados por los fraudes y abusos a que semejante repertorio podía dar lugar. Para salir al paso de tales riesgos dispusieron unos rigurosos medios de prueba, que son los que quedaron recogidos en el artículo 192¹⁴⁷.

por el artículo 191 del mencionado Código.V., lamentando dicha influencia, GONZÁLEZ REVILLA, *op.cit.*, p.386.

¹⁴⁵Más tarde, la Ley de Hipoteca Marítima de 10 de julio de 1885, se ocuparía de precisar que tras los privilegiados, vendrían los hipotecarios por el orden de su respectiva inscripción, con lo que quedaría sentada para el desarrollo posterior la regla de la subordinación de la hipoteca naval al privilegio marítimo.

¹⁴⁶De la cuestión se ocupa el artículo 323 del *Code*, conforme al cual los préstamos hechos para el último viaje deben ser reembolsados con preferencia a las sumas prestadas en un viaje precedente y siempre un préstamo realizado en viaje es preferente a otro tomado antes de su comienzo. Entre préstamos tomados en el mismo viaje es siempre preferente el posterior frente los anteriores. Cfr.art. 323, *Code de Commerce*, *cit.*, pp.357-358.

¹⁴⁷ El artículo 192 del *Code* dispone que los privilegios reconocidos en el artículo 191 no pueden ser ejercidos mientras que no sean justificados del siguiente modo: 1°) Los gastos de justicia por los estados de gastos decretados por los tribunales competentes; 2°) Los derechos de tonelaje y otros por los recibos legales correspondientes; 3°) Las deudas designadas en los números 1,3,4 y 5 del artículo 191, por los estados de gastos decretados por el presidente del tribunal de comercio; 4°) Los sueldos y salarios de la tripulación por los roles de armamento y desarmamento decretados por las oficinas de la Inscripción Marítima; 5°) Las sumas prestadas y el valor de las mercancías vendidas para las necesidades del buque durante su último viaje, por las cuentas certificadas por el Capitán, con su firma y la de los principales de la tripulación en documento en que se haga constar la necesidad

Si el acreedor falla en probar su crédito -precisamente de la manera exigida por la propia ley- pierde su carácter de privilegiado, con lo que ,en la práctica, se produce una reducción del número de privilegios marítimos¹⁴⁸.

b).-La extinción y ejecución de los privilegios.

Con mayor perfección técnica que la Ordenanza pero sin implicar auténtica innovación del régimen contenido en aquella, el Código establece, en su artículo 192, tres causas de extinción de los privilegios: 1º) la extinción del crédito mismo por los medios generales de extinción de las obligaciones, lo que no es mas que una consecuencia de la accesoriedad del privilegio; 2º) la venta judicial hecha con las formalidades legales; 3º) la realización de un viaje por mar a nombre y riesgo del comprador en una compra voluntaria y sin oposición de los acreedores del vendedor.

De éste modo, a semejanza del régimen colbertino, la vida de los privilegios queda limitada ,en todo caso, al tiempo que

de los préstamos tomados; 6º)La venta del buque por un acto que posea fecha cierta, y los suministros para el armamento, aprovisionamiento y avituallamiento del buque , serán constatados por las memorias, facturas o estados de gastos visados por el capitán y certificados por el armador, de los cuales será depositado un ejemplar en el archivo del tribunal de comercio antes de la salida del buque o, como máximo, en el plazo de diez días después de aquella;7º)Los préstamos a la gruesa por los correspondientes contratos; 8º)Las primas de seguro por las correspondientes pólizas y certificaciones de los corredores que intervinieron en ellos; 9º)Las indemnizaciones a los fletadores por las correspondientes sentencias judiciales o decisiones arbitrales. Congruentemente con la derogación del privilegio por préstamo a la gruesa antes del viaje, el número 7º, relativo a su justificación, sería también derogado por la Ley de 10 de julio de 1.885, sobre hipoteca marítima. V. *Códe de Commerce...cit.*,p. 272.

¹⁴⁸ "Afortunadamente", nos dice RODIERE, quien también ve en el rigor de la prueba del privilegio marítimo exigido por la ley la razón de que los acreedores, que pueden alegar simultáneamente un privilegio de Derecho común (como es el caso del vendedor con parte del precio no pagado), se acojan a éste , al no exigir aquel Derecho ningún especial medio de prueba.V.RODIERE, *Le Navire...*,p.135.

dure el próximo viaje. Una vez zarpado el buque ,y tras consumarse la nueva expedición, desaparece el *droit de suite* de todos los acreedores anteriores¹⁴⁹.

Por otra parte, el Código trata de eliminar la ambigüedad de que adolecía la Ordenanza en punto a la determinación del concepto de viaje y para ello construye una noción legal no coincidente con la de simple travesía de puerto a puerto de que hablaba VALIN.

Por el contrario, el transcurso de unos plazos mínimos resulta decisivo para su configuración. En efecto, para el Artículo 194, se reputa que un buque ha realizado un viaje por mar en cualquiera de los siguientes tres casos: 1°) cuando el puerto de salida es distinto del de llegada y han transcurrido treinta días desde el momento de la salida; 2°) cuando sin haber entrado en otro puerto diferente, el buque regresa al de salida y han transcurrido mas de sesenta días; 3°) cuando el buque que emprende un *voyage du long cours* ha estado más de sesenta días en viaje y no se ha producido reclamación por parte de los acreedores del vendedor¹⁵⁰.

Asimismo resuelve el Código el problema suscitado por VALIN, al declarar en su artículo 196 que la venta *voluntaria* de un

¹⁴⁹Cada viaje renueva así el crédito del armador, lo que resulta necesario en una época en que la calificación legal del buque como bien mueble impedía su hipoteca convencional (art. 2.119 C.civil francés) y la prenda con desplazamiento de la posesión del buque se mostraba incompatible con la necesidad de proseguir con su explotación.V. RODIERE, *Ibíd.*, p.136.

¹⁵⁰Cfr. artículo 194, *Code de Commerce*, p.272.No cabe duda de que ésta artificial construcción del concepto de viaje supone un reforzamiento del derecho de persecución de los acreedores del vendedor respecto a la Ordenanza, por cuanto el Código proporciona a estos plazos mas amplios de reclamación que el que podría suponer el de la realización de una corta travesía que, según VALIN era suficiente para producir el efecto extintivo, con tal de que tuviese lugar un cambio de jurisdicción marítima.

buque hecha estando de viaje no puede perjudicar a los acreedores del vendedor, los cuales conservarán su garantía sobre el buque. La publicidad o privacidad de dicha venta resulta ya indiferente¹⁵¹.

Por lo que hace a la traba y venta judicial de los buques, el Código sigue fielmente a la Ordenanza, reproduciendo prácticamente sus disposiciones a lo largo de los citados artículos 197 a 215¹⁵². Sin embargo, conviene destacar algunas novedades, que poseen su importancia.

Así, en primer lugar y con ocasión de determinar la persona legitimada para recibir el mandamiento judicial de pago previo a la ejecución, el artículo 199 aclara que el embargo y venta pueden hacerse, bien en virtud de una acción general contra el propietario del buque, supuesto en que el mandamiento ha de dirigirse al propietario o a su domicilio, bien en virtud de un crédito marítimo privilegiado de los contenidos en la lista del artículo 191, en cuyo caso se podrá también dirigir el mandamiento al Capitán¹⁵³.

¹⁵¹ Recuérdese que la Ordenanza añadía el supuesto de venta privada, junto al de voluntaria, lo que había provocado la crítica e interpretación correctora de VALIN. El artículo 195 sujeta a la forma escrita la venta de un buque, pero aclara que puede ser realizada tanto en escritura pública como en contrato privado y tanto en viaje como en puerto. De gran importancia nos parece el segundo párrafo del artículo 196: «*En conséquence, nonobstant la vente, le navire ou son prix continue d'être le gage desdits créanciers, qui peuvent même, s'ils le jugent convenable, attaquer la vente par cause de fraude*». Esta prescripción, en la medida en que prevé para los acreedores el remedio de impugnar la venta, parece confirmar la postura doctrinal de RIPERT contraria a la configuración por la Ordenanza y el Código de 1807 de un verdadero derecho real.

¹⁵² El núcleo de esta regulación procesal, artículos 201 a 207 y primer párrafo del artículo 209, sería después derogado por la Ley de 10 de julio de 1.885 y sustituido por los artículos 23 a 32 de la misma Ley. V. *Code de Commerce.cit.*, p.283.

¹⁵³ La distinción posee interés por cuanto de ella parece resultar que la traba y ejecución de la nave no fue concebida por el Código como un derecho especial de ejecución a favor de los acreedores marítimos sino que procedía

En segundo lugar hay que observar que, contrariando en este caso la opinión sentada por VALIN, el artículo 200 parece entender comprendidas en el asiento de la garantía tanto los aparejos y demás accesorios del buque como las *chaloups* y *canots* que al mismo se hallasen adscritos¹⁵⁴.

Una tercera novedad, digna de ser destacada, es la relativa a la facultad de paralizar la traba de los buques listos para hacerse a la vela. Aquí el Código se separa patentemente de la Ordenanza, pues, de un lado, ya no es el embargo de una parte del buque sino el del buque entero el supuesto contemplado y, de otra la caución sólo es ahora requerida cuando el crédito alegado no es uno de los nacidos para la preparación del viaje que se inicia¹⁵⁵. Claro es que el nuevo régimen hace innecesaria toda referencia al curioso sistema de financiación de la garantía sustitutoria, cuya injusticia había sido objeto de la descarnada crítica de VALIN¹⁵⁶.

por cualesquiera deudas personales del propietario por lo que favorecía también a los acreedores terrestres. Se trataba, en suma, de un procedimiento especial por razón del objeto ejecutado: el buque, y no por la cualidad o condición de los créditos alegados. Al mismo tiempo, la separación de las acciones generales contra el propietario por un lado y de las que nacen de créditos marítimos privilegiados por otro, parece indicar que el legislador francés consideraba que no había otros créditos marítimos que los listados en el artículo 191.

¹⁵⁴El artículo 200 establece los elementos que se han de hacer constar en el proceso verbal por el encargado de la venta. Además de la identificación de la persona del acreedor, de la clase y cuantía del crédito, del lugar de ejecución y del que se encuentra el buque, del nombre del propietario y del capitán, del nombre y tamaño del buque, y del establecimiento del guardián, prescribe el artículo 200 que: «*Il fait l'énonciation et la description des chaloupes, canots, agrès, ustensiles, armes, munitions et provisions*», con lo que parece querer precisar los bienes comprendidos en el objeto de la garantía. V. *Code de Commerce, cit.*, p. 283.

¹⁵⁵El primer párrafo del artículo 215 dispone que «*Le bâtiment prêt à faire voile n'est pas saisissable, si ce n'est à raison de dettes contractées pour le voyage qu'il va faire ; et, même dans ce dernier cas, le cautionnement de ces dettes empêche la saisie.*»

¹⁵⁶V. *sup.*, § 11.

También aquí, con el propósito de eliminar dudas conceptuales, el Código pretende aclarar cuando un buque se encuentra listo para hacerse a la vela, diciendo que ello ocurre siempre que el capitán cuente con todos los suministros precisos para el viaje¹⁵⁷.

No carecen pues de importancia las aportaciones que introdujeron los autores del Código en nuestra disciplina. Sin embargo, el balance global de la comparación con el régimen de la Ordenanza lleva inevitablemente a la conclusión de que el primer Código de comercio francés no se separó sensiblemente del régimen de aquella en materia de privilegios marítimos sobre el buque¹⁵⁸.

16.-La configuración de los privilegios marítimos en el Código español de 1.829.

La llegada del Código de SAINZ DE ANDINO, supone para el Derecho español el término de la vigencia de los estatutos y de las ordenanzas que durante siglos habían venido rigiendo las

¹⁵⁷ El texto del segundo párrafo del artículo 215 es el siguiente: «Le bâtiment est censé prêt a faire voile lorsque le capitaine est muni de ses expéditions pour son voyage.» V. *Code de Commerce, cit.*, p. 286.

¹⁵⁸ Bien es cierto que el artículo 191 llevó a cabo una importante ampliación del número de créditos privilegiados que se reconocían en la Ordenanza, elevándose así a la categoría legislativa el repertorio adelantado por VALIN, y también lo es que el Código introdujo algunas mejoras y aclaraciones técnicas, pero, en lo sustancial, puede decirse que el sistema de las garantías sobre el buque no descolló precisamente por su carácter innovador. No se yerra mucho, por tanto, si se dice que, en general, la regulación de los privilegios contenida en la *Ordonnance* pasó a los artículos 191 a 215 del Código, quedando el préstamo a la gruesa convertido en una especie más del género privilegio, en el cual aparecen sistematizadas todas las figuras de garantías reales sobre el buque. Así, RODIERE, *Le navire, cit.* p.134. En cualquier caso, ha de tenerse presente que la afección del buque, sus aparejos, aparatos, armamento y provisiones al cumplimiento de la obligación de restituir el préstamo a la gruesa tomado sobre el casco y quilla del navío viene recogida *ex abundantia* por el artículo 320, i.e., en añadidura a la lista sistemática del artículo 191.

relaciones jurídico-marítimas en nuestro país¹⁵⁹. Sin embargo, como tantas veces se ha dicho, el Código no supo dar respuesta satisfactoria a la nueva realidad técnica y económica de la navegación comercial y, en particular, a la transformación que supuso el nacimiento de la empresa naviera de transporte marítimo, tal y como hoy la conocemos¹⁶⁰.

Simplificando algo la materia respecto al Code y con conmixción de la misma en un mismo Título , junto al régimen de propiedad y copropiedad de las naves, nuestro primer Código de comercio regula la disciplina de los créditos marítimos privilegiados en sus artículos 596 a 608¹⁶¹.

Aparte de la aludida simplificación, que en puridad sólo es significativa en la regulación procesal de la venta del buque, bien puede decirse que el Código de 1829 calcó las disposiciones a que nos vamos a referir sobre las correspondientes del Código de Napoleón, en paladina y concreta muestra de su ya comentada incapacidad de adaptarse a las radicales mutaciones de la realidad de la navegación que a la sazón habían ya comenzado a

¹⁵⁹Quedaban así definitivamente derogadas las ordenanzas de los Consulados mercantiles de Castilla (Burgos, Bilbao, etc.) el *Llibre del Consolat de Mar* barcelonés y ,en general, todas las normas de derecho mercantil contenidas en las diferentes fuentes y recopilaciones de los diversos territorios de la nación. Sobre la influencia del Derecho histórico y de las Ordenanzas en la elaboración del Código de 1829 ver, en general, RUBIO, J., *Sainz de Andino y la Codificación Mercantil*, Madrid, CSIC, 1950. Un comentario crítico general, en EIZAGUIRRE, *El Derecho...cit.*, pp.65-74.

¹⁶⁰ Nuestro Código , aún promulgado transcurrido ya el primer cuarto de siglo (a diferencia del francés) permaneció fiel a la tradición y partió de la realidad económica de la empresa viaje para disciplinar toda la materia del Derecho Marítimo. Se produjo así una manifiesta inadaptación a los supuestos de hecho de la época ,en que cada viaje se inserta, como una operación material mas, en el conjunto de la actividad económica de la sociedad naviera. V. GIRON TENA, *La evolución...cit.*, pp.59-60).

¹⁶¹Estos preceptos figuran en el Libro III, Título I, que recibe la denominación «De las naves». V. GOMEZ DE LA SERNA ,P. y REUS GARCIA, J., *Codigo de Comercio, concordado y anotado*, Imp. Revista de Legislación, Madrid, 1859, pp.158-164.

arraigar.

a).-Significado y contenido del privilegio marítimo sobre el buque.

A pesar de ello, no faltaron aportaciones propias ,entre las que queremos destacar el mérito fundamental de haber acotado con aceptable precisión el significado y contenido de los privilegios marítimos. En efecto, para el Código el privilegio es un derecho subjetivo claramente constituido por tres facultades inseparablemente atribuidas a su titular, *i.e.*, el *ius prelationis*, el *ius distrahendi* y la reipersecutoriedad. De su conjunción resulta así, sin lugar a dudas, un auténtico derecho real de garantía.

La facultad de prelación sirve de pórtico a la disciplina de los privilegios marítimos sobre el buque ,ya que aparece en el artículo 596 con las siguientes palabras: «Cuando las naves sean ejecutadas y vendidas judicialmente para pago de acreedores,tendrán privilegio de prelación las obligaciones siguientes , por el orden con que se designan...».

Respecto a la facultad de realización de la garantía mediante su venta judicial el artículo 602 prescribe que precisamente los acreedores privilegiados (no todos los acreedores del propietario del buque, como hacía el Código francés) podrán embargar la nave en cualquier puerto en que se halle, procediéndose inmediatamente a su venta judicial¹⁶².

¹⁶² Artículo 602:«Mientras dura la responsabilidad de la nave por las obligaciones detalladas en el art. 596, puede ser embargada a instancia de los acreedores que presenten sus títulos en debida forma en cualquier puerto donde se halle; y se procederá a su venta judicialmente con audiencia y citación del capitán en caso de hallarse ausente el naviero».V.GOMEZ DE LA SERNA Y

Cierto es que también cabe detener y embargar la nave a instancia de otros cualesquiera acreedores pero ello sólo si aquella se encuentra en su puerto de matrícula y con citación necesaria del propietario, lo que ,en realidad, viene a asimilar el procedimiento al común de embargo de los bienes del deudor¹⁶³.

Por su parte, la reipersecutoriedad viene enunciada ,sin dar lugar a equívocos, como una facultad de naturaleza real que se otorga única y exclusivamente a los acreedores privilegiados. Es el privilegio y sólo el privilegio lo que permite que el crédito sobreviva temporalmente a la enajenación de la nave. En efecto, según el artículo 599 : «Los acreedores por cualquiera de los títulos mencionados en el art. 596 conservarán su derecho espedito contra la nave, aún después de vendida esta...»¹⁶⁴.

El contraste aquí con los precedentes franceses es palmario si se repara en que aquellos se limitaban a dejar sujeto al buque a las deudas del vendedor¹⁶⁵, afección cuya naturaleza resultó muy discutida por la propia doctrina francesa y que operaba además en beneficio de todo tipo de acreedores del vendedor.

REUS, *Ibíd.*, p.161.

¹⁶³El artículo 603 dispone: «Por cualquier otra deuda que tenga el propietario de la nave, no puede ser esta detenida ni embargada, sino en el puerto de su matrícula, y el procedimiento se entenderá con el mismo propietario haciéndole la primera citación al menos en el lugar de su domicilio.» V.GOMEZ DE LA SERNA Y REUS, *Id.*

¹⁶⁴La naturaleza real del privilegio viene confirmada por GOMEZ DE LA SERNA y REUS cuando comentan que lo establecido por el artículo 599 se separa del derecho común, según el cual los bienes muebles están afectos al pago de las deudas sólo mientras el deudor es su propietario o cuando han sido enajenadas en fraude de terceros. *Ib.* 160-161.

¹⁶⁵Repárese en que, a diferencia del régimen francés, nuestro Código permite accionar contra la nave a los acreedores privilegiados aunque estos no lo fuesen del vendedor, e.g. crédito personal del primer enajenante en el supuesto de dos ventas sucesivas.

b).-Tipología, concurrencia, extinción y ejecución.

Una vez destacadas las aportaciones de nuestro Código cara a la definición de la naturaleza jurídica de los privilegios, cuestión que nos parece de la mayor relevancia, procede analizar comparativamente otros aspectos de nuestra institución.

Comenzando por las materias en que nuestro legislador siguió escrupulosamente al modelo francés, tenemos, en primer término, que la lista de los créditos marítimos privilegiados establecida por el artículo 596 es casi una reproducción literal de la contenida en el artículo 191 del Código francés¹⁶⁶.

¹⁶⁶Esta lista es la siguiente: «1.° Los créditos de la Real Hacienda, si hubiere alguno contra la nave. 2.° Las costas judiciales del procedimiento de ejecución y venta de la nave. 3.° Los derechos de pilotaje, tonelada, ancoraje y demás de puerto. 4.° Los salarios de los depositarios y guardianes de la embarcación, y cualquiera otro gasto causado en su conservación desde su entrada en el puerto hasta su venta. 5.° El alquiler del almacén donde se hayan custodiado los aparejos y pertrechos de la nave. 6.° Los empeños y sueldos que se deban al capitán y tripulación de la nave en su último viaje. 7.° Las deudas inescusables que en el último viaje haya contraído el capitán en utilidad de la nave, en cuya clase se comprende el reembolso de los efectos de su cargamento que hubiese vendido con el mismo objeto. 8.° Lo que se deba por los materiales y mano de obra de la construcción de la nave, cuando no hubiere hecho viaje alguno; y si hubiere navegado, la parte del precio que aun no esté satisfecha a su último vendedor, y las deudas que se hubieren contraído para repararla, aparejarla y aprovisionarla para el último viaje. 9.° Las cantidades tomadas á la gruesa sobre el casco, quilla, aparejos, pertrechos, armamento y apresto antes de la última salida de la nave. 10.° El premio de los seguros hechos para el último viaje sobre el casco, quilla, aparejos, pertrechos, armamento y apresto de la nave. 11.° La indemnización que se deba a los cargadores por valor de los géneros cargados en la nave, que no se hubieren entregado á los consignatarios, y la indemnización que les corresponda por las averías de que sea responsable la nave.» Como puede observarse, las únicas diferencias consisten en que nuestro Código añadió, colocándolos en el primer rango, los créditos de la Hacienda Pública; refundió en el número 4° los números 3° y 5° del texto francés; e hizo privilegiado el crédito del vendedor del buque sólo en el supuesto de que éste hubiese navegado, invirtiendo así el requisito francés, según el cual aquel solo veía privilegiado su crédito respecto al buque que aún no había realizado viaje. Acerca de la precedente enumeración de privilegios, GOMEZ DE LA SERNA y REUS efectúan, entre otros, los siguientes comentarios: sin las costas judiciales del n° 2.° no se habría podido realizar la venta, por lo que redundan en beneficio de todos los acreedores; la razón del privilegio de los créditos del número 3.° reside en que los derechos están introducidos a favor de la navegación y del Estado; la prelación de los números 1.° a 5.° es la misma que la que procede en derecho común respecto á los gastos de una cosa sobre ella misma; si los créditos del número 9.° no están equiparados a los del número 8.° ello es porque quienes emplean su industria son normalmente mas necesitados que los que especulan contratando a la gruesa, razón por la que la ley ha querido favorecer a aquellos respecto a éstos últimos. Por otra parte debe anotarse que la adopción por nuestro Código del modelo francés supuso la frustración de la primerísima preferencia que tradicionalmente había

También sigue ,casi al pie de la letra, nuestro artículo 818 al 320 francés en punto a la regla especial -y aparentemente redundante- relativa a la afección del buque en garantía de la devolución del préstamo a la gruesa¹⁶⁷.

Asimismo se aprecia una manifiesta identidad de ambos textos en materia de concurrencia entre acreedores privilegiados de igual grado, para cuyo caso, el artículo 597 del Código de 1829 prescribe el reparto proporcional y los artículos 829 y 830 establecen las consabidas y peculiares reglas para la concurrencia entre prestamistas a la gruesa¹⁶⁸.

Y, en fin, otras materias en las que no cabe sino constatar una pura y llana copia del Code son las relativas a la prueba de

otorgado nuestro Derecho al crédito marítimo salarial, el cual se coloca nada menos que al sexto lugar.V.PEREZ PEREZ, *op.cit.*, p.17.

¹⁶⁷ Artículo 818: «Si se constituye el préstamo a la gruesa sobre el casco y quilla del buque, se entienden hipotecados el capital y premios, el buque, las velas, aparejos, armamento, provisiones y los fletes que ganare en viaje.» Repárese en que el Código, fiel a nuestra tradición medieval, emplea el término de "hipoteca" para designar la afección especial y *ex lege* del buque en garantía de un crédito.

¹⁶⁸ Artículo 597: «En todo caso de no ser suficiente el producto de la venta de la nave para pagar a todos los acreedores de un mismo grado , se dividirá entre estos á prorata del importe de sus respectivos créditos la cantidad que corresponda a la masa de ellos, después de haber quedado cubiertos por entero los de las clases preferentes, según el orden detallado». El precepto transcrito no hace sino seguir la norma del artículo 191 *in fine* del Código francés. Asimismo los artículos 829 y 830 de nuestro Código siguen el régimen dispuesto en el artículo 323 del texto francés para determinar la prelación entre prestamistas a la gruesa ; art.829 «Las cantidades tomadas a la gruesa para el último viaje del buque, se pagarán ,con preferencia á los préstamos de los viajes anteriores, aun cuando estos últimos se hubiesen prorogado por un pacto expreso»; art.830: «Los préstamos hechos durante el viaje serán preferentes á los que se hicieron antes de la expedición de la nave, graduándose entre ellos la preferencia en caso de ser muchos por el orden contrario al de sus fechas.» La razón de este orden "invertido" de preferencias es la clásica de contribución al mantenimiento de la garantía común. Pero esta regla no debe jugar, según GOMEZ DE LA SERNA y REUS , para determinar la preferencia entre préstamos realizados antes de la salida de la nave o en el mismo puerto de escala, pues en tal caso «cesa el motivo que tiene la ley para considerar á los unos mas privilegiados que á los otros.» V. GOMEZ DE LA SERNA y REUS, *op.cit.*, p.235.

los privilegios¹⁶⁹ y a los efectos extintivos que sobre ellos produce la venta judicial de la nave¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Pocas son las diferencias que ofrece nuestro artículo 598 frente al artículo 192 francés. El texto de aquel era el siguiente: «Para gozar de la preferencia que en su respectivo grado se marca á los créditos de que hace mención el art. 596, se han de justificar estos en la forma siguiente:

Los créditos de la Real Hacienda, por certificaciones de los contadores de Rentas Reales.

Los derechos de tonelada, ancoraje y demás de puerto, por certificaciones detalladas de los jefes respectivos de la recaudación de cada uno de ellos.

Los salarios y gastos de conservación del buque y sus pertrechos por decisión formal del tribunal de comercio que hubiere autorizado o aprobado después dichos gastos.

Los empeños y sueldos del capitán y tripulación, por liquidación que se haga en vista de los roles y de los libros de cuenta y razón de la nave aprobada por el capitán del puerto.

Las deudas contraídas para cubrir las urgencias de la nave y su tripulación durante el último viaje, y las que resulten contra la nave por haberse vendido efectos del cargamento, se examinarán y calificarán por el tribunal de comercio en juicio instructivo y sumario, con vista de las justificaciones que presente el capitán, de las necesidades que dieron lugar a contraer aquellas obligaciones.

Los créditos precedentes de la construcción o venta del buque, por las escrituras otorgadas á su debido tiempo con las solemnidades que prescribe la ordenanza de matriculas.

Las provisiones para el apresto, aparejos y vituallas de la nave, por facturas de los proveedores, con el recibo á su pie del capitán y el visto bueno del naviero, con tal que se hayan protocolizado duplicados exactos de las mismas facturas en la escribanía de marina del puerto de donde proceda la nave antes de su salida, ó lo mas tarde en los ocho dias siguientes é inmediatos á ella.

Los préstamos a la gruesa, por los contratos otorgados según derecho.

Los premios de seguros, por las pólizas y certificaciones de los corredores que intervinieron en ellos.

Y los créditos de los cargadores por efecto de entrega del cargamento ó averías ocurridas en él, por sentencia judicial ó arbitral.». V. GOMEZ DE LA SERNA y REUS, *Ibíd.*, p.160. En definitiva, para que pueda hablarse de privilegios, hace falta que los acreedores prueben su crédito mediante documento extendido o registrado por oficina pública, por fedatario público, o por órgano judicial. Esta exigencia de documento público vale también para el préstamo a la gruesa ya que aunque el artículo que hemos transcrito no la menciona expresamente dice que el mismo se hará conforme a derecho, y el artículo no otorga ejecución al contrato de préstamo celebrado privadamente, salvo que conste la autenticidad de las firmas por reconocimiento judicial u otra forma suficiente. Con ello nuestro Código hace que todos los acreedores privilegiados lo sean a la vez quirografarios y que su preferencia privilegiaria y real se identifique con la documentaria.

¹⁷⁰ El artículo 600 de nuestro Código sigue al 193 del Código francés al disponer que : «Si la venta se hiciere en pública subasta y con intervención de la autoridad judicial bajo las formalidades prescritas en el artículo 608, se extingue toda responsabilidad de la nave en favor de los acreedores desde el momento en que se otorgue la escritura de venta.». Nuestro Código se separa aquí del precedente francés por cuanto marca como fecha limite para la extinción la de otorgamiento de la escritura de venta, mientras que en aquel se mantenían los tres días subsiguientes a la adjudicación para que los acreedores del vendedor pudieran ejercitar su oposición (art.212). Por otra parte, es de señalar la expresión personificadora empleada por nuestro Código: «se extingue toda responsabilidad de la nave», en clara alusión al carácter real de la facultad del privilegiario, que como sabemos, era más que dudoso en la Ordenanza y en el Código galo.

Mas originalidad imprimió nuestro legislador en la normación de las demás causas de extinción. En efecto, los artículos 599 y 601 contemplan los efectos extintivos de la venta voluntaria o, lo que es lo mismo, el plazo de duración del derecho de persecución de los acreedores marítimos privilegiados.

Si la venta se realiza en el puerto donde se encuentra la nave, los privilegios subsisten hasta que ésta salga a navegar y sesenta días después de que se hiciese a la vela despachada a nombre y por cuenta del nuevo propietario¹⁷¹.

Por el contrario, si la venta acontece estando la nave de viaje, los créditos privilegiados siguen adheridos al buque hasta el regreso al puerto de su matricula y seis meses después¹⁷².

De este modo nuestro Código vino a simplificar el régimen francés huyendo de la casuística del artículo 194 y fijando un plazo único de sesenta días después de la salida para todos los supuestos y, al mismo tiempo, dulcificó la rigurosa prohibición contenida en el Código galo al permitir la prescripción de los privilegios sobre un buque vendido voluntariamente mientras cursaba viaje.

El texto de Sainz de Andino despacha con un sólo artículo la regulación del proceso para el embargo y venta judicial del buque, remitiéndose, para todo lo demás a las solemnidades y formas previstas en el Derecho común, con lo cual se separa de

¹⁷¹Artículo 599: «Los acreedores por cualquiera de los títulos mencionados en el art. 596 conservarán su derecho espedito contra la nave, aun después de vendida esta, durante todo el tiempo que permanezca en el puerto donde se hizo la venta, y sesenta días después que se hizo a la vela, despachada a nombre y por cuenta del nuevo propietario».

¹⁷²Artículo 601: « Si se vendiere una nave estando en viaje, conservarán sus derechos íntegros contra ella los espresados acreedores, hasta que la nave regrese al puerto donde esté matriculada y seis meses después.»

la amplitud de la regulación procesal especial que se aprecia en el Código francés¹⁷³.

Ello no obstante, nuestro legislador sí que incorporó el supuesto de embargo de nave lista para salir a navegar, contemplado en el artículo 215 francés, si bien con alguna mejora técnica y con reforzamiento del régimen de la garantía sustitutoria a favor de los acreedores¹⁷⁴.

A la original iniciativa de nuestros legisladores responde también la prohibición de que las solas deudas particulares de un condueño puedan fundar el embargo de un buque ni perturbar su

¹⁷³ Artículo 608: «Ninguna nave puede rematarse en venta judicial, sin que haya sido subastada públicamente por término de treinta días, renovándose cada diez días los carteles en que se anuncie la venta, y pregonándose por término de tres horas en cada uno de los días primero, diez, veinte y treinta de la subasta. Los carteles se fijarán en los sitios acostumbrados para los demás anuncios en el puerto donde se haga la venta, y en la capital del departamento de marina á que aquel corresponda; y tanto en uno como en otro punto se fijará un cartel en la entrada de la capitania de puerto. La venta se anunciará también en todos los diarios que se publiquen en la provincia, y se hará constar en el expediente de subasta el cumplimiento de esta, y las demás formalidades prescritas. En el remate se procederá con las solemnidades y en la forma que está dispuesto por el derecho común para las ventas judiciales.» La remisión al derecho común debe entenderse aquí en concreto hecha a los artículos 343 y 344 de la Ley de Enjuiciamiento vigente a la sazón. V. GOMEZ DE LA SERNA y REUS, *Ibíd.*, p. 164. Complemento del precepto transcrito lo constituye el artículo 607, que se ocupa de concretar la extensión objetiva de la garantía: «Siempre que se haga embargo de una nave, se inventariarán detalladamente todos los aparejos y pertrechos de ella, caso de pertenecer al propietario de la misma nave.»

¹⁷⁴ En efecto, el artículo 604 sustituye el concepto de buque «listo para hacerse a la vela» por el más concreto de buque «despachado» y, al mismo tiempo opera la subrogación real de la fianza prestada en el lugar del buque, aunque éste no regrese a puerto por caso fortuito. Artículo 604: «Ninguna nave cargada y despachada para hacer viaje puede ser embargada ni detenida por deudas de su propietario, de cualquier naturaleza que estas sean, sino por las que se hayan contraído para aprestar y aprovisionar la nave para aquel mismo viaje, y no anteriormente, y aún en este caso cesarán los efectos del embargo si cualquiera interesado en la expedición diere fianza suficiente de que la nave regresará al puerto en el tiempo prefijado en la patente, ó que si no lo verificase por cualquier accidente, aunque sea fortuito, satisfará la deuda demandada en cuanto sea legítima.» Un buque está despachado cuando se han cumplido todos los trámites de despacho y el capitán posee en regla los documentos exigibles por la reglamentación que resulte aplicable. GOMEZ DE LA SERNA y REUS señalan que el precepto supone una desviación de los principios que rigen el embargo en el Derecho común, justificable por cuanto deben aquí primar los intereses de los dueños del buque y de los cargadores frente al de los acreedores, quienes, sin perder su derecho, han de soportar su descuido de no haber presentado su reclamación en cualquier momento anterior al del despacho del buque, *Ibíd.*, P. 161.

navegación¹⁷⁵. Y, desde luego, nada tiene que ver con el modelo galo y sí responde a nuestra vieja tradición histórica, la limitación de embargo de naves extranjeras que prescribe el artículo 605¹⁷⁶.

Complemento importante del régimen de privilegios dispuesto por el Título I del Libro II que acabamos de comentar y, en particular, de la regulación del *ius prelationis* resulta la exclusión que, respecto a las naves, realiza el artículo 1.115 del C. de c. En su virtud queda netamente establecido un derecho de separación absoluta de los buques para todo proceso de ejecución universal de los bienes del quebrado. Ello supone que el régimen especial de prelación para la venta judicial de naves previsto en el artículo 596 del C. de c. se aplica con

¹⁷⁵Artículo 606: «Por las deudas particulares de un copartícipe en la nave, no podrá ser esta detenida, embargada ni ejecutada en su totalidad, sino que el procedimiento se contraerá a la porción que en ella tenga el deudor, y no causará estorbo a su navegación.». De este modo el Código no ha querido que el estado desgraciado de la fortuna de un condueño pueda perjudicar a todos los interesados en la navegación. V. GOMEZ DE LA SERNA y REUS, *Ibíd.*, p. 163.

¹⁷⁶El texto del artículo 605 dice así: «Las naves extranjeras surtas en los puertos españoles no pueden ser embargadas por deudas que no hayan sido contraídas en territorio español, y en utilidad de las mismas naves.». Mas que a una necesidad del tráfico marítimo del siglo XIX la presencia de éste precepto en el Código parece obedecer exclusivamente al acarreo histórico (V. *sup.*, § 7), de una prohibición que fue ampliamente criticada. Decían GOMEZ DE LA SERNA y REUS que «El buen criterio, la recta razón, los principios todos de equidad y justicia, y hasta la conciencia misma están diciendo que no es posible la aplicación absoluta de éste artículo en todos los casos.». Como ejemplo señalan el caso de un buque extranjero que, en el curso de su viaje hacia España arriba en un puerto también extranjero y toma allí préstamo a la gruesa. Interpretando el precepto de forma correctora, los autores se muestran partidarios de la procedencia del embargo del buque una vez llegado a puerto español a petición del prestamista y en garantía de la devolución de la suma prestada, pues sólo esta solución se ajustaría a la índole especial de los negocios mercantiles. La solución contraria, .i.e., la denegación de la traba, sería una injusticia y hasta coadyuvaría a la realización de una estafa, pues «se habría engañado al prestamista que dio su dinero de buena fe, sin tener en cuenta la legislación de un país extraño, y que ni aun pudo prever que existiera una disposición prohibitiva de tal naturaleza que repugna á todas las reglas de equidad y de justicia.»

independencia de que exista o no situación de quiebra¹⁷⁷.

17.-El modelo de los Códigos de comercio italianos de 1865 y 1882.

El Código italiano de 1.865 constituyó un ejemplo más de texto influido y determinado por la codificación mercantil francesa. Lo mismo puede decirse respecto al posterior Código de 1.882¹⁷⁸.

Sin embargo, en materia de privilegios cabe apreciar una cierta originalidad respecto al modelo francés, quizás mas intensa que la que puede hallarse en el Código español.

A semejanza del Código de SAINZ DE ANDINO, el Código

¹⁷⁷ El libro IV del Código de 1.829 se dedicó a las quiebras y su Título VIII a la graduación y pago de los acreedores. El artículo 1.115 decía los siguiente «Del producto de los demás bienes de la quiebra, hecha que sea la deducción de las pertenencias de los acreedores con título de dominio, serán pagados con preferencia los acreedores privilegiados con hipoteca legal o convencional, graduándose el lugar de su prelación respectiva por el de la fecha de cada privilegio, sin perjuicio de lo dispuesto en cuanto a las naves por el artículo 596 de este Código, y de lo que previenen las leyes comunes sobre los créditos alimenticios y refaccionarios que no procedan de operaciones mercantiles.». En este precepto se ha visto una transcripción casi literal del primigenio Código de Comercio francés y de la disposición contenida en el artículo VII del título XI de la Ordenanza francesa para el comercio de 1.673, pero con inclusión de manifiestos errores técnicos. En efecto, mientras que las fuentes francesas distinguían claramente entre privilegiados e hipotecarios, el tenor literal de nuestro precepto «acreedores privilegiados con hipoteca legal o convencional» parece indicar que para SAINZ DE ANDINO no existía diferencia alguna entre una y otra clase de acreedores, de suerte que identificó preferencia privilegiaria con la real de hipoteca, confusión que se confirma si se repara en el orden prelativo prescrito: «la fecha de cada privilegio», el cual se encuentra en neta contradicción con la regla clásica *privilegia no ex tempore sed ex causa aestimantur*. V. PEREZ PEREZ, *op.cit.*, pp. 15-16. V., también, GOMEZ DE LA SERNA y REUS, *op.cit.*, pp.366-367. En la p. 367 se alude a un posible error de redacción, pues «La naturaleza de los privilegios excluye toda idea de fecha;el someterlos a ésta circunstancia equivale a destruirlos».

¹⁷⁸La conquista napoleónica impuso al reino italiano el Código francés de 1.807 en base a un Decreto dado en Bayona el 17 de julio de 1.808. Una vez unificado el Reino de Italia, el 25 de junio de 1865 sería aprobado y publicado el Código de comercio, que dedicaba su segundo Libro al comercio marítimo. Este Código sería después sustituido por otro que, aprobado el 31 de octubre de 1882, entraría en vigor el 1 de enero de 1.883, que, asimismo, dedicó el Libro II al comercio marítimo y a la navegación marítima e interna.V.LEFEBRE D'OVIDIO, Antonio y PESCATORE, Gabriele, *Manuale di Diritto della Navigazione*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1964, 4ª Ed., pp. 10-11.

italiano de 1882 constituye claramente a favor de los titulares , y sólo a favor de ellos, un genuino derecho real, cuando en su artículo 674 afirma que «Las naves y las porciones de éstas están vinculadas, igualmente respecto del tercer poseedor al pago de los débitos, que la ley declara privilegiados en los modos y con los límites establecidos a continuación»¹⁷⁹.

Sobre esta naturaleza real se montan en el Código italiano todos los principios generales reguladores de los privilegios marítimos. Así, el artículo 667 aclara que en caso de deterioro o desvalorización de la nave, el privilegio permanece sobre la parte que quede o sea recuperada o salvada, con lo cual el Código nos ofrece una prueba de la índole real del privilegio al extenderlo sobre todos los bienes vinculados, sobre cada uno de ellos y sobre cada parte de los mismos, operando así del mismo modo en que lo hacía el artículo 1.964 del C.civil italiano en relación con la hipoteca¹⁸⁰.

En materia de preferencias, de una parte, el artículo 666 dispone que todos los privilegios sobre el buque contemplados en el Título IX del Libro II son preferentes a cualesquiera otros sobre bienes muebles regulados en el Código civil, y ,de otra, el artículo 669 establece una original regla al regular la preferencia entre privilegiados del mismo grado, distinguiendo

¹⁷⁹ Se atribuye así a los acreedores privilegiados un derecho real análogo al del acreedor pignoraticio, cuya realidad consiste en el derecho de aquellos de perseguir la nave en manos de cualquier tercer poseedor. El acreedor queda así facultado para realizar el valor de la cosa y para hacer valer su título de prelación no sólo frente al deudor propietario, sino frente a cualquier tercero a cuyas manos pueda haber sido transferida la nave. Por su parte, los artículos 679 a 681 se ocupan de regular el modo en que el adquirente de una nave , o de sus carates puede liberarla de los créditos privilegiados por los cuales no éste personalmente obligado.V. BRUNETTI, *op.cit.*, pp.474-474.

¹⁸⁰V. BRUNETTI, *Ibíd.*, p.479.

según que los créditos hayan nacido o no en el mismo puerto. En el primer caso procede el reparto proporcional y en el segundo rige ,con carácter general, el principio *posterior in tempore potior in iure*¹⁸¹.

La lista de acreedores privilegiados -*numerus clausus* y jerárquicamente ordenada-aparece recogida en el artículo 675, que comprende hasta 13 grados, con notables originalidades (e.g.: salvamento; avería gruesa; primas del seguro por tiempo) respecto al modelo francés, al cual sigue, no obstante, en buena medida¹⁸².

¹⁸¹ Artículo 669: «Los créditos privilegiados en el mismo grado concurren entre ellos ,en caso de insuficiencia de la cosa, en proporción de sus importes, si han sido creados en el mismo puerto. Pero si, habiéndose reemprendido la navegación,tales créditos fuesen creados posteriormente, los créditos posteriores son preferidos a los anteriores.» V. BRUNETTI, *Ibíd.*, p.485.

¹⁸² El artículo 675 dispone que tendrán privilegio sobre la nave y prelación en el precio de esta los créditos por: 1.º Gastos judiciales hechos en el interés común de los acreedores por actos conservatorios y de ejecución sobre la nave. 2.º Gastos, indemnizaciones y primas de salvamento debidas al último viaje, según las disposiciones del Código para la marina mercante. 3.º Tasas de navegación establecidas por la ley, de anclaje, de fondeadero, de canal, de derechos marítimos, consulares, etc. 4.º Salarios de los pilotos del vigilante y gastos de custodia de la nave después de su ingreso en puerto. 5.º Alquiler de almacenes de depósito de los aparejos y pertrechos de la nave. 6.º Gastos de conservación de la nave y de sus aparejos y pertrechos después de su último viaje y de su ingreso en puerto. 7.º Salarios, emolumentos e indemnizaciones del título III, libro II, al capitán y a otras personas de la tripulación por el último viaje, así como las retribuciones debidas a la caja de inválidos para la marina mercante por el mismo viaje. 8.º Sumas debidas por contribución a la avería común. 9.º Sumas de capitales y de intereses debidos por las obligaciones contraídas por el capitán para las necesidades de la nave en los casos previstos por el art. 509, con el cumplimiento de las previstas formalidades. 10.º Primas de seguro de la nave y de sus accesorios por el último viaje, esté la nave asegurada por viaje o a tiempo. Para buques de navegación periódica asegurados a tiempo, se colocan en éste rango las primas correspondientes a los últimos seis meses en las asociaciones de seguros mutuos, los repartos o las contribuciones por los últimos seis meses. 11.º Indemnizaciones debidas a los fletadores por falta de entrega de las cosas cargadas o por las averías por ellas sufridas por culpa del capitán o de la tripulación en el último viaje. 12.º Precio de la nave quedado a deber al vendedor. 13.º Créditos por sumas de capital e intereses debidas por obligaciones contraídas por el capitán para las necesidades de la navegación en los casos prescritos en el artículo 509, transcritos y anotados posteriormente: créditos a cambio marítimo (voluntario) sobre la nave y créditos para los cuales la nave haya sido dada en garantía. » V. ésta relación en BRUNETTI, *Ibíd.*, pp. 490-500. A pesar de sus evidentes disimilitudes, afirma el mencionado autor, que el artículo 675 transcrito fue copiado del artículo 191 francés. *Ibíd.* p. 489.

También siguiendo al precedente francés, el artículo 677 subordina el reconocimiento del privilegio a la producción de los medidos probatorios indicados en los diferentes números de que el mismo se compone¹⁸³.

Finalmente, y con marcada originalidad en éste punto, el artículo 678 del Código italiano contempla dos modos especiales de extinción de los privilegios sobre la nave, que operan adicionalmente a las causas generales de extinción de la obligación principal, *i.e.*, la venta judicial y el "juicio de liberación o de purgación" como consecuencia de la venta voluntaria¹⁸⁴.

18.-Acreedores marítimos privilegiados y limitatarios en los Códigos alemanes.

El Código alemán de 1861 adoleció, en su parte dedicada al comercio marítimo, de los mismos defectos que los demás Códigos, *i.e.*, contemplaba presupuestos técnicos y económicos de la navegación propios de una época ya periciclada y que ,como tales, no se correspondían con las nuevas necesidades del tráfico marítimo¹⁸⁵. Tampoco el HGB de 1897 supo aprovechar la

¹⁸³El privilegio sólo despliega su eficacia en cuanto pueda ser probado según el correspondiente modo previsto en el artículo 677 y ello aunque el crédito sea demostrado por cualquier otro medio admitido por la ley procesal. En éste último caso el privilegio marítimo no es operativo, sin perjuicio de que la naturaleza del crédito permita alegar alguno de los privilegios admitidos por el Código civil, para los cuales no existe establecido un modo especial de prueba. Sobre los concretos modos de prueba establecidos por el artículo 677 del Código italiano, V. BRUNETTI, *Ibíd.*, pp.501-504.

¹⁸⁴ Este último , que no figuraba en el Código francés ni en italiano de 1865 , aparece regulado en los artículos 679 a 681. V. BRUNETTI, *Ibíd.*, pp.504-509.

¹⁸⁵El ADHGB, o Código de Comercio General, entró en vigor en 1861, con lo que, por primera vez, se conseguía una normativa uniforme de Derecho mercantil para toda Alemania. En 1871 se convirtió en Ley de la Federación alemana del Norte, y en 1871 en Ley de todo el Imperio germánico. V. MARTINEZ JIMENEZ,

oportunidad para corregir semejante desfase normativo, quedando prácticamente convertido en una nueva edición de su predecesor.

El ADHGB recogió también una amplia lista de privilegios, introduciendo un notable incremento respecto de los modelos francés y español.

En efecto, aunque en el Código alemán no figura el crédito de los aseguradores ni el de los vendedores, constructores y suministradores en el puerto de matrícula, la ampliación viene dada ,de un lado, por haberse incluido los créditos por salvamento y por avería gruesa (tal y como haría luego el Código italiano), y de otro-y esto es lo más importante- por la generalidad de las categorías recogidas en los números 9° y 10°, i.e., todos los créditos derivados de incumplimiento de contrato celebrado por el armador , siempre que el cumplimiento se hallase dentro de las atribuciones del capitán y todos los nacidos de culpa extracontractual de las personas de la tripulación¹⁸⁶.

op.cit., p. 133 y bibliografía allí citada.

¹⁸⁶El artículo 757 del ADHGB recoge las siguientes categorías: " 1°. Los gastos de la venta forzosa de la nave, es decir, los de la distribución del precio de ésta, los de guarda, custodia y conservación de la nave y sus accesorios desde el momento en que da principio el procedimiento para la venta o desde el embargo hecho previamente. 2° Los gastos de guarda y de custodia de la nave y accesorios no comprendidos en el número anterior, desde el momento de la entrada de la nave en el último puerto, si la venta tiene lugar forzosamente. 3°. Los impuestos del Estado relativos a la nave, navegación, puertos y en particular los derechos de tonelaje, faro, cuarentena y puerto. 4°. Las cantidades debidas al equipaje según su contrato de ajuste. 5° Los salarios de los pilotos, los premios de salvamento y de socorro y los gastos de rescate o reivindicación de la nave. 6° Las contribuciones por avería común que incumban a la nave. 7°. Las cantidades debidas a los acreedores por préstamo a la gruesa constituido sobre la nave, o las debidas por otros contratos de crédito celebrados en caso de necesidad por el capitán como tal durante la estancia de la nave fuera del puerto de su matrícula, aún cuando el capitán sea propietario exclusivo o copropietario de la nave. A estos créditos se equiparan los que provengan de suministros o prestaciones que, sin conceder crédito al capitán como tal, son hechos en caso de necesidad, durante la estancia de la nave fuera del puerto de matrícula, para la conservación de la nave o para la ejecución del viaje, en tanto dichas prestaciones no excedan de lo que fuere preciso para satisfacer la necesidad sentida. 8° Los créditos derivados del daño o pérdidas causados a las mercancías cargadas. 9° Los créditos, no comprendidos en alguno de los números precedentes, ,derivados del incumplimiento o del irregular cumplimiento de un contrato celebrado por el

Pero la mayor singularidad del Código alemán frente a los latinos reside en que en aquel no se concibe al privilegio marítimo como un derecho real preferente a la hipoteca, sino como una "prenda legal" que el legislador ha querido constituir sobre la nave. Según el art. 758, los titulares de los créditos enumerados en el art. 757 tienen una prenda legal sobre el buque y sus accesorios, la cual puede ejercitarse frente a terceros poseedores.

Por otra parte el armador ve limitada su responsabilidad contractual y extracontractual dimanante de los actos del capitán a la propia fortuna de mar, dándose así una compensación entre la afectación real y la limitación de responsabilidad. Esta correlación es la que haría que el sistema alemán fuese considerado técnicamente superior en este punto a todos los de Europa¹⁸⁷.

armador cuando el cumplimiento de este contrato se hallase en las atribuciones del capitán. 10° Los créditos provenientes de culpa de una de las personas del equipaje, aun cuando ésta sea al mismo tiempo propietaria o copropietaria del buque." V. ésta versión en castellano en: GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, pp. 152-153.

¹⁸⁷ V. GONZALEZ REVILLA, *Ibid.*, pp. 151.152, y *V.inf.*, p. .

Capítulo IV

Génesis y evolución de los *maritime liens* en el *common law* y en el Derecho norteamericano

19.-El Derecho Marítimo y el *Common Law*.

Consideración aparte merece el estudio de la evolución de los privilegios marítimos en el sistema jurídico anglosajón en el que la presencia tradicional y dominante del *common law*, a veces tan desconocido para nosotros ¹⁸⁸, supone la reafirmación de un Derecho de netas raíces nacionales, con escasa influencia del Derecho Romano y, en general, con antecedentes, técnicas, métodos y procedimientos diversos a los de los sistemas jurídicos romano-germánicos, continentales o de Derecho civil de los que nos hemos ocupado hasta el momento¹⁸⁹.

¹⁸⁸Al respecto ha dicho recientemente DE LOS MOZOS que «Si hubiera que expresar en dos palabras el grado de conocimiento, en nuestra cultura jurídica media, sobre el sistema del *Common Law*, yo elegiría estas dos : desconocimiento y sugestión, puesto que tal sistema ejerce en muchos planteamientos generales la fascinación de los desconocido...». DE LOS MOZOS, J.L., El sistema del «*common law*» desde la perspectiva jurídica española, *Revista de Derecho Privado*, V. LXVII, 1983, p.323. Del mismo autor y de la misma obra tomamos la siguiente frase de DIEZ PICAZO: «el mundo del *Common law* constituye para nosotros un auténtico misterio. Hay que hacer alguna honrosa excepción, pero en general es así.» *Ibíd.*, p.324.

¹⁸⁹ Las diferencias entre el *common law* y los llamados sistemas jurídicos continentales son de tal magnitud que han llevado a afirmar que la cultura jurídica del mundo occidental se encuentra dividida entre ambos sistemas. Frente al continental, neto receptor del Derecho Romano-Bizantino , caracterizado por el racionalismo y por el imperio de la ley como primera y principal fuente del Derecho y sujeto al fenómeno de la Codificación inspirado en el iusnaturalismo racionalista y en el enciclopedismo francés, se alza el sistema del *common law* anglosajón, caracterizado por su origen estrictamente nacional, su producción jurisprudencial y su naturaleza empírica. Este singular desarrollo del *common law* no es el fruto de una casualidad histórica , sino de la firme voluntad de los juristas ingleses de conservar el Derecho estrictamente nacional frente a la ingerencia, primero de los glosadores (aunque los gremios no pudieron evitar totalmente la penetración del *Corpus Iuris*, que fue enseñado en la Universidad de Oxford) y luego del racionalismo codificador. V. MARIN CASTAN, M.L., Consideraciones sobre el Derecho inglés como prototipo de sistema de *Common Law* y sus diferencias respecto de los sistemas romano-germánicos, *RGLJ*, n.º 256, V. LXXXVIII, pp. 139-179. De modo inverso a lo que ocurre en los sistemas continentales, la determinación del

Con todo, fue precisamente el Derecho marítimo, uno de los sectores jurídicos donde más se hizo sentir la influencia de la tradición jurídica de los sistemas continentales¹⁹⁰. Estos transmitieron a Inglaterra los viejos cuerpos jurídicos del Derecho estatutario medieval, elaborados a partir tanto de las costumbres del mar como de las categorías procedentes del Derecho romano.

De hecho se admite pacíficamente que el primer texto escrito del Derecho Marítimo inglés no fue otro que los Roles de Oleron¹⁹¹, que pronto quedarían convertidos en la *Lex marítima* o Derecho marítimo de Inglaterra, constituyendo, junto al Derecho estatutario de las ciudades inglesas, la *Lex Mercatoria* que regularía, durante siglos, las relaciones entre comerciantes marítimos y copropietarios de buques¹⁹².

Buena prueba de la penetración del grupo de estatutos marítimos medievales en el Ordenamiento de Inglaterra lo

Derecho en el *common law* se produce de abajo a arriba, i.e., son los precedentes de los casos particulares los que permiten deducir los principios jurídicos. Para un análisis comparativo con la Jurisprudencia española, V. ROBLES DE SOTOMAYOR, Alfredo, *El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española*, RGLJ, T. 183, 1948, pp.499-561.

¹⁹⁰«To a much greater extent than other areas of English law it has been directly influenced by Civil law and on occasion courts have relied on the uniformity of maritime legal principles as between nations as part of their reasoning.» V. JACKSON, D.C., *Enforcement of Maritime Claims*, Lloyd's of London Press Ltd., London, 1985, p.9.

¹⁹¹La inmediata aplicación en Inglaterra de los Roles se explica por cuanto al aparecer los Roles existían entre Francia e Inglaterra fuertes vínculos culturales (incluso compartían como idioma el antiguo francés) políticos (los reyes ingleses poseían extensas tierras en Francia) y comerciales (intenso tráfico entre los dos países). A partir de estos presupuestos, la primitiva versión de los Roles se extendió en Inglaterra, tanto geográficamente como en cuanto a su contenido, una vez que dicho país fue desarrollando su sistema de Derecho marítimo. De este modo, y tras diversas ediciones, una versión de 35 artículos de los Roles sería conocida después como el *Blacke Booke of Admiralty*, texto que no debe ser confundido con el posterior *Black Book of the Admiralty*, compilación a la que enseguida nos referiremos. V. TETLEY, *op.cit.*, p.14.

¹⁹²TETLEY, *Ibíd*, p.18.

constituye el texto conocido como *Black Book of the Admiralty*, una obra de naturaleza doctrinal aparecida en el siglo XIV con la probable finalidad de servir a modo de manual de Derecho Marítimo inglés ¹⁹³, que guiase la práctica jurídica y judicial en materia marítima¹⁹⁴.

Posteriormente, la influencia de la Ordenanza francesa se dejaría también sentir en el mundo anglosajón, incluso en los Estados Unidos, si bien con un mero carácter ejemplificativo del Derecho marítimo consuetudinario de posible aplicación en defecto de falta absoluta de precedentes judiciales en el *common law* y de específica norma escrita¹⁹⁵.

¹⁹³ V. DANJON, *op.cit.*, p.12

¹⁹⁴ Precisamente en su posible valor orientador de la tarea jurisprudencial a partir de mediados del siglo XV reside el interés de la obra. En efecto, el libro apareció durante el reinado de Enrique VI con vocación de compendiar todas las fuentes de Derecho marítimo que poseían relevancia para la práctica judicial seguida en la época en Inglaterra. La versión más conocida actualmente del *Black Book* es la publicada en cuatro volúmenes por Sir TRAVER TWISS entre 1871 y 1876. En el Volumen I (denominado por TWISS *The Blacke Booke of the Admiralty*) contiene, además de diversas disposiciones relativas al Almirantazgo, al procedimiento y a la guerra marítima, una colección de normas denominada *Laws of Olerón*. En el Volumen II aparecen varias compilaciones de usos, entre ellas, *Les Costumes d'Oleron de deu Jutgamen de la Mar*. En el Volumen III se recogen dos compilaciones: *La charte d'Oleron des Jugement de la Mer* y *Les Bones Costumes de la Mar*. El Volumen IV recopila una extensa cantidad de textos medievales de Derecho marítimo de distintas procedencias, entre los que destacamos las Ordenanzas de Amalfi, Las Ordenanzas de Trani y la Ordenanza judicial del Consulado de Valencia por lo que se refiere al Mediterráneo; y el Derecho marítimo de Gotland, varias versiones del *Black Book of the Admiralty*, el Derecho de Visby, el Código de leyes marítimas de Lubeck y el Derecho marítimo de Flandes, en lo que hace al Atlántico. V. las rúbricas exactas de cada volumen de la obra en TETLEY, *op.cit.*, pp. 21.22.

¹⁹⁵ Al respecto, cita TETLEY como paradigmática la decisión del Juez TILGHMAN del Tribunal Supremo de Pennsylvania, quien el tener que decidir, en 1806, un caso sobre el que se carecía de precedente consideró adecuado aplicar, como Derecho consuetudinario, La Ordenanza de la Marina de 1681 (en concreto el artículo 15 del Título 2 de Libro III) declarando al respecto que «*These Ordinances, and the commentaries on them, have been received with great respect, in the Courts both in England and the United States; not as containing any authorhry in themselves, but as evidence of the general maritime law*». Por su parte, STORY, diría en 1952 que «*...the maritime ordinance of France of 1681, an ordinance, which has immortalized the ministry of Louis XIV,, and which perhaps, more than the maritime code of any other nations, deserves de praise of philosphic jurists*». V. estas citas en TETLEY, *Ibid.*, pp. 15-16.

Por otra parte el *common law* sería pronto acompañado por leyes escritas (*statute law*) promulgadas por el Parlamento con el objeto de regular materias específicas del tráfico y de la navegación marítima¹⁹⁶, sin que faltase algún intento de codificación del Derecho marítimo inglés¹⁹⁷. Ya en el siglo XIX iría cobrando creciente importancia el *statute law* con el paralelo detrimento del campo de actuación del *common law*¹⁹⁸.

20.-Las teorías sobre los orígenes de los *maritime liens*.

En este contexto jurídico, la cuestión de los orígenes de los *maritime liens*¹⁹⁹ en el Derecho anglosajón se muestra bastante

¹⁹⁶En 1646 se aprueba la primera *Navigation Act*, en cuya virtud todo el comercio marítimo desde o hacia las plantaciones en Virginia, Bermuda, Barbados y cualquier otro lugar en América quedaba reservado a buques ingleses. En Octubre de 1651, Cromwell consigue la aprobación de su nueva *Navigation Act*, dirigida a restringir aún más el tráfico a favor de los intereses marítimos ingleses, hasta el punto de que sólo los buques construidos y abanderados en Inglaterra, propiedad de ingleses, mandados por capitán inglés y tripulados al menos por el 75 por ciento de nacionales ingleses quedaban autorizados para transportar cargas a Inglaterra, a Irlanda o a sus plantaciones de ultramar. Las restricciones mantendrían su vigencia hasta 1849, momento en que se derogaron las *Navigation Acts*. V. RINMAN and BRODEFORS, *op.cit.*, p. 14 y 31.

¹⁹⁷En 1749 y con la intención de codificar su Derecho marítimo, se eleva a la Cámara de los Comunes un proyecto con el siguiente título: «*a bill for amending, explaining and reducing into one Act of Parliament the Laws relating to the government of his Majesty's ships, vessels and forces by sea*». La iniciativa quedó encallada, lo que no debe extrañar a la vista de lo insolito que resultaba con el transcurso de un sistema jurídico como el de aquel país. RODIERE, *Traité, Introduction...cit.* pp. 39-40.

¹⁹⁸ La *Merchant Shipping Act* de 1854 vino a recoger disposiciones sobre Derecho Marítimo Público y Privado, siendo después reemplazada por la *Merchant Shipping Act* de 1894. Ya en éste siglo se irían dictando diversas leyes especiales, algunas de ellas destinadas a ir introduciendo los Convenios del C.M.I.. Así tenemos la *Marine Insurance Act* de 1906; la *Maritime Convention Act*, de 1911; la *Pilotage Act*, de 1913; o la *Merchant Shipping (Convention)*, de 1914.

¹⁹⁹Con el sólo objeto de clarificar la exposición es preciso señalar, desde ahora, que el concepto anglosajón equivalente al de privilegio marítimo de los sistemas civilistas es el de *Maritime Lien*. En efecto, el *maritime lien* es un derecho de privilegio que se atribuye al acreedor sobre el buque desde el mismo momento en que nace el crédito. Este derecho sigue al buque aunque cambie de dueño (salvo que sea por venta judicial) y confiere al acreedor el *ius distrahendi* por *actio in rem*. Los *maritime liens* no deben confundirse con los *possessory liens*, equivalentes a nuestro derecho de retención, el *mortgage*, similar a nuestra hipoteca, o con los *statutory liens*. Estos últimos consisten en derechos de realización y de prelación sobre el buque que nacen

confusa, si bien no cabe duda de que las disposiciones atinentes al buque como garantía de créditos, contenidas en los Roles de Oleron y en el resto de los estatutos medievales recogidos por el *Black Book* debieron de estar presentes en la mente y en la mentalidad jurídica de los aplicadores del Derecho hasta el siglo XVIII²⁰⁰, del mismo modo que tampoco es discutible la indudable relevancia que, cara a la acuñación en *common law* de esta categoría jurídica tendría la creación de la Jurisdicción del Almirantazgo²⁰¹ a que enseguida nos referiremos.

En cualquier caso, la característica oscuridad del origen histórico de los *maritime liens* ha constituido un caldo de cultivo idóneo para las construcciones dogmáticas tendentes a

sólo en el momento de la traba judicial del embargo-y no con el crédito- lo que les priva de reipersecutoriedad siempre que la enajenación se efectúe antes del inicio del procedimiento de embargo. Los *statutory liens* son creados por leyes específicas, normalmente por las que definen las competencias de la jurisdicción del almirantazgo, razón por lo que JACKSON ha propuesto recientemente denominarlos *statutory liens in Admiralty*. Lo que ocurre es que la mayoría de los *Maritime Liens* actualmente admitidos por el Derecho inglés son también calificados por la *Supreme Court Act* de 1981 como *statutory liens*, lo que permite al acreedor realizar judicialmente su derecho en la doble condición de titular de una y otra categoría. V. JACKSON, *op.cit.*, pp.15;207;216 y 251 a 259. Para una rápida y sencilla distinción entre las diversas categorías: TETLEY, *Repairement's Liens*, *Journal of Maritime Law and Commerce*, V. 13, n.º 2, Jan., 1982., pp.178-179.

²⁰⁰Especial interés reviste, a nuestro juicio y cara a la configuración de la doctrina de los *maritime liens* en el Derecho anglosajón, la presencia en el *Black Book* de las Ordenanzas Judiciarias del Consulado de Valencia, que, como sabemos, son precisamente el lugar donde se sistemátizaba por primera vez el orden prelativo de los acreedores marítimos en caso de venta judicial del buque (Capítulos XXXII XXXIV del *Llibre. V. Sup.*, p. En este sentido PRICE se refiere al Consulado del Mar como posible antecedente de los privilegios por créditos salariales y por venta de mercancías en caso de necesidad. V. PRICE, G., *The Law of Maritime Liens*, Sweet & Maxwell, London, 1940, p.7. Mucha menos relativa nos parece en cambio, a tales efectos, la importancia que cabe conceder a los Roles de Oleron y al resto de las colecciones estatutarias incluidas en el *Black Book*.

²⁰¹Jurisdicción que, a su vez, se nutrió tradicionalmente del Derecho estatutario traducido en *Lex mercatoria* inglesa. Dice al respecto TETLEY que los órganos judiciales del Almirantazgo aplicaron un Derecho compuesto, de una parte por el "Derecho civil" recogido en la *Lex mercatoria*, especialmente en los Roles de Oleron, y, de otra, en el conjunto de las reglas escritas y consuetudinarias que se irían introduciendo a la vista de las necesidades del comercio, TETLEY, *Maritime Liens...cit.*, p.25.

explicar la verdadera razón de su génesis en el seno del sistema inglés de Derecho jurisprudencial. Es así como surgieron las tres teorías usualmente expuestas en los manuales anglosajones.

a).-Teoría de la personificación.

En primer lugar , tenemos la teoría de la personificación, cuyo principal exponente fue el juez HOLMES ,seguido después por la obra doctrinal de MAYERS. Esta construcción, que obtuvo notable éxito en el Derecho norteamericano, parte de la clásica técnica jurídica de personificar el buque²⁰².

A pesar de las indudables ventajas que depara su sencillez y de su idoneidad para explicar importantes singularidades de los privilegios marítimos, la teoría ha gozado de poca aceptación por los juristas ingleses de los tiempos modernos, sin que el hecho de que en lo pleitos actuales se continúe aludiendo directamente al buque exprese algo más que una mera técnica lingüística.

Sin embargo , la personificación del buque explica bien el fenómeno reipersucutorio y el hecho de que el privilegio grave al buque con independencia de que la deuda haya sido o no

²⁰²Aceptando ésta ficción, ya presente en no pocos textos medievales y recogida en el *Black Book of the Admiralty* con la fórmula: «The ship has to pay», el buque es considerado como una entidad jurídica con capacidad para adquirir responsabilidades contractuales y extracontractuales, constituyéndose así en fuente y límite de responsabilidad. Las raíces de esta teoría han sido vistas, para los *liens* de origen contractual o cuasicontractual, en las hipotecas legales tácitas presentes en el Derecho romano y en los sistemas de Derecho civil. Respecto a los *liens* nacidos de daños extracontractuales se ha apuntado- aunque no sin considerables dudas debido a falta de precedentes judiciales claros en la práctica del Almirantazgo- a la acción noxal de Roma, cuya evolución en el Derecho anglosajón habría conducido al denominado *deodand*, en cuya virtud se dotaba de vida a los objetos inanimados que causaban daños. Así, .e.g., en tiempos de Enrique VI, los buques que, por sus naturales movimientos en el mar, causaban la caída y pérdida de un hombre eran considerados culpables y enjuiciados por el Almirantazgo. V. PRICE, *op.cit.*, pp. 6-7.

contraída por su propietario²⁰³.

b).-Teoría del procedimiento.

La teoría del procedimiento se basa en la premisa de que los privilegios marítimos surgieron del proceso de embargo de buque como medio para obligar a la comparecencia de su propietario (*res owner*) y para obtener de éste modo garantía para el pago de los acreedores²⁰⁴.

Aunque esta teoría gozó de amplia aceptación en la práctica judicial inglesa y ejerció una considerable influencia en el desarrollo de la ley del almirantazgo, no resulta satisfactoria para explicar determinados aspectos de los privilegios marítimos, e.g. la reipersecutoriedad y , desde luego, tampoco explica el hecho de que los privilegios marítimos hayan existido durante siglos en países de Derecho civil que desconocen el peculiar procedimiento *in rem*²⁰⁵.

c).-Teoría del conflicto de jurisdicciones.

Más recientemente se ha tratado de encontrar el origen de los *maritime liens* sobre el buque en base a la llamada teoría

²⁰³V. THOMAS, D.R., *Maritime Liens*, Vol. 14 British Shipping Laws, London, Stevens & Sons, 1.980, p.7.

²⁰⁴ Una vez suprimido, por obsoleto, el sistema de arresto personal del deudor o de cualquiera de sus mercancías, que había estado presente en los siglos XVII y XVIII, ganó aceptación la traba de los bienes específicos en relación con los cuales había surgido la deuda, aceptación que se vio favorecida por el familiar concepto de la *hypotheca* procedente del Derecho romano. Finalmente, el proceso evolutivo condujo a la noción de *maritime lien* o nexo legal entre el acreedor y la cosa trabada. V. PRICE, *op.cit.*, pp.8-10.

²⁰⁵V. THOMAS, *op.cit.*, p.8. También y TETLEY, *op.cit.*, p.35, nota (3).

de ROSCOE²⁰⁶, o teoría del "conflicto de jurisdicciones"²⁰⁷.

Descansa esta elaboración doctrinal en la histórica pugna entre la jurisdicción del Derecho común (*Common Law Courts*) y la del Almirantazgo (*Admiralty Courts*)²⁰⁸. A diferencia de los

²⁰⁶ Así PRICE, quien atribuye la paternidad de la teoría a la obra de ROSCOE: *Admiralty Practice*. V. PRICE, *op.cit.*, p.10.

²⁰⁷ Nombre que prefiere emplear THOMAS, *op.cit.*, p. 8.

²⁰⁸ En el siglo XIII existían en Inglaterra tres tipos de tribunales de justicia. En primer lugar estaban los Tribunales Comerciales (*Merchant Courts*) que administraban justicia en todo cuanto concernía a la *Lex mercatoria*, i.e., la *lex marítima* constituida por los Roles de Oleron y el Derecho de los comerciantes tal y como se recogía en los estatutos locales. Estos tribunales funcionaban de modo análogo a como lo harían los consulados mercantiles de las villas españolas y ,como aquellos, traían su legitimación de carta de privilegio concedida por la Corona. Los dos ejemplos mas significativos son los de los Tribunales comerciales de la ciudad de Londres y de la ciudad de Bristol, ciudades en cuyos estatutos se incluyeron los Roles de Oleron en el siglo XIV. En segundo lugar, estaban los Tribunales del Derecho Común (*common law courts*), cuyas costumbres constituían "el derecho común de la tierra". Estos tribunales tenían atribuidas competencias para conocer de los conflictos sobre la tierra y la propiedad y no sobre los relativos al mar y al comercio internacional. Finalmente estaban los Tribunales del Almirantazgo (*Admiralty Courts*) con competencias sobre determinados asuntos marítimos. El origen de esta jurisdicción especial marítima se sitúa en el nombramiento de cinco vasallos por Ricardo I para que se ocuparan del gobierno de su flota en la cruzada de 1190, con lo que cabe deducir que sus competencias se limitaban a los aspectos disciplinarios y de presas de la armada. Una Ordenanza del Rey Juan ,dada en 1201, mencionó por primera vez el cargo de Almirante y atribuyó a éste competencia para proteger a los comerciantes y a los marineros de los excesivos derechos impuestos por las autoridades locales portuarias. La autoridad del Almirante se extendió a todos los buques mercantes por Ordenanza de Juan I ,dada en 1202, mientras que, en 1274, Eduardo I incrementó las atribuciones del Almirantazgo con vistas a proteger el comercio marítimo frente a los abusos de las autoridades locales. Los "Tribunales del Almirantazgo" aparecieron, como órganos delegados del Almirante, entre 1340 y 1357, principalmente porque los tribunales de Derecho común no otorgaban compensación a los comerciantes extranjeros que habían sufrido pérdidas por causa de piratería. A partir de aquí se produce un continuo conflicto entre los tribunales de distinto orden , pretendiendo todos ellos el favor real para ampliar sus competencias a costa de los demás. Como hitos más importantes de la contienda pueden citarse los siguientes : Las maquinaciones de los tribunales de Derecho común consiguen que en 1296 se derogue la atribución del Almirantazgo para conocer de los conflictos relativos a la detención de buques en el mar; en 1389, la *Admiralty Jurisdiction Act* restringe la jurisdicción del Almirantazgo a los hechos y actos realizados en el mar aunque mantiene la acción *in rem* (detención o paralización de un buque); tras una larga rivalidad corporativa entre juristas del *common law* y del *civil law* (nombre con que a la sazón se conocía a los abogados que desempeñaban su tarea en el *Admiralty Court*), las *Admiralty Court Acts* de 1840 y de 1861 incrementaron las atribuciones de la jurisdicción del Almirantazgo; en 1873 , la *Supreme Court of Judicature Act* abolió la Alta Corte del Almirantazgo y confió la jurisdicción *in rem* a la *Divorce Progate and Admiralty División* , que pasó a ser la Quinta División de la *High Court of Justice*; finalmente ,la *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act* de 1925 mantuvo y confirmó la jurisdicción especial del almirantazgo, como lo haría la *Administration of Justice Act*, de 1956 y la *Supreme Court Act of 1981*. Ahora bien, el hecho de que la Jurisdicción del Almirantazgo lograra finalmente sobrevivir en

Tribunales del Almirantazgo de otros países²⁰⁹, la *Court of Admiralty* se encontró con la prohibición, constantemente recordada por los mandamientos de los tribunales del Derecho Común (*writs of prohibition*), de conocer de cualquier causa *in personam*. Ello hizo que estos vieran en el procedimiento *in rem*²¹⁰-no afectado por la prohibición- un medio para fundar su

Inglaterra, no significa que a ella compete el conocimiento de todos los asuntos marítimos. Por el contrario, el Tribunal Comercial (*Commercial Court*) de la *Queen's Bench Division* (hasta 1952 *Kings Bench Division*) es competente para conocer ciertos asuntos comerciales marítimos, tales como los seguros y los fletamentos. V. sobre esta evolución y contienda histórica, TETLEY, *op.cit.*, pp. 18-25; y DIEZ MIERES, Alberto, *Derecho de la Navegación*, Macchi, Buenos Aires, 1954, T.I., pp. 12-13.

²⁰⁹ También en Francia y en España existieron jurisdicciones especiales del Almirantazgo pero, a diferencia del caso inglés, ello no dio lugar al nacimiento de una especial acción *in rem*, manteniéndose las normas procesales clásicas. En el antiguo régimen francés la justicia en negocios marítimos se administraba en nombre del Almirante (Ordenanza de 1543). Aunque éste cargo fue suprimido por un Edicto del Parlamento de París dictado en 1669, la Ordenanza dictada en 1669 procedió a su restablecimiento, si bien con un signo netamente militar. Pero la Ordenanza de 1681 reglamentó las atribuciones y jurisdicción de los tribunales del almirantazgo, reconociéndoles atribuciones para conocer, no solamente de los aspectos públicos de la navegación marítima, como los penales, los administrativos, las presas o las piraterías, sino también del ajuste de las tripulaciones, navíos y de todos los litigios concernientes al comercio marítimo. La Revolución vino a abrogar la justicia de los almirantazgos mediante una Ley dictada en 1791 y confirió a los tribunales de comercio la competencia en los pleitos de Derecho marítimo privado. Por un Decreto de 1793 se atribuiría también a los tribunales de comercio y a los jueces de paz la competencia en materia de presas. Por lo que se refiere a España, la administración de justicia en asuntos marítimos residió en cuerpos especializados, cuya antigüedad se remonta al medievo. Ya en el año 1150, algunos fueros, como el de Sancho el Sabio de Navarra para San Sebastián, establecían la institución del almirante. También, por fuero de la ciudad de Sevilla, el almirante de Castilla tenía jurisdicción propia y suprema para entender en los delitos y litigios marítimos, sin que en dichos pleitos tuviesen intervención las justicias ordinarias. Las propias Partidas (Par. II, T. XXIV) recogieron la jurisdicción del almirantazgo, determinando para el Almirante competencias en materia militar, civil, mercantil y penal. Al parecer el Almirantazgo estuvo dividido en Castilla en dos grandes secciones, una con jurisdicción en las costas andaluzas y con capitalidad en Sevilla y otra asentada en Burgos y con jurisdicción en las costas del Cantábrico. Paralelamente a estos Tribunales del Almirantazgo y por sucesivos privilegios reales irían instaurándose los tribunales de los sucesivos Consulados de las ciudades marítimas, con jurisdicción en todo tipo de cuestiones atinentes al comercio marítimo. Por ello cuando, en tiempos de Felipe V y por Real Cédula de 31 de junio de 1737, se reimplantó el almirantazgo, éste no ostentaría otras competencias que las de carácter netamente administrativo, situación que se prolongó hasta que finalmente aquellas serían asumidas por el Ministerio de Marina, con desaparición del almirantazgo. V. DIAZ MIERES, *Ibíd.*, pp. 10-12.

²¹⁰ En la terminología procesal romana se llamaban acciones *in rem* aquéllas en las cuales la intención de la fórmula no contenía la designación del demandado y acciones *in personam* aquéllas en las que figuraba ésta

jurisdicción.

A partir de aquí, y ayudándose de los principios del Derecho civil, ya presentes en la práctica del Almirantazgo, fue esta rama jurisdiccional afianzando su propia jurisprudencia sobre asuntos marítimos, manteniendo una identidad y competencia propias frente a la constante presión que ejercían los Tribunales del Derecho Común. En este contexto sería donde aparecería el concepto del privilegio marítimo en su configuración contemporánea²¹¹.

La teoría del conflicto explica bien la razón por la que el arresto personal del deudor y la traba de sus bienes, en general, cayeron en desuso. Pero sobretodo sirve para identificar procedimiento *in rem* y *maritime lien*, en el sentido de que no cabe aquel sino cuando se pretende realizar un derecho de la naturaleza de éste último²¹².

Mas se da la circunstancia de que semejante identidad-que nunca estuvo libre de dudas- dejó definitivamente de ser defendible a partir de la aprobación de las *Admiralty Court Acts*

designación. Es precisamente en ésta distinción procesal donde se ha visto la posterior distinción entre derechos reales y derechos personales o de crédito. V. RIGAUD, L., Trad. XIRAU, J.R., *El Derecho Real*, Reus, Madrid, 1928, p.57. Sobre esta base se montaría probablemente el desarrollo del procedimiento *in rem* en el Derecho inglés, en cuya virtud se producía una cierta personificación del buque a efectos procesales en la medida en que la acción podía ser dirigida contra el buque mismo, sin necesidad de citar a su propietario o naviero. Esta concepción era y es desconocida por nuestro Derecho procesal, donde, con independencia de la naturaleza real o personal del derecho accionado, la legitimación pasiva corresponde siempre a la persona sujeto de derecho y no a la cosa. V. DIAZ MIERES, *op.cit.*, pp. 12-13.

²¹¹ Aunque la teoría del conflicto fue avanzada inicialmente por ROSCOE, se ha atribuido el mérito de su reciente y completa elaboración a RYAN, Edward: *Admiralty Jurisdiction and the Maritime Lien: An Historical Perspective*, (1968) 7 *Western Ontario L.R.*, 173. V. la cita en THOMAS, *op.cit.*, p.9.

²¹² Ello confirmaría la opinión expresada por el juez JERVIS en el caso *The Bold Buccleugh* (1851) : «*wherever a proceeding in rem is the proper course there a maritime lien exists*» ²¹²12213
. V. PRICE, *op.cit.* p.10.

de 1840 y 1861, momento en que se abre el proceso que conduciría a la implantación de una serie de *statutory liens in Admiralty* o derechos accionables *in rem* distintos a los *Maritime Liens*²¹³.

Como en el caso de la teoría del procedimiento-de la cual ,si bien se mira, parece ser una simple variante- el principal problema de la teoría del conflicto reside en su incapacidad para explicar el nacimiento y desarrollo de los privilegios en los Derechos continentales, ajenos en su evolución procesal a las particulares luchas corporativas entre las jurisdicciones inglesas.

d).-Conclusión.

Ocurre en realidad que ninguna de las tres teorías es capaz de proporcionar una cabal explicación de todas y cada una de las clases de *maritime liens* ni sirve, por si sola, para dar integro sentido a la disciplina general de los privilegios marítimos²¹⁴. Por ésta razón , los mas modernos autores han puesto el énfasis en el argumento inverso, *i.e.* hay que atribuir a los privilegios la paternidad de las teorías y no ver en cualquiera de éstas la génesis de los privilegios²¹⁵.

En resumen, los verdaderos antecedentes de los *maritime*

²¹³Estas leyes atribuyeron competencia al Almirantazgo para conocer *in rem* de la reclamación de determinados créditos. Si bien el Derecho jurisprudencial del Almirantazgo había reconocido ya a algunos de ellos la naturaleza de *maritime liens* (daños y salvamento) otros (como los suministros o *necessaries*) no poseían ni fueron reconocidos con tal calidad. V. PRICE, *Ibíd.*, p. 12.

²¹⁴V.el interesante contraste de cada clase de *maritime lien* con la teoría del procedimiento en PRICE, *op.cit.*, pp.17-27.

²¹⁵Al respecto señala TETLEY que : «*The theories ar nothing more than a skin or covering which their proponents have attempted to place around an already formed body of law. The tehories are used for the most part to support positions already taken on the facts*». TETLEY, *op.cit.*, p.35.

liens deben buscarse simplemente en la codificación de la *lex marítima* y de la *lex mercatoria* y no en la exclusiva tradición del *Common Law* ni en la práctica de la jurisdicción especial del Almirantazgo.

Tarea vana parece, pues, la de escudriñar el pasado reciente del sistema jurídico inglés en busca de precedentes que permitan construir doctrinas propias anglosajonas acerca del nacimiento y desarrollo de los privilegios marítimos. Basta con mirar a los remotos antecedentes del Derecho antiguo y estatutario medieval para identificar las fuentes históricas comunes de las que son tributarios tanto el Derecho marítimo anglosajón como los continentales codificados²¹⁶.

Los privilegios marítimos llegaron a Inglaterra arropados en los estatutos y colecciones consuetudinarias medievales y una vez allí, supieron ,primero resistir los embates de su mortal enemigo, *i.e.*, el *common law* , y luego conciliarse y enriquecerse con éste, del cual tomaron el privilegio por daños extracontractuales (abordaje), algunos aspectos del *possessory lien*, y el *ship mortgage*. También, y como consecuencia del conflicto de jurisdicciones, se produjo un notable perfeccionamiento del *writ in rem* en relación con los buques.

Complementado el núcleo original de privilegios con todas estas aportaciones surgiría la moderna disciplina jurídica de los

²¹⁶Las siguientes palabras expresan clara y concisamente en inglés lo que queremos decir: «*The reality is that maritime liens are not the product of theories but rather of the evolution of statute, custom and judge made law. Maritime lines fall into no particular theory, they are part of an evolving, living law, the product of national legislatures, of the courts and history as seen in the general maritime law*». V. TETLEY, *Ibid.*, p. 37.



derechos de garantía sobre el buque en el Derecho anglosajón²¹⁷.

Cobra así todo su sentido la afirmación de GONZALEZ REVILLA, según la cual, el derecho inglés en materia de garantías sobre el buque se nutre tanto de principios de derecho común hipotecario como de principios especiales de derecho marítimo, ya que, además de conocerse la afectación real de las naves a determinados créditos marítimos (*maritime liens*), aquellas pueden ser objeto de garantía convencional, bien a través de préstamo a la gruesa (*bottomry*) o bien mediante *mortgage*²¹⁸.

Sea como fuere, y por contraposición al *statute law*, correspondió al sistema de Derecho jurisprudencial propio del *common law*, según la práctica judicial seguida por los órganos judiciales de la jurisdicción especial del Almirantazgo, el protagonismo en la definición y elaboración de la doctrina de los *maritime liens*. No obstante esta clara hegemonía del sistema judicial en la definición y caracterización de los *maritime liens*, la ley escrita también privilegió a determinados créditos marítimos, viniendo con ello a confirmar *maritime liens* que ya se encontraban reconocidos por la jurisprudencia²¹⁹.

21.- *The Bold Buccleugh* y la evolución posterior.

Precisando ya el momento histórico concreto en que surge el

²¹⁷V. TETLEY, *Ibíd.*, p. 37.

²¹⁸V. GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, p. 50.

²¹⁹Así, la *Merchant Seamen Act* de 1844 privilegió los sueldos del Capitán y de la tripulación. JACKSON, *op.cit.*, p.26. Por su parte, la *Merchant Shipping Act* de 1854 estableció, en su sección 458, el derecho del salvador al premio del salvamento, derecho que luego sería reproducido por la *Merchant Shipping Act* de 1894 (sección 546), lo que ha sido interpretado por algún autor como una confirmación legal del privilegio marítimo por salvamento del *common law*. V. JACKSON, *Ibíd.*, pp.19-20.

primer precedente judicial que consagra la categoría de los *maritime liens* -y aunque ,ya a finales del siglo XVII, aparecen casos en los que se alude a *liens* en relación con cuestiones marítimas²²⁰- ,parece que existe general aceptación en que ello ocurrió con *The Bold Buccleugh* (1851). En éste caso, el *Privy Council* consiguió ver satisfecha su pretensión de atribuir responsabilidad a un buque por abordaje culpable en un procedimiento *in rem*, y ello a pesar de que aquel había sido adquirido por comprador de buena fe en momento anterior al de inicio del procedimiento²²¹.

En cuanto a los créditos que en concreto gozaron de privilegio marítimo (*attracting maritime liens*), parece que antes de 1840 no eran otros que los salariales de la tripulación, los de salvamento y los de préstamo a la gruesa. Estos privilegios fueron confirmados en *The Bold Buccleugh* (1851), en cuya ocasión se añadió ,además, el crédito por daños derivados de abordaje²²².

²²⁰*Hartfort v. Jones* (1698), donde se dice que «*A man entitled to salvage has a lien for it upon the thing saved*». V. la referencia en TETLEY, *op.cit.*, p. 38, nota (2).

²²¹En palabras transcritas por JACKSON, *The Bold Buccleugh* fue descrito como un caso «*not where the maritime lien was born but rather where it was unveiled and placed in full view*». V. JACKSON, *op.cit.*, p. 218. Por su parte, THOMAS sitúa en *The Bold Buccleugh* (1851) la primera completa y autorizada definición de *maritime lien*, en cuya ocasión el juez Sir John Jervis se expresó del siguiente modo: «*...a maritime lien is well defined...to mean a claim or privilege upon thing to be carried into effect by legal process...that process to be a proceeding in rem...This claim or privilege travels with the thing into whosoever possession it may come. It is inchoate from the moment the claim or privilege attaches, and, when carried into effect by legal process by a proceeding in rem, relates back to the period when it first attached*». V. la cita en THOMAS, *op.cit.*, p. 10. La precedente definición ha sido puesta como ejemplo típico de la fineza inductiva propia del sistema del *common law*, capaz de crear conceptos generales a partir de casos específicos. V. JACKSON, *op.cit.*, p. 218.

²²²Existían, no obstante, algunos indicios de precedentes judiciales, desde luego no determinantes, de que igualmente podían considerarse incluidos los créditos por practicaje, remolque y suministros realizados en alta mar. V. JACKSON, *Ibid.*, p. 219.

A pesar de que las leyes reguladoras de la Jurisdicción del Almirantazgo sembraron no poca confusión en cuanto a la exacta naturaleza de los créditos sometidos a su competencia con capacidad para legitimar una pretensión *in rem* contra el buque²²³, la evolución posterior no produciría notables cambios²²⁴, llegándose así a la reducida lista de cuatro *maritime liens* que el Derecho inglés mantiene en la actualidad²²⁵, sin perjuicio de las reafirmaciones y extensiones analógicas realizadas por el *statute law* posterior²²⁶ y con independencia de la definitiva consagración legislativa de la distinta categoría de los *statutory liens in Admiralty*²²⁷.

Finalmente, la regla tradicionalmente seguida por la jurisdicción del almirantazgo para determinar la prelación entre privilegios marítimos de origen contractual ha sido la de inversión de fechas, cuya justificación se ha visto en el viejo

²²³En 1840, la *Admiralty Jurisdiction Act* promulgada en dicho año, confirió competencia a la jurisdicción del almirantazgo para conocer de todas las reclamaciones derivadas de salvamento, daños producidos por un buque, remolque y suministros hechos a un buque (*necessaries*), lo que origino una discusión sobre la exacta naturaleza de los créditos por remolque y por suministros (*statutory or maritime liens* ?).

²²⁴La doctrina judicial excluyó claramente el pretendido privilegio por suministros (*necessaries*) a partir de finales del siglo pasado. *The Heinrich Bjorn* (1886) 11 App.Cas.270.V.en JACKSON, *Ibíd.*p.31, nota 133.

²²⁵Actualmente se admite que asiste un *maritime lien* sobre el buque a los créditos por: daños causados por un buque; salarios del capitán y de la tripulación; gastos realizados por el Capitán en el ejercicio de sus facultades y por cuenta del buque y préstamo a la gruesa sobre el buque (*botomry*). JACKSON, *ibíd.*, pp.216.

²²⁶Como privilegios marítimos concedidos o reafirmados por *statute*, THOMAS cita el del *receiver of wrecks*, el de los servicios prestados por el *coastguard*, el del titular de los daños causados en propiedades de tierra con ocasión de salvamento, el del salvador de vidas o bienes (todos ellos de la *Merchant Shipping Act* de 1894), además del privilegio de las autoridades portuarias por los daños producidos en los puertos, muelles y diques (*Harbours, Piers and docks Clauses Act* de 1847) y del de la tripulación por sus créditos salariales (reafirmado en la *Merchant Shipping Act* de 1970). V. THOMAS, *op.cit.*, pp.19-21.

²²⁷V. JACKSON, *op.cit.*, pp. 30-31.

principio de la eficacia del crédito posterior cara a la conservación de la garantía común de todos los acreedores.

Sin embargo éste mismo principio es incapaz de justificar el porqué de que la jurisprudencia aplicara también la regla *posterior in tempore* para señalar la preferencia en relación con los créditos por daños de procedencia extracontractual, razón por la que los tribunales recurrieron ,desde el principio, a explicaciones más o menos ingeniosas.²²⁸

Naturalmente el sistema jurídico inglés sobre los privilegios marítimos se extendió a los distintos lugares del imperio Británico y permaneció allí vigente hasta el momento de la descolonización. Con la independencia, el Derecho de cada Estado sufriría su propia evolución en función de sus intereses.

22.-Referencia a los privilegios marítimos en los Estados Unidos.

Habida cuenta de su condición de ex colonia y de la consiguiente herencia cultural y jurídica de Inglaterra, el Derecho marítimo de los Estados Unidos y, en particular, el derecho regulador de los *maritime liens*, hunde sus raíces en el viejo *common law* anglosajón tal y como fue desarrollado por la práctica del almirantazgo inglés²²⁹. Por otra parte, el *statute*

²²⁸ Señala PRICE como el tribunal que juzgo el caso del *The Bold Buccleugh* tuvo que decidir acerca de la prelación entre un crédito por abordaje y dos por préstamo a la gruesa, uno concluido antes y otro después de dicho accidente. En aquella ocasión . el tribunal mantuvo que el primer prestamista a la gruesa : «*was, to speak, a part-owner in interest at the date of the collision*», por lo que debía quedar pospuesto al acreedor por daños , el cual , a su vez, habría de quedar preterido por el segundo prestamista a la gruesa. V. PRICE, *op.cit.*, p.5.

²²⁹ Al respecto dice TETLEY que el origen de los *maritime liens* hay que encontrarlo en el *common law* de mediados del siglo diecinueve así como en el Derecho no codificado de los países europeos de Derecho civil en el mismo período. El *common law* y el "droit commun" crearon y adornaron los privilegios y luego las leyes escritas los confirmaron y refinaron, de lo cual es un buen ejemplo la evolución seguida en Estados Unidos. Todavía hoy en día hay que

law no tardaría en hacer también su aparición en el Ordenamiento jurídico marítimo de los estados Unidos²³⁰.

Sin embargo, desde la independencia, el Derecho norteamericano del almirantazgo²³¹ se desarrolló con sus propias características²³², dando lugar a una disciplina sobre privilegios marítimos²³³, dominada por el principio de protección de los intereses de cargadores y receptores así como de los de suministradores de bienes y servicios a los buques, lo que significó el arraigo de un buen número de privilegios destinados a la tutela de dichos intereses²³⁴.

Otra importante diferencia con el sistema inglés reside en el hecho de que, en los Estados Unidos, sólo un *maritime lien*

buscar en el *common law* la gran parte del régimen de los privilegios marítimos. TETLEY, W., *Repaiermen's Liens...cit.*, pp. 177-178.

²³⁰En Estados Unidos y a partir de finales del pasado siglo también se empleo la técnica de las leyes especiales para la regulación de determinados aspectos del Derecho Marítimo. Así tenemos la famosa *Harter Act*, de 1893, destinada a la protección de los intereses de la carga en el transporte marítimo; la *Pomerene Act*, de 1916; la *Merchant Seamen Act* de 1915; o la *Merchant Marine Act* de 1920 (conocida como la *Jones Act*).

²³¹En los Estados Unidos ha existido siempre una jurisdicción del almirantazgo, análoga a la institución británica, cuya competencia corresponde a los tribunales federales y no a los de los distintos Estados. Ya las colonias inglesas en América poseían diversos Tribunales de Vicealmirantazgo, e.g., *The New York Court of Vice Admiralty*, creada en 1678, pero, durante la revolución, se establecieron en varios de los distintos Estados tribunales propios del almirantazgo, sobre todo con la finalidad de administrar las presas marítimas de guerra. Con el fin de terminar con los conflictos de jurisdicción, la Constitución de los Estados Unidos de 1789 extendió el poder judicial federal «to all Cases of Admiralty and maritime Jurisdiction.» V. TETLEY, *Maritime Liens...cit.*, pp. 25-26; DIAZ MIERES, pp. 14-15.

²³²Sin perjuicio de que algunas sentencias citasen viejos precedentes del Derecho inglés del almirantazgo, aunque sin llegar a otorgarles naturaleza vinculante. V. TETLEY, *op.cit.*, pp. 26-27.

²³³En Estados Unidos parece que el término *maritime lien* fue empleado por primera vez en un tribunal de justicia por el Juez STORY en 1852: «A *maritime lien* does not include, or requiere, any possession of the thing. It exists altogether independently of such possession. Nobody has supposed, that the lien on bottomry bonds, as for seamen's wages, is connected with any actual or constructive possession by the parties, seeking to enforce it in rem». V. cita en TETLEY, *ibíd.*, p. 38.

²³⁴TETLEY, *ibíd.*, p. 26.

funda el procedimiento *in rem* , de modo que este no es posible sino en virtud de la reclamación de un crédito marítimo privilegiado²³⁵. Claro que ello no impide que la jurisdicción del Almirantazgo posea competencia para conocer tanto de acciones reales contra el buque como de algunas demandas *in personam*, si bien, la mayoría de éstas competen a los tribunales comunes²³⁶.

²³⁵PRICE, *op.cit.*, p. 12.

²³⁶Como en el sistema británico, en las acciones *in rem* no hace falta que el propietario del buque se constituya como parte. V. DIAZ MIERES, *op.cit.*, p. 14.

PARTE SEGUNDA

FUENTES

Capítulo V

Derecho convencional internacional y Derecho comparado

23.-Planteamiento acerca del estudio de las fuentes.

Examinados los antecedentes históricos procede ocuparse seguidamente de las fuentes normativas de los privilegios marítimos, en el sentido formal de determinación y concreción del bloque normativo de Derecho positivo que en la actualidad regula nuestra institución.

Para dicha tarea parece conveniente comenzar con la mención de las fuentes de origen internacional, seguir con el examen de los sistemas comparados más significativos (en buena medida influidos por aquellas fuentes), y contemplar después la particular situación de nuestro Derecho.

Por otra parte hay que tener en cuenta que el Derecho material unificado no agota el contenido de la disciplina ni elimina la posibilidad de colisión de ordenamientos. Esta realidad exige referirse igualmente a las normas instrumentales vigentes que sirve para determinar el régimen jurídico aplicable en situaciones de tráfico externo. Ahora bien, la complejidad y extensión de ésta última cuestión, unida a su especialidad temática, requiere de un estudio separado. Así se explica que dediquemos una Parte de éste trabajo (la última) al Derecho conflictual en materia de privilegios marítimos sobre el buque.

24.-La necesidad de unificación internacional.

Es un hecho que los litigios relativos a las hipotecas y privilegios marítimos han presentado siempre un elevado número de elementos de tráfico jurídico externo. Ello es así hasta el punto de que se ha llegado a decir que los derechos de garantía sobre el buque se encuentran más ligados a los factores internacionales que cualquier otra situación propia de la regulación del Derecho Marítimo¹.

Por otra parte ,ocurre que, a pesar del tronco común que, en materia de privilegios, supone el Derecho francés para los países latinos, es lo cierto que los distintos sistemas jurídicos nacionales han diferido siempre entre si, tanto por lo que se refiere al número y clase de los privilegios como en lo que respecta al orden de preferencia establecido entre ellos y con la hipoteca naval.

Esta disparidad de regímenes jurídicos ha provocado (y provoca) no poca inseguridad en el tráfico ,que ha redundado negativamente , por una parte, en la capacidad crediticia de los buques y,por otra, en el desenvolvimiento armónico del mercado de compraventa naval.

El comprador nunca estará seguro de la medida en que el buque se vende libre de gravámenes ni de la ley que ,en su caso, será de aplicación para resolver los problemas de eficacia y preferencia de los créditos privilegiados que pudieran afectarle.

¹ V.ASSER, J.T. Informe Preliminar y Cuestionario de la Comisión Internacional sobre Privilegios e Hipotecas Marítimas, (Doc. Hypo 1/2 (1-64), en *Revista Española de Derecho Marítimo*, n°.11, Julio-Septiembre, 1965, p.251.

La situación venía agravada a la vista de las posiciones adoptadas por la Jurisprudencia de algunos países que, sin ocultar su voluntad de favorecer a los acreedores nacionales- frecuentemente públicos (crédito naval)- tendían a desconocer la ley del pabellón extranjero en la medida en que su aplicación podría menoscabar la eficacia del crédito nacional. Ello provocaba, como efecto en cadena, las correspondientes "represalias" de los tribunales extranjeros².

Ante este estado de cosas, es evidente que la efectiva protección del crédito garantizado con derecho real sobre el buque quedaba enteramente en función de la ley aplicable por el tribunal que conoce del asunto, *i.e.*, normalmente aquel en cuya jurisdicción se práctica la traba del buque³.

Del problema se ocupó ya el Instituto de Derecho Internacional, que, en su sesión de Bruselas de 1885, llegó a elaborar un proyecto de Convenio regulador de los conflictos de leyes en el ámbito marítimo. El punto de conexión elegido fue la ley del pabellón. Sin embargo, los graves inconvenientes que dicho criterio suponía para determinadas relaciones jurídicas

² V. PAUNESCO, Aurelian . *L'unification Internationale des privilèges et hypothèques en droit maritimè et en droit fluvial*, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, París, 1933, p. 61.

³ V. MANCA, *International Maritime Law*, ETL, Antwerpen, 1971, V. 3, pp.386-387. No puede extrañar entonces que la práctica del *forum shipping* haya sido (y lo es todavía) uno de los elementos más relevantes del tráfico jurídico internacional en materia de privilegios, sobre todo en aquellos casos en que *lex fori* o la *lex rei sitae*, entendida en sentido de situación material del buque, imponían su gobierno. V. PAUNESCO, *op.cit.*, p.61. Como gráficamente apunta RUIZ SOROA, refiriéndose a la subsistencia y actualidad del fenómeno: «la habilidad y la argucia de las partes juega un papel esencial a la hora de conseguir resultados», con la consiguiente inseguridad jurídica. V. RUIZ SOROA, *Manual de Derecho Marítimo: El buque, el naviero, personal auxiliar*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1990, p. 56.

hizo que el proyecto fuese abandonado⁴. A partir de entonces se comenzó a pensar en la técnica de la unificación internacional del Derecho material⁵.

A la necesidad inicial de dar respuesta al problema de los conflictos de leyes se añadió después la de reforzar la situación del acreedor hipotecario, dotando a su crédito de una mayor preferencia. Para ello había que actuar también en el plano internacional, reduciendo el número de los privilegios, pues no cabe duda de que cuanto mayor sea aquél menor será la eficacia del crédito hipotecario, tradicionalmente pospuesto en rango al privilegiado.

25.-El Convenio de Bruselas de 1926.

El conocimiento de éstas necesidades , puestas de relieve por el mundo marítimo internacional, junto con la decidida voluntad de darlas cumplida satisfacción , fue la causa determinante que llevó al C.M.I.⁶ a comenzar , ya desde finales del pasado siglo, los trabajos conducentes a la armonización

⁴V. PAUNESCO, *op.cit.*, pp.62-63; y BERLINGUERI, F., *Le Convenzioni Internazionali per l'unificazione del diritto marittimo*, IDM, 1928, pp.328-329.

⁵ Sobre el significado, las diversas opiniones, los métodos y las dificultades para la unificación del Derecho Marítimo, V. PAUNESCO, *op.cit.*, pp. 71-94.

⁶El C.M.I. (Comité Marítimo Internacional) fue fundado en Bruselas, en Junio de 1897. Sobre los orígenes, métodos de trabajo y realizaciones del C.M.I., V., entre otros, RIPERT, G., *L'unification du droit maritime*, JDI, T.50, 1925, pp.209-216; FRANCK, L., RIPERT, G. y WÜSTENDÖRFER, *El Comité Marítimo Internacional...cit.*, *passim*; BERLINGUERI, *Le Convenzioni Internazionali per l'unificazione...cit.*, pp. 327-332. RODIERE, René, *Les tendances contemporaines du droit privé maritime international*, R. des C., T. 135, 1972 (I), pp. 335-345; PAUNESCO, *op.cit.*, pp. 81-82. Entre nosotros puede verse una referencia más general, incluyendo los distintos organismos internacionales con tareas unificadoras del Derecho marítimo público y privado, en: AZCARRAGA Y BUSTAMANTE, J.L., *Esfuerzos de instituciones científicas en pro de la unificación de las reglas jurídico-marítimas*, REDM, 1968, fasc.3, pp. 9-36.

internacional del régimen de los privilegios marítimos⁷.

Las tareas desarrollados por el C.M.I. no fueron fáciles, pues al proceso de unificación se oponía el choque de la diversidad de concepciones jurídicas y , también, la variedad de procedimientos y técnicas registrales⁸.

⁷ Acerca de las razones que impulsaron la obra armonizadora en este campo, afirma DUQUE que , además de la finalidad típica de todos los convenios auspiciados por el C.M.I., que no es otra que la de avanzar en la uniformidad internacional del derecho marítimo, eliminando, en lo posible, los conflictos de leyes, el Convenio de 1.926 perseguía el concreto objetivo de potenciar la financiación naval reforzando la garantía del acreedor hipotecario. Para ello, hacía falta reducir al mínimo el número de privilegios. V. DUQUE, *La responsabilidad real del buque por las deudas originadas por su explotación*, BAEDM, p. 23. Del mismo modo URÍA estima que la necesidad de una regulación internacional vino determinada por la conveniencia de fortalecer la garantía hipotecaria, resolviendo además los conflictos de leyes planteados por la diversidad «multiforme y confusa» de los privilegios marítimos. El hecho de que la regulación obedece sustancialmente a la intención de potenciar la hipoteca naval, explica que el Convenio de 1.926 no imponga limitaciones a los Estados para que introduzcan, en sus legislaciones internas, los créditos privilegiados adicionales que estimen pertinentes, siempre que no se les reconozca un rango que altere el sistema de prelación establecido en el propio Convenio y sin que puedan, por tanto , anteponerse a la hipoteca y mortgage. V. URÍA, *Derecho Mercantil*, Pons, Madrid, 1990, Decimoséptima edición, pp.991-992. Por su parte, GARRIGUES alude a la posición mantenida por la delegación norteamericana en la Conferencia de Bruselas de 1926, señalando que cuando propuso ciertas restricciones a la postergación de la hipoteca naval, lo hizo pensando en la necesidad de proteger el crédito hipotecario frente al carácter oculto de los privilegios marítimos. La acumulación excesiva de éstos últimos redundaba en una evidente debilitación de la garantía hipotecaria que, a la sazón, ya se hallaba reconocida e implantada en los distintos ordenamientos nacionales. V. GARRIGUES, *op.cit.*, pp. 556-557. V. también, GOÑI ETCHEVERS, quien insiste más sobre la necesidad de evitar los conflictos de leyes: *La hipoteca y los créditos privilegiados. Problemas de prelación y regulación nacional e internacional, I Seminario de Financiación de Buques*, Madrid, mayo de 1984, pp.7-8.

⁸ Refiriéndose a las distintas causas que se oponen normalmente a toda unificación internacional y , en particular, a la de la disciplina de los privilegios, PAUNESCO realiza la siguiente clasificación: 1) Dificultades de orden psicológico (el orgullo nacional ; la tradición ; y la rutina); 2) Dificultades de orden político y económico; 3) Dificultades de orden jurídico (divergencias sobre el número y el rango de privilegios; divergencias sobre la existencia del privilegio mismo; divergencias sobre el contenido y sobre los efectos del derecho); 4) Dificultades de orden técnico legislativo; 5) Dificultades de orden jurisprudencial. V. PAUNESCO, *op.cit.*, pp.83-94. En resumen, las dificultades estriban en la conciliación de las distintas concepciones nacionales. Así, e.g., no cabe , como sabemos, una identificación , sin más, entre la hipoteca continental y el mortgage anglosajón; la lista de privilegios es dispar en cada país, como lo es también el concepto mismo del privilegio o la relación entre los créditos privilegiados y el derecho de retención. Por otra parte, cualquier régimen uniforme que pretenda arrojar un mínimo de seguridad jurídica en la materia requiere de un sistema de armonización de procedimientos entre los diferentes registros de buques nacionales, de modo que se asegure, como mínimo, la coordinación entre las altas y bajas y en la inscripción y cancelación de los gravámenes inscribibles. De lo contrario «el margen de incertidumbre de cualquier sistema unificado será muy amplio, con graves posibilidades de fraude». V. RUIZ SOROA,

Pero ,encarando decididamente muchos de éstos problemas, el C.M.I. desarrollaría una incansable y meritoria actividad durante la primera década del presente siglo, que proseguiría tras el obligado paréntesis abierto por la primera guerra mundial.

Finalmente se cosecharían los primeros frutos cuando la Conferencia Diplomática de 1922 logró un texto transaccional que serviría de base para la Conferencia de Bruselas de 1.926, en la que vería la luz el Convenio del mismo año para la unificación ciertas reglas sobre privilegios e hipotecas marítimas⁹.

Manual...cit.,p. 56.

⁹ La cuestión de la unificación del Derecho de los privilegios e hipotecas marítimos se incluyó ya en el orden del día de la Conferencia de Hamburgo de 1902, si bien no pudo ser abordado por falta de tiempo. El problema sería largamente discutido dos años más tarde, en la Conferencia de Amsterdam de 1904. Fue en esta Conferencia donde se descartó definitivamente la opción de una reglamentación internacional de los conflictos de leyes y se eligió la técnica de la unificación internacional de los privilegios, que se consideró más apropiada. Sin embargo, y vistas las numerosas dificultades, se abandonó la idea de seguir la misma vía para la regulación de los derechos de garantía convencionales (constitución, extinción, publicidad y efectos de las hipotecas, mortgages y prendas navales), para las que se acordó establecer una norma de conflicto que tendría a la ley del pabellón como punto de conexión determinante. La Conferencia de Amsterdam decidió que la Oficina Permanente preparase un primer anteproyecto de convenio y que lo sometiese al estudio de una Comisión. La Comisión presentó el anteproyecto en la Conferencia de Liverpool de 1905, siendo esta la primera vez en que la unificación de los privilegios e hipotecas marítimas fue presentada ante una Conferencia en forma de anteproyecto de tratado. La Conferencia de Liverpool examinó el anteproyecto y, especialmente, se ocupó de la determinación y del rango de los créditos privilegiados, con especial atención al abordaje, así como de la regla del orden inverso y de la modificación de ciertos términos ambiguos. La Conferencia remitió de nuevo la cuestión a la Comisión, a través del Comité Permanente. La Comisión elaboró en París, en 1906, un nuevo anteproyecto a la luz de las conclusiones alcanzadas en Liverpool. El nuevo texto sería examinado por la Conferencia de Venecia de 1907, en la que se lograron importantes acuerdos, sobre todo, en punto a la reducción del número de privilegios. Fruto de sus trabajos fue el Anteproyecto de Venecia, considerado, en su aspecto técnico-jurídico, el punto culminante de la obra de unificación. El anteproyecto había resuelto razonablemente bien el problema principal de la eficacia de la garantía hipotecaria por la doble vía de asegurar su reconocimiento internacional según la ley del pabellón y de reducir el número de privilegios preferentes. Pero este equilibrio se rompería en sucesivas reuniones a la luz de las exigencias de notables delegaciones. Así, en la Conferencia de Bruselas de 1909 se añadieron nuevos privilegios, surgiendo así el Proyecto de Bruselas de 1909. El siguiente paso vino dado por la Conferencia Diplomática de Bruselas de 1910 en la que varios gobiernos presentaron observaciones tendentes a modificar el Proyecto de 1909, sobre todo mediante la introducción de nuevos privilegios. Sobre la base de estas nuevas proposiciones la Conferencia acordó las bases de un nuevo Proyecto que deberían ser sometidas al estudio de los Gobiernos interesados. De este modo, la Subcomisión de Bruselas de 1913 se encontraría con dos tesis contrapuestas, una expansiva (Alemania, que, apoyada por Estados Unidos, pretendía acordar

Este Convenio es el único sobre la materia que consiguió entrar en vigor y su vigencia prosigue aún hoy día ,tanto en el plano internacional como para España¹⁰.

privilegio a todos los limitatarios en virtud de la doctrina de la compensación) y otra restrictiva del número de privilegios. La Subcomisión se inclinó mayoritariamente por la tesis restrictiva y elaboró el Proyecto de 1913 ,que no variaba substancialmente respecto al Proyecto de 1910. En la Conferencia de Amberes de 1921 se volvió a suscitar el problema, acordándose dejar la decisión a los delegados gubernamentales. La Conferencia Diplomática de Bruselas de 1922 estuvo muy marcada por una propuesta de la delegación norteamericana que trataba de conciliar las disposiciones del texto internacional con su *Jones Act*, que había sido recientemente aprobada y que , al crear las *preferred mortgages* exigía la reducción del número de privilegios preferentes a la hipoteca. A la vista de los trabajos de la Conferencia, la Comisión de Bruselas de 1922 elaboró el Proyecto de Bruselas de 1922, que ,considerado como texto definitivo, fue enviado a los Gobiernos para su aprobación y firma. Sin embargo, este Proyecto "definitivo" sería objeto de nuevas objeciones, primero por parte de los Gobiernos de Noruega, Holanda y Suecia, y luego , por parte por parte de los Estados Unidos (objeciones, incluso de orden Constitucional), de Gran Bretaña y del Comité Holandes de Directores de Banco (a través del representante del Gobierno de Holanda). Ello obligó a convocar la Conferencia de Gênes de 1925. Esta Conferencia poseyó carácter excepcional por cuanto el texto definitivo adoptado por la Conferencia de 1922 había sido ya firmado por los representantes de algunos Estados y no quedaba más que el requisito de la ratificación para que el Convenio entrará en vigor. Por ello, el delegado de Francia, M.Georges RIPERT , llamo la atención en la Conferencia sobre la situación que se había creado a aquellos Estados que ya habían firmado el Convenio de Bruselas e, incluso, habían adoptado ya las medidas necesarias para introducirla en su legislación nacional. Particularmente llamó la atención a la delegación de Estados Unidos que, al adoptar el texto de Bruselas de 1922 no había suscitado ninguna objeción sobre el problema de su compatibilidad con la Constitución de aquel país. A fin de obviar éstos problemas propuso que la Conferencia adoptase una Resolución invitando a los diversos Gobiernos para que suspendiesen la ratificación del Convenio hasta el día en que fuese examinada por una nueva Conferencia Diplomática. Se llega así a la Conferencia Diplomática de Bruselas ,celebrada entre el 6 y el 10 de abril de 1926, en la que, tras introducir las modificaciones acordadas como consecuencia de la Conferencia de Gênes, se adopta finalmente al verdadero texto definitivo de Convención. Sobre todo este proceso, V. PAUNESCO, *op.cit.*, pp. 95-133; BERLINGUERI, Francesco, *Relazione sugli schemi di convenzioni internazionali relative alla limitazione della responsabilità dei proprietari di navi e alle ipoteche e privilegi marittimi preparati dalla Conferenza di Bruxelles (sessione del settembre 1910, IDM, 1912, pp. 127-130; RIPERT, La Conférence diplomatique de Bruxelles, RDMC (DOR), 1923, T.2, pp. 57-61; RIPERT, La Commission de Bruxelles, RDMC), pp.55-66; BERLINGUERI, La Conferenza internazionale diplomatica di diritto marittimo di Bruxelles (6-10 Aprile 1926), IDM, 1926, pp. 467-486; D'AMELIO, Mariano, *Sulle Convenzioni internazionali di Diritto Marittimo di Bruxelles, IDM, 1930, pp.16-17*. En la literatura anglosajona puede verse una extensa descripción del iter de los trabajos preparatorios del Convenio en PRICE, *op.cit.*, pp.218-245. Entre nosotros, una sucinta referencia en FARIÑA, *Derecho Comercial Marítimo*, Bosch , Madrid, 1955, pp.233-234.*

¹⁰ "Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimos", firmado en Bruselas , el 10 de Abril de 1.926. Sus idiomas oficiales son el inglés y el francés y su depositario el Gobierno belga.El Instrumento de ratificación de España tiene fecha de 2 de Junio de 1.930. El texto oficial en español fue publicado en la Gaceta núm. 212, de 31 de Julio de 1.930. Esta versión española del Convenio es el que se emplea en el presente trabajo.Los textos oficiales en inglés y

Sin embargo su efecto unificador fue escaso. Y ello tanto por razones endógenas cuanto exógenas.

Así, ateniendonos en primer lugar a la extensión de su contenido material, debe repararse en que, como su propio nombre indica, el Convenio no contempla toda la disciplina jurídica de los privilegios marítimos, sino que se limita a unificar "ciertas reglas", es decir contiene una regulación parcial de la institución, que debe ser completada con las correspondientes normas de los ordenamientos nacionales¹¹.

En su consideración externa, la debilidad de los efectos unificadores vino de la mano del escaso éxito que tuvo el Convenio en punto a su efectiva aceptación internacional. De hecho fueron pocos los países que finalmente llegarían a constituirse en Estados Parte. Además, entre estos últimos no se encontraban importantes y significativas potencias marítimas¹².

francés, que asimismo son los utilizados a lo largo del trabajo, pueden verse en :ROYAUME DE BELGIQUE, MINISTERE DES AFFAIRES ETRANGERES ET DU COMMERCE EXTERIEUR, *Conférence Diplomatique de Droit Maritime-Douzième Session (1e. phase)*, Bruxelles, 1.967, pp.459-473.

¹¹Este modesto alcance estaba, desde luego, en la mente de quienes intervinieron en los trabajos, quienes, con indudable realismo, no pretendieron, en ningún momento, lograr una exhaustiva y completa regulación uniforme de la institución. V. RIPERT, *La Conférence diplomatique...cit.*, p. 50.

¹²El 15 de Septiembre de 1.990, existían 24 Estados Parte: Bélgica; España; Estonia; Hungría; Brasil; Mónaco; Portugal; Finlandia; Francia; República Malgache; Polonia; Rumania; Italia; Siria; Suiza; Turquía; Argentina; Argelia; Haití; Irán; Zaire; Líbano; Uruguay; y Cuba. Es de destacar que los países nórdicos, Dinamarca, Noruega, y Suecia denunciaron el Convenio con fecha 1 de Marzo de 1.965, dejando de ser Estados Parte, de acuerdo con las previsiones del Convenio, un año después, es decir el 1 de Marzo de 1.966. V.: MINISTERE DES AFFAIRES ETRANGERES, DU COMMERCE EXTERIEUR ET DE LA COOPERATION AU DEVELOPPEMENT DE BELGIQUE, *Direction des Traités, Conventions de Droit Maritime (Conventions de Bruxelles)-Signatures-Ratifications-Adhésions-Declarations-Reserves-Denonciations*, 15-9-1.990, p. 50. Ante esta lista no puede decirse que el Convenio de 1.926 fuera exitoso, al menos en lo que se refiere a su efectiva implantación internacional. Es de notar la ausencia de países marítimos tan destacados como los anglosajones (Reino Unido; Estados Unidos; Canadá;); URSS; Japón; Holanda; Alemania; Panamá o Liberia.

Esta falta de implantación efectiva y de aceptación general en el plano internacional ha sido atribuida a una serie de defectos de que adoleció el texto de 1926.

Forzado por la necesidad de conciliar las diversas posiciones encontradas y, en particular por la constante presión germana dirigida a coordinar sus disposiciones con las del confuso Convenio de 1924 sobre limitación de responsabilidad¹³, el texto descuidó la técnica de organización y de asiento del privilegio¹⁴ y no consiguió satisfacer a muchos en su misión de reducir el número de los que deberían de ganar en grado a la hipoteca¹⁵.

¹³ Hay que tener en cuenta que ambos Convenios fueron aprobados simultáneamente por la Conferencia de Bruselas de 1922. El hecho de los dos discudiesen, desde el principio, de un modo paralelo y coordinado no fue ajeno a las tesis alemanas que propugnaban la necesidad de mantener un estrecho vínculo entre créditos privilegiados y créditos limitatarios, a semejanza de la correlación que, entre unos y otros, se apreciaba tradicionalmente en el Derecho interno alemán. V. ALONSO LEDESMA, *La aplicación en España del Convenio de Bruselas de 1926 sobre Privilegios Marítimos*, RDM, n.º. 195, Enero-Marzo, 1990, pp. 116-117. En este sentido, y pecando, quizá, de un excesivo optimismo, señalaba WÜSTENDORFER que el Convenio de 1926 siguió el modelo alemán al reconocer, en principio, a todos los acreedores limitatarios y a título de equivalencia, un derecho de prioridad sobre el buque en forma de prenda legal prevalente sobre la hipoteca. V. WÜSTENDORFER, en FRANK, RIPERT y WÜSTENDORFER, *El Comité Marítimo Internacional. Historia, obra y sistema de trabajo. Juicio crítico de su labor*, Ed. AEDM, Madrid, 1955. En realidad, el éxito de las pretensiones germanas fue relativo, pues únicamente alcanzaron satisfacción a través de la implantación de los llamados privilegios de segundo orden.

¹⁴ Entre las causas aludidas para explicar la escasa implantación del Convenio se han citado su deficiente técnica al organizar los privilegios en torno a la noción del viaje y establecer el gravamen sobre la difícilmente delimitable fortuna de mar; la excesiva flexibilidad en aspectos tan cruciales como la extinción o interrupción de los privilegios; etc. Todo ello haría del Convenio un instrumento insatisfactorio que sería criticado tanto por los países que lo adoptaron como por los que lo rechazaron. V. ALONSO LEDESMA, *op.cit.*, p.132.

¹⁵ Aunque el Convenio sólo admitió finalmente 5 categorías de acreedores marítimos privilegiados preferentes al hipotecario, aquellas aparecen redactadas con suficiente amplitud como para suponer un cierto obstáculo a la fluidez del crédito hipotecario. De hecho, como ya observara PAUNESCO, aunque el Proyecto de Venecia de 1907 era muy restrictivo, las Conferencias ulteriores llevaron a una situación en la que el examen comparado de cada grupo con el artículo 191 del C.de c. francés, muestra como solo han quedado fuera el crédito de los aseguradores, el del vendedor y el de los suministradores y empleados en la construcción del navío. V. PAUNESCO, *op.cit.*, pp.179-181. Y, precisamente, a la amplitud de dicha lista y, en particular,

En suma, el Convenio de 1926 fue el fruto de una transacción necesaria para superar las numerosas disparidades existentes entre las distintas concepciones e intereses nacionales. Sólo gracias al espíritu de colaboración y de compromiso de que hicieron gala los delegados fue posible acordar un texto que no resultó plenamente satisfactorio para casi nadie y que acarreó importantes sacrificios de orden jurídico¹⁶.

Pero esta meritoria labor personal no se vería después coronada con una actitud favorable de muchos Estados, una vez que éstos pudieron ponderar, más serena y pausadamente, las ventajas e inconvenientes que comportaba la ratificación.

26.-El Convenio de Bruselas de 1967.

Las raíces del siguiente movimiento unificador han de ser situadas, precisamente, en la inidoneidad del Convenio de 1926 para resolver los problemas que se irían planteando.

Así, el crecimiento continuado y espectacular del tonelaje de los buques y su modernización hicieron imprescindible el recurso a grandes créditos para su construcción. No era ya tanto el crédito de explotación o para la operación lo que preocupaba a las compañías navieras, sino más bien el crédito para la incorporación de nuevas unidades¹⁷.

a la inclusión (debida a la presión ejercida por las delegaciones anglosajonas) de los créditos por suministros o reparaciones contratadas por el capitán fuera del puerto de matrícula hay que atribuir el freno a la ratificación del Convenio, Así, RUIZ SOROA, *Crédito marítimo...cit.*, p.190.

¹⁶v. PAUNESCO, *op.cit.*, p.179.

¹⁷Como observara GIRON TENA, el Convenio de 1926 tenía todavía a la vista la necesidad de facilitar el crédito durante el viaje a fin de sortear con éxito situaciones previstas o imprevistas y contemplaba acreedores para los que la empresa naviera podría resultar inaccesible por lo que resultaba preciso proteger su crédito con la garantía del buque. Pero las grandes

Así las cosas , el crédito hipotecario se vería pronto catapultado al estrellato de la financiación naval, constituyéndose en instrumento imprescindible para la incorporación de nuevas unidades a la empresa naviera.

Pero el punto álgido vendría de la mano de la política de ayudas practicada por el Gobierno de los Estados Unidos para la reconstrucción de las diezmadas flotas mercantes de los países europeos al término de la segunda guerra mundial. Un aspecto de estas ayudas consistió en la cesión inmediata de tonelaje, bien mediante alquiler , bien por medio de venta a plazos con garantía hipotecaria a favor del Gobierno norteamericano. Los juristas de aquel país fueron entonces quienes, conscientes de la precariedad de la garantía hipotecaria, serían los primeros en solicitar al C.M.I. la revisión de las reglas adoptadas en 1926¹⁸.

Y claro es, una vez más, se pensaba que la única manera de potenciar el crédito hipotecario era la de proporcionar un reconocimiento internacional a la hipoteca, manteniendo su eficacia , con independencia del país de ejecución, y vigorizando su rango frente a los privilegios internacionales , que deberían ser objeto de una más intensa reducción¹⁹.

necesidades de renovación de las flotas mercantes surgidas tras la segunda guerra mundial desplazó el acento de la protección hacia los acreedores hipotecarios que posibilitaban con su crédito la construcción de los buques, lo que supuso la postergación internacional de la financiación durante el viaje que cabe apreciar en el régimen del Convenio de 1967. V. GIRON TENA, *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil (Estudios)*, Cívitas, Madrid, 1986, p. 182.

¹⁸V. LEGENDRE, Claire, *La Conférence diplomatique de Bruxelles de 1967*, LDMF, 1967, pp. 580.

¹⁹ Esta realidad era explicada por ASSER, quien señalaba como la creciente necesidad de financiación de buques producida tras la segunda guerra mundial, sobre todo para posibilitar nuevas construcciones, había exigido la movilización de grandes volúmenes de capital para ser dados en préstamo a los armadores a cambio de garantía hipotecaria. La prioridad otorgada a numerosos privilegios sobre la hipoteca naval, característica de muchos sistemas

Este y otros problemas estuvieron en la base que determinó la necesidad de encarar las tareas conducentes a la elaboración de un nuevo texto internacional que, revisando en profundidad el régimen acordado en 1926, saliese al paso de sus deficiencias técnicas y llevase a cabo una ampliación del ámbito de aplicación en correlativo menoscabo de los conflictos de leyes²⁰ y, en

jurídicos nacionales, producía el efecto de retraer a las entidades financieras, que se encontraban con la incertidumbre de ver depender la exacta eficacia de su garantía en función del país en el cual sería finalmente ejecutado su derecho. V. ASSER, Informe preliminar...cit., pp. 252-253. Ante ésta situación y a la vista de la mayor importancia cuantitativa que por entonces poseía el crédito hipotecario frente a los privilegiados, se mostraba manifiesta la necesidad de revisar a la baja el número de privilegios marítimos preferentes a la hipoteca. En el primer informe de ASSER se dice literalmente: «después del final de la segunda guerra mundial, la importancia de las hipotecas marítimas y la suma que ellas representan, ha superado largamente el valor de los créditos garantizados por los privilegios marítimos, en tanto que en 1926 se había reconocido internacionalmente que esos privilegios, y por consecuencia la protección internacional de los acreedores privilegiados, deberían ser considerados en el mismo plano e incluso como más importantes que la garantía concedida a las hipotecas marítimas. Partiendo de esta idea es seguramente necesario en primer lugar limitar las categorías de privilegios marítimos, y en segundo lugar, prohibir entre los Estados contratantes toda discriminación en contra de las hipotecas registradas en el extranjero, con el fin de dar satisfacción a las necesidades del mayor número posible de países marítimos». V. ASSER, Informe preliminar...cit., p.256. V., también, LUREAU, Pierre, *Réflexions sur la protection de l'hypothèque maritime*, DMF, 1965, p.259. En el mismo sentido, y sin duda exagerando la nota, el delegado belga presente en la tercera sesión plenaria de la Conferencia de Bruselas, celebrada el 17 de Mayo de 1967, expuso que, a diferencia del momento en que se aprobaba el Convenio de 1926, no se trataba ahora de defender los privilegios marítimos, sino esencialmente de revalorizar la hipoteca marítima y el mortgage, que corrían el riesgo de desaparecer tras la venta de un buque debido a que el precio obtenido por la misma era totalmente absorbido por los privilegios. V. MINISTERE DES AFFAIRES ETRANGERES ET DU COMMERCE EXTERIER, cit., p.70.

²⁰ ASSER se refería ya a este problema en su informe preliminar. Siempre, decía, que un buque sea embargado y vendido en un país no contratante del Convenio de 1926 nos encontraremos ante un supuesto que queda fuera del dominio de éste. En tales casos los problemas de conflictos de leyes que puedan plantearse, incluido el de la distribución del precio obtenido en la venta, deberá decidirse conforme al Derecho Internacional Privado del *forum*. Esta situación resulta altamente indeseable para la seguridad del tráfico marítimo si se repara en la acusada disparidad que cabe apreciar tanto en las leyes materiales como en las de conflicto que en los distintos Estados se dedican a la regulación de los privilegios y de las hipotecas marítimas. En efecto, el problema fundamental con que se encuentran los acreedores marítimos, que no es otro que el que se refiere al reconocimiento y a la ejecutoriedad de las hipotecas nacidas en país extranjero, es tratado de manera diferente por los Tribunales de los diversos países, lo que da lugar a decisiones contradictorias. La consecuencia es que la protección otorgada por los privilegios e hipotecas varía según la jurisdicción del país en el cual el buque es embargado y vendido. V. ASSER, Informe Preliminar...op.cit., p.252. Por su parte, y según nos dice HERNÁNDEZ YZAL, en la Conferencia de Nueva York resultó patente la preocupación -fundada en la experiencia de lo ocurrido en otros Convenios Internacionales del C.M.I.- por

general, diese cumplida respuesta a las nuevas exigencias del tráfico y a las mutaciones sufridas por los diversos intereses en juego²¹.

arbitrar normas que impidiesen a los Estados no contratantes, convertirse en refugio para transacciones que podrían perjudicar a los Estados contratantes. HERNANDEZ YZAL, *Privilegios e Hipotecas Marítimas*, Comité de Derecho Marítimo de Barcelona, Barcelona, 1967, p.18. Con este transfondo parece que hay que entender el cambio habido, respecto al Convenio de 1.926, en la norma definitoria del ámbito de aplicación. En efecto, frente al art. 14 de éste último, que hace aplicable el Convenio cuando el buque en cuestión pertenezca a un Estado contratante, el texto de 1.967, prevé la aplicación para los buques registrados o no registrados en un Estado contratante (art.12.1).

Desde otra perspectiva, la necesidad de ampliación del régimen material uniforme se hacía también sentir en contemplación a su propio contenido y alcance, pues eran muchos los dominios que el Convenio de 1926 había dejado a las leyes nacionales sin que nada hubiese, además, previsto acerca del mantenimiento del gravamen hipotecario en caso de cambio de país de registro. V. GRANDCOURT DE MUSSET, Bruno, *Situation des créanciers hypothécaires vis-à-vis des créanciers privilégiés d'après les derniers textes nationaux ou internationaux*, DMF, 1976, p.68.

²¹Bastante ilustrativas resultan las afirmaciones realizadas en el informe ASSER acerca del contenido del proyecto de Amberes a fin de conocer cuales eran las causas últimas determinantes de la necesidad de la reforma. Al respecto se decía, por una parte, que el escaso número de ratificaciones al Convenio de 1.926 constituía una muestra de que el citado texto, si bien incorporaba formulas de equilibrio (o precisamente por ello) había suscitado una desilusión para los distintos países. Por otra, resultaba indubitada la necesidad de procurar un marco jurídico que permitiese coadyuvar a la financiación de la industria marítima, en su doble vertiente de impulsión de la construcción naval y de mantenimiento de un tejido empresarial auxiliar apto para garantizar su continuo funcionamiento. Todo ello no es mas que una manifestación de la cuestión mas amplia de las mutaciones sufridas por los intereses económicos en juego. Al respecto, debe repararse en como la elaboración de los distintos anteproyectos, y en particular del proyecto de Amberes, suscitó la necesidad de conciliar los diversos intereses que, de un modo a veces encontrado, convergen en la explotación naviera, tales como los dominicales del propietario del buque, los industriales del astillero, los financieros de las entidades de crédito o los de las empresas auxiliares que centran su actividad económica en la prestación de bienes o servicios al buque. Los principales problemas que se erigían frente al objetivo de la consecución de un nuevo Convenio fueron explicados por GOÑI resumiéndolos en tres apartados, dos de ellos de orden técnico jurídico y un tercero de índole política. En primer lugar, estaba el acusado formalismo, e incluso el carácter de orden público, con que la materia de las hipotecas y privilegios aparecía regulada en los distintos ordenamientos. En segundo término, la disparidad de los distintos sistemas registrales, latinos y anglosajones, era también apreciable y suponía una manifiesta dificultad para encontrar normas capaces de adaptarse a unos y otros. Y, por último, estaba la cuestión de fondo o de política económica que venía dada por la disimilitud, cuando no contraposición, de los intereses de los distintos países. E.g., países cargadores o reparadores de buques v. países navieros. V. GOÑI, *Informe sobre la XVII Conferencia del C.M.I. (Nueva York, septiembre 1965)*, REDM, pp. 231-232; también GOÑI, en: *La hipoteca y los créditos privilegiados...loc.cit.*, p.9. Por su parte, el presidente de la delegación española en la Conferencia de Nueva York, resumió en cinco puntos las circunstancias que habían llevado a la necesidad de elaborar un nuevo Convenio, i.e., 1) Las pocas adhesiones prestadas al Convenio de 1926; 2) Los problemas planteados cara a la financiación de la explotación y construcción de buques; 3) La denuncia del Convenio de 1926 por los países escandinavos; 4) La meta de robustecer la

A partir de estas premisas y con estos objetivos a la vista, se llevarían a cabo los largos trabajos que finalmente, y a través de diversos proyectos²², desembocarían en el Proyecto de

situación de los acreedores hipotecarios; 5) La meta de uniformar, en la medida de lo posible, el tratamiento de la hipoteca. V. HERNÁNDEZ YZAL, Santiago, Informe sobre la Conferencia Marítima Internacional (Nueva York, septiembre 1965), *REDM*, n°. 11, julio-septiembre 1965, pp. 212-213. Una explicación más detallada acerca de los motivos del Convenio y con las mismas conclusiones que las ya señaladas puede verse en: GOÑI, Informe...cit.pp.229-231. Conviene, finalmente, mencionar que los cambios sufridos en la estructura de los pabellones de las flotas mundiales también ha sido aludido como uno de los elementos importantes de la nueva realidad del transporte marítimo internacional. Así, señala HERNÁNDEZ YZAL que el Convenio de 1926, aún representando el logro de un delicado equilibrio, nació ya en crisis, que se vería acentuada por el cambio del escenario mundial, que tendría lugar en los próximos años. La aparición y el vertiginoso desarrollo de las banderas de conveniencia, básicamente Panamá y Liberia, así como el ingreso de nuevos grandes, en el club del comercio marítimo internacional, tal como la Unión Soviética, serían algunos de los hechos que ayudarían a transtocar los intereses en juego, propiciando la revisión del régimen de 1.926. HERNÁNDEZ YZAL, Santiago, *Privilegios e Hipotecas Marítimas...*cit., pp.7 y 23.

²²El inicio formal de los trabajos del C.M.I. puede situarse en el informe preparado, en Amsterdam, en diciembre de 1963, por el jurista holandés ASSER, a impulso del Comité Marítimo Internacional. En dicho primer informe ya se sugería la conveniencia de preparar un nuevo texto de convención. Con dicho informe se acompañaba un cuestionario que, siguiendo la práctica habitual del C.M.I., sería circulado, por el referido Comité, a todas las Asociaciones Nacionales de Derecho Marítimo. Con base a las contestaciones recibidas, entre las que, por cierto, no figuraba la de España, una Subcomisión del C.M.I., reunida en Oxford los días 12 y 13 de Abril de 1.964, preparó ya un anteproyecto de convenio que constaba de 14 artículos y sería conocido como el Proyecto de Oxford. Por su parte ASSER presentó, en Mayo del mismo año un segundo informe sobre la materia que habría de servir a modo de antecedente o exposición de motivos del proyecto de Oxford. Poco después de la presentación de éste último, la delegación examinó, en régimen de Subcomisión, un nuevo proyecto elaborado por la delegación Noruega, que dio origen a que, en las reuniones habidas en Portofino (Italia), los días 25 y 26 de Septiembre del mismo año de 1.964, se retocase el texto de Oxford, convirtiéndose en el Proyecto de Portofino. En la reunión de la Oficina Permanente del Comité Marítimo Internacional, celebrada en Amberes, en Enero de 1.965, el proyecto de Oxford, tras ser revisado a la luz de las discusiones de Portofino y de nuevas aportaciones de las Asociaciones Nacionales de Derecho Marítimo, se convirtió en el denominado Proyecto de Amberes. Acerca de dicho proyecto, ASSER realizaría un nuevo informe en el que se contenían importantes apreciaciones relativas a las causas subyacentes que determinaban la necesidad de proceder a una ordenación internacional de nuevo cuño sobre privilegios e hipotecas marítimas. El proyecto constituiría la base de las discusiones en la XXVII Conferencia del C.M.I., celebrada en Nueva York, en septiembre de 1965. V. detalles sobre el iter procesal del Convenio de 1967 en HERNANDEZ YZAL, Informe...cit., p.212. Más minuciosamente, GOÑI, Informe...cit., pp.233-234. También, ASSER, J.T., Cuarto Informe. Comisión Internacional sobre Privilegios e Hipotecas Marítimos, (Doc. Hypo-48 (7-65), *REDM*, n°. 11, julio-septiembre 1965, p.313. En particular, sobre el Proyecto de Oxford: BERLINGUIERI, Francesco, La revisione della convenzione di Bruxelles 10 aprile 1926 sui privilegi e le ipoteche, *IDM*, pp.96-108.

Nueva York²³ y, en seguida, en el Convenio de Bruselas de 1967, para la unificación internacional de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas, aprobado en la Doceava Sesión de la Conferencia Diplomática de Bruselas, celebrada en Mayo de 1967²⁴.

²³Puede decirse que fue en la Conferencia de Nueva York, celebrada entre los días 12 y 18 de septiembre de 1966, donde se dejaría sentenciado el texto de lo que luego se convertiría en el nuevo Convenio. Al respecto observa HERNÁNDEZ YZAL como la elección de Nueva York, como capital de la Conferencia del C.M.I., contaba con un substrato interesado: Quienes primordialmente subvenían las necesidades dinerarias del negocio marítimo internacional eran los bancos norteamericanos, a quienes convenía tener un fácil, rápido y numeroso acceso a la Conferencia, como efectivamente ocurrió en Nueva York, donde la delegación de aquel país fue, por demás, activa y numerosa. V. HERNÁNDEZ YZAL, *Privilegios e Hipotecas...cit.*, p. 25.

En cualquier caso no puede decirse que la Conferencia de Nueva York transcurriese pacíficamente, sino todo lo contrario. En efecto, ya en los mismos inicios de la Conferencia cabía apreciar un cierto clima de tensión motivado por la presencia de dos textos diferentes y antagónicos, i.e., el Proyecto de Amberes y el presentado a última hora por la delegación francesa. Esta inicial tensión no cesaría hasta que, finalmente resultara rechazado el modelo francés como base para las negociaciones, aceptándose en cambio, con tal fin, el Proyecto de Amberes. Como señala GOÑI, Los debates celebrados parecían contribuir más a ahondar las diferencias entre las delegaciones que a producir su acercamiento en las distintas cuestiones discutidas, hasta el punto de que la delegación francesa llegó a proponer dejar el asunto para otra ocasión mas propicia, propuesta que sería abortada por la delegación británica en base a las presiones norteamericanas. A partir de aquí no puede extrañarse demasiado que Francia no ratificase nunca el Convenio finalmente elaborado aunque si resulta un tanto mas sorprendente que tampoco lo hicieran ni el Reino Unido ni los Estados Unidos. V. GOÑI ETCHEVERS, *La hipoteca...cit.*, p.9. Pero como bien observa el mismo autor, es de justicia hacer una loa a la técnica jurídica que inspiraba la propuesta gala, que, con base a los principios del Derecho hipotecario, pretendía la publicidad registral de los privilegios con eficacia constitutiva, así como la subrogación en la garantía real de las indemnizaciones por seguro. V. GOÑI, *Informe...cit.*, pp.234-235. El texto de la propuesta francesa puede verse en REDM, n°.11, pp. 335-340.

El conflictivo discurrir de los trabajos de la Conferencia de Nueva York, con más de un centenar de enmiendas presentadas, que darían origen a una nutrida discusión, explica que el texto finalmente aprobado para pasar a la Conferencia Diplomática resultase ser un auténtico régimen de compromiso, una fórmula de equilibrio incapaz como tal de satisfacer plenamente a cada una de las delegaciones asistentes. V. HERNÁNDEZ YZAL, *Informe sobre la Conferencia...cit.*, p.214.

Posteriormente, el Proyecto aprobado en Nueva York resistiría victoriosamente el asalto de la mayor parte de las enmiendas que pretendieron modificar su substancia. Esta afirmación esta tomada de las palabras, de M.VAES, belga que actuó en la Conferencia como Presiente de la Comisión constituida para analizar las enmiendas presentadas al proyecto de convenio. V. MINISTERE DES AFFAIRS...*Conférence Diplomatique...cit.*, p.127.

²⁴«Convention Internationale pour L'unification de certaines regles relatives aux privileges et hyphoteques maritimes», Bruxelles, 27 May 1.967. El texto del Convenio fue aprobado en la Conferencia Diplomática de Bruselas por 22 votos a favor y 23 abstenciones, entre las que figuraba la de España. V. MINISTERE...*Conférence...cit.*, pp. 183-184.

El 19 de Septiembre de 1.990 tres Estados contratantes habían ratificado el Convenio (Noruega; Suecia y Dinamarca) y dos se habían adherido a él

El Convenio, que en virtud de su artículo 25, está llamado a sustituir al de 1926 en lo que respecta a las relaciones entre los Estados que lo ratifiquen o se adhieran a el, no debe ser concebido como una mera modificación del de 1926, sino como una nueva Convención que debe ser estudiada en si misma y no por referencia al instrumento anterior.²⁵

27.-Nuevos intentos de unificación.

Pero la historia se repitió. El inevitable contenido transaccional del convenio estaría en la causa de que ,ya en el momento de su aprobación, importantes países marítimos mostrasen las dificultades que podría comportar su ratificación²⁶.

Tales manifestaciones repercutirían, prontamente, en la posición de muchos de los Estados presentes en la Conferencia, que se mostrarían luego renuentes a dar el primer paso. Además, algunos países, como Italia y Francia , habían recientemente incorporado a su Ordenamiento el régimen del Convenio de 1926,

(República Arabe Siria y Marruecos). En su consecuencia el Convenio no está en vigor en el plano internacional , pues para ello son precisos cinco instrumentos de ratificación (art. 19) sin que ,a tal efecto, puedan computarse los instrumentos de adhesión (art. 20.3). V. *Conventions de Droit Maritime*, p 122. Los textos oficiales ,en inglés y francés, pueden verse en : *Conférence Diplomatique...*, loc.cit., pp.367-384. Aunque no existe versión oficial en español, en el presente trabajo se ha utilizado , junto con los textos francés e inglés reseñados, una versión preparada conjuntamente por la Secretaría de la CNUCDE y de la OMI para el segundo período de sesiones del "Grupo Intergubernamental Mixto de Expertos en Privilegios Marítimos e Hipoteca Naval y cuestiones conexas" (GIJE) :Doc.(OMI) LEG/MLM/6, de 9 de Abril de 1.987 (Parte C).

²⁵V. LEGENDRE, *op.cit.*, p.579.

²⁶Así, y a pesar de que, en general, triunfaron largamente en el Convenio las concepciones propias del Derecho Anglosajón, los Estados Unidos, que lo apoyaron en su conjunto, se abstuvieron finalmente y alegaron dificultades para su ratificación por causa de la inadmisión del privilegio de los cargadores. V. LEGENDRE, *op.cit.* pp. 579-601. Desde luego, esta posición resultó de una incongruencia notable, habida cuenta de que fueron los intereses norteamericanos los que primero y más insistieron acerca del reforzamiento de la hipoteca.

lo que constituía una razón añadida para no iniciar aventuras en solitario.

Esta situación, junto a las críticas doctrinales²⁷, que insistían en la insuficiencia del nuevo texto para dar respuesta a los problemas que había tratado de resolver, determinaron el enorme fracaso que finalmente supondría el Convenio de 1967 cara a su efectiva aceptación e implantación internacional.

El terreno para intentarlo de nuevo quedaba así abonado, prácticamente, desde el mismo momento de la finalización de los trabajos de 1967. Pero hasta el año 1985 no vería la luz el Proyecto de Lisboa y sólo en 1989 surgiría el Proyecto OMI/CNUCDE²⁸.

²⁷El Convenio de 1967 sería pronto tachado de decepcionante, por su carácter fragmentario y por el amplísimo campo de libertad dejado a las legislaciones nacionales, situación que le convertía en instrumento inapto para servir a un verdadero progreso en la unificación internacional del Derecho marítimo. Se señalaba además que suponía un escaso refuerzo para el crédito hipotecario y dejaba una excesiva tarea al interprete, con los consiguientes riesgos de divergencia que ello comportaba. V. GRANDCOURT DE MUSSET, *op.cit.*, p. 72. En particular se hizo notar que, después de la tan cacareada necesidad de reducir los privilegios, tan sólo quedaron abolidos dos privilegios, el de los titulares de la carga, por las mercancías perdidas o averiadas (y ello con la importante oposición de Estados Unidos y otros países de intereses cargadores) y el de los suministradores para la atención del buque fuera de su puerto de matrícula. Así las cosas, se hacía notar que el nuevo Convenio no podía considerarse como la base deseable para la unificación internacional. V. crítica en: MULLER, Walter, *Remarques critiques sur la Convention internationale du 27 mai 1967 pour l'unification de certaines règles et hypothèques maritimes*, LDMF, 1969, pp. 306-311.

²⁸ Sería al comienzo los años ochenta cuando el Comité Marítimo Internacional reiniciaría los trabajos que conducirían a un nuevo Proyecto de Convenio, que sería aprobado en la Conferencia de Lisboa, celebrada en 1.985. Para el análisis de las disposiciones del mencionado proyecto, en adelante Proyecto de Lisboa, se ha empleado la versión en español preparada conjuntamente por las Secretarías de la CNUCDE y de la OMI (Doc. (OMI) LEG/MLM/6, cit. Como texto inglés se ha empleado el documento de la Conferencia de Lisboa: LIS/MLM-32-. Finalmente, con base al Proyecto de Lisboa, el GIJE preparó, tras seis períodos de sesiones, un texto revisado de nuevo Convenio Internacional que, en adelante, denominaremos Proyecto OMI/CNUCDE. La versión, en todos los idiomas de la OMI, puede verse en el Anexo del "Informe final" del GIJE: Doc. de la OMI: LEG/MLM/27, de 17 de noviembre de 1.989.

b) *Derecho comparado*

28.- Las "familias" de Ordenamientos en materia de privilegios.

El agrupamiento ,por afinidad, de los distintos conjuntos normativos que se ocupan de la regulación de los privilegios marítimos en los Derechos nacionales no es ,desde luego, ajeno a la más amplia clasificación en familias de los sistemas jurídico-marítimos.

Como observara WÜSTENDORFER, del mismo modo que la antigüedad y la Edad Media contemplaron como el encadenamiento del tráfico marítimo internacional hacía que los usos y costumbres se comunicasen entre todos los puertos, la época moderna fue testigo de una osmosis semejante, siendo frecuentes las imitaciones de «leyes madres».

Se originarían así las diferentes «familias» nacionales de Derecho marítimo, cuyas mas notables representaciones serían las del grupo del Código de comercio francés, el del antiguo Código de comercio alemán, el ecléctico al que pertenece el Código marítimo griego, y el angloamericano, dominado por la jurisprudencia de los tribunales y por algunas leyes importantes de Gran Bretaña y Estados Unidos²⁹.

Es conocida la clasificación de RIPERT , según la cual son tres los grupos en que cabe reunir, sin violencia, los sistemas sobre privilegios marítimos presentes en el Derecho comparado.

²⁹V. WÜSTENDORFER, en FRANCK, RIPERT, y WÜSTENDORFER, *op.cit.* Una moderna clasificación de los sistemas jurídico-marítimos en atención a sus respectivas fuentes modelos puede verse en : PASCUAL SANAHUJA, Juan, *El Proceso actual de codificación de leyes especiales marítimas en Derecho comparado.*, Comité de Derecho Marítimo de Barcelona, Barcelona, 1977, pp. 1-47.

Así, en primer lugar, estaría el llamado *grupo francés*, caracterizado por el gran número de acreedores privilegiados y por el origen puramente contractual de sus créditos. A este grupo pertenecen todos los países latinos o de influencia latina³⁰.

El segundo grupo o *grupo inglés*, comprende a la Gran Bretaña y a los Estados Unidos (y demás ex colonias británicas), países que poseen una concepción muy diferente del privilegio, admiten el privilegio extracontractual y distinguen (no es el caso en Estados Unidos) entre *maritime liens* (que son los únicos que se corresponden propiamente con los privilegios marítimos latinos), *statutory liens* y *possesory liens*.

El tercer grupo o *germano-nórdico* viene caracterizado por la enumeración de una serie de créditos privilegiados que recuerdan los privilegios de los países latinos, pero junto a ellos se privilegian también los créditos resultantes de culpa de algún miembro de la tripulación, así como los derivados de abordaje y de avería gruesa. La diferencia fundamental con el grupo inglés reside en que aquí la responsabilidad del deudor se agota con la fortuna de mar y el patrimonio terrestre queda inaccesible para el acreedor³¹.

Ahora bien, esta prístina situación, presente en la codificación de finales del siglo pasado, se vería pronto y parcialmente modificada por el proceso unificador, pues no serían

³⁰En concreto pueden citarse, además de Francia, Italia, España, Portugal, Rumanía, Holanda, Austria, Egipto, Turquía y Japón. El Derecho marítimo de todos estos países acepta una larga lista de privilegios marítimos semejantes en todo a los del Código francés.

³¹V. esta clasificación de RIPERT en SCHULDREICH TALLEDA, Hector, *Derecho de la Navegación*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1963, Cuarta Edición, pp.446-448. También, en EYNARD, Jacques, *La Loi du Pavillon*, Ed. Université d'Aix-Marseille, Aix-En-Provence, 1926, pp.66-67.

pocos los países que acomodarían su Ordenamiento interno para ajustarlo al Convenio de Bruselas de 1926 e, incluso y posteriormente, al Convenio de 1967. Con ello se produciría una aproximación más intensa entre los sistemas comparados³².

Situada así la cuestión procede examinar cual es el Derecho positivo vigente en algunos de los países que ofrecen mayor interés para nosotros ,sin olvidar hacer algunas consideraciones generales respecto a la situación de los demás.

29.-La ley francesa de 1967 sobre el Estatuto de los Navios.

Francia había introducido algunas modificaciones al C. de c. de 1807 (arts. 191 y 192) con ocasión de la aprobación de la Ley de 10 de julio de 1885, sobre hipoteca naval. Posteriormente, la Ley de ratificación de 23 de febrero de 1.935 y el Decreto de incorporación de 29 de noviembre de 1.935 incorporaron las disposiciones del Convenio de 1926 al Ordenamiento francés. Sin embargo, la modificación del Código (arts. 190 a 196) no tendría lugar hasta la promulgación de la Ley de 19 de febrero de 1.949, que tenía por objeto, precisamente, la armonización de sus disposiciones con las del Convenio.

Pero sería la Ley de 3 de Enero de 1967, sobre el Estatuto de los buques, la que introduciría el régimen positivo hoy vigente, al ocuparse, en su Capítulo V (arts. 31 a 42) de los privilegios marítimos y en su Capítulo VI (arts. 43 a 57 de las hipotecas marítimas³³.

³²V. RODIERE, *Le Navire...cit.*, p. 170.

³³*Loi n°. 67-5, du 3 janvier 1967, portant statut des navieres et autres bâtiments de mer (J.O. 4 janvier 1967, p. 106)*. La Ley se complementó con el Decreto de 27 de octubre (Capítulo IV; arts. 10-24.). El texto de la ley puede

30.-El *Codice della Navigazione* italiano.

En Italia, el D.L. de 6 de enero de 1.928, n°. 1.938 (convertido luego en Ley de 19 de julio de 1929, n°. 1638) introdujo las disposiciones del Convenio en el Ordenamiento interno. Seguidamente, el D.L. de 5 de julio de 1928, n°. 1816 (convalidado luego como Ley de 31 de Diciembre de 1.928, n°. 3055) modificó las disposiciones del C. de c. italiano en materia de privilegios y sustituyó la vieja regulación del *pegno navale* por la de la hipoteca naval.

Esta premura en incorporar el régimen internacional fue debida, tanto a las presiones ejercidas por el Gobierno belga cuanto al hecho de que el Estado italiano creyó inminente la ratificación por parte de las mayores potencias marítimas³⁴.

Las nuevas normas reproducían, casi literalmente, las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1.926. Sin embargo, y con el objeto de no colocar los intereses navieros italianos en una posición desventajosa respecto a los demás países marítimos, se prescribía que los créditos por abordaje u otros accidentes de la navegación y por indemnizaciones correspondientes a lesiones corporales o pérdidas o averías en el cargamento (Art. 2 §4 del Convenio), no adquirirán pleno vigor hasta que se produjese la efectiva implantación de las reglas de la Convención

verse en la *REDM*, Fascículo 3, 1966/1967, I, pp.31-40. V. DUPONTAVICE, *Le statut des Navires*, *Librairies Techniques*, París, pp.137-138.

³⁴V. GIANNINI, Amedo, *La ratifica della convenzione sui privilegi ed ipotheche marittime*, *RDN*, 1950, I, pp.126-128.

en el plano internacional³⁵.

El contenido del Código modificado pasaría posteriormente a integrar la parte correspondiente del Código de la navegación de 1.942, suscitándose entonces un debate doctrinal acerca de los efectos derogatorios del mencionado Código, inclinándose la doctrina italiana por limitar aquellos efectos a la derogación del mencionado RDL de 5 de julio de 1.928 , es decir del texto modificador del C. de c. para armonizarlo con el régimen convencional internacional³⁶.

Finalmente, el Estado italiano depositaría su instrumento de ratificación con fecha 7 de diciembre de 1949, *i.e.*, nada menos que veintiun años después de haber sido incorporado al Ordenamiento interno.³⁷

En conclusión, la disciplina actualmente en vigor sigue fielmente las disposiciones del Convenio ,salvo algunas modificaciones cuya introducción ha sido posible por las reservas presentadas, y se encuentra, básicamente, en el Título VI del Libro III del *Codice*, que dedica su Capítulo I (*Del privilegi*, artículos 548 a 564) a los privilegios, y su Capítulo II (*Della ipoteca* , artículos 565 a 577) a la hipoteca naval.

31.-El HGB alemán enmendado.

³⁵V. D'AMELIO, Mariano, *Sulle Convenzioni...cit.*, pp. 21-22. También: BUTHELIER ESPASA, *Los créditos privilegiados sobre el buque*, RCDI, T.11, 1935, nota (2), p.110.

³⁶ V., sobre ésta polémica, BERLINGUIERI, F., *I Diritti di Garanzia sulla navi l'aeromóvile e le cose caricata*, Padova, Cedam, 1965, pp. 3 y ss.

³⁷El instrumento de ratificación fue publicado en la *Gazzetta Ufficiale* de 1 de febrero de 1950, n°. 26. V. su texto, incluidas las reservas presentadas, en GIANNINI, *op.cit.*, p. 126.

En Alemania el régimen de los privilegios contenido en el Código de 1861 (*ADHGB*) pasó al Código de Comercio de 1897 (*HGB*).

En la actualidad el Derecho positivo de los privilegios, viene constituido en Alemania por los artículos 754 a 764 del *HGB*, tal y como quedaron modificados por la Ley de reforma de 1980. Estas normas se complementan con la regulación de la hipoteca naval, establecida por Ley de 15 de Noviembre de 1940 (modificada en 1969), sobre la base de las disposiciones del Código Civil Germano (*Bürgerliches Gesetzbuch*) relativas a la hipoteca inmobiliaria³⁸.

32.-El Derecho vigente en Inglaterra y en los Estados Unidos.

Ya hemos dicho que en la zona de imperio del Derecho del Reino Unido hay que distinguir entre los privilegios marítimos propios del *common law* y los establecidos en las Leyes emanadas del Parlamento (*statutory maritime liens*).

La disciplina del *Common Law* relativa a los *maritime liens* se ha ido perfeccionando y aclarando a lo largo de los últimos siglos. Claro es que la propia naturaleza jurisprudencial de éste Derecho impide hacer otras referencias al Derecho positivo que no sean las relativas a los *leading cases*, cuyo estudio ha de hacerse, caso por caso, para cada uno de los aspectos de la institución. Debe, no obstante, adelantarse que el estado actual de la doctrina no hace prever el reconocimiento por los

³⁸V. PAUNESCO, *op.cit.*, pp. 23-24; y TETLEY, *Maritime liens...cit.*, p. 573. Hay que tener en cuenta que la República Democrática Alemana poseía normas propias al respecto hasta el momento de su disolución. Se trataba de los artículos 119 a 124 de la *Seehandelschiffahrtsgesetz der DDR (GB1. I 1976 Nr.7, sect. 109)*, que seguía básicamente las reglas del Convenio de Bruselas de 1967. También la hipoteca naval poseía una Ley propia, cuya última versión databa de 1979. V. TETLEY, *Ibid.*, p. 579. En general, sobre el régimen alemán: SCHAPS-ABRAHAM, *Daas Seerecht*, 4ª Ed., Berlín, 1978.

tribunales de nuevos créditos marítimos privilegiados³⁹.

Distinto es ,como sabemos, el supuesto de los *statutory maritime liens* o, según la denominación de TETLEY, *Special Legislative Rights*, entendiéndose por tales los consagrados en diversas leyes especiales y que tienen por finalidad la protección ,con la garantía real del buque, de determinados créditos vinculados al interés público de la navegación. Estos sí pueden ser determinados por referencia a textos legislativos concretos.

Al respecto, y ,en general, puede decirse que siguen vigentes las viejas leyes del siglo pasado que privilegiaban los créditos de las entidades portuarias , de determinados funcionarios o servicios públicos y del Capitán⁴⁰. Junto a ellas hay que tener presentes las sucesivas *Merchant Shipping Acts*, aprobadas posteriormente, algunas de las cuales afectan a nuestra disciplina⁴¹. Y ,desde luego, resulta de vital importancia para todo cuanto afecta a la realización judicial del privilegio la vigente *Supreme Court Act* de 1981⁴².

³⁹V. THOMAS, *op.cit.*, p.16.

⁴⁰Así, e.g., siguen vigentes en Inglaterra la *Harbours, Docks and Piers Clauses Act* de 1847 (deudas portuarias), que se complementa con las disposiciones similares contenidas en las distintas Leyes que tienen por objeto la regulación de un puerto o área marítima en particular, e.g., s. 75 de la *Port of London (Consolidation) Act, 1920* y s. 77 de la *The Thames Conservancy Act, 1894*; la *Dockyard Ports Regulation Act 1865* (remoción y venta de restos de naufragio) ;y la *Merchant Shipping Act* de 1894 (*receiver of wrecks*, guardacostas y daños causados en propiedades terrestres por causa de salvamento). V. *Sup.*, p. ;V. THOMAS, *op.cit.*, pp. 18-21 y TETLEY, *op.cit.*, pp. 61-62.

⁴¹ Además de la de 1894, que da nueva redacción a todo el régimen del *mortgage* y establece otras modificaciones a la de 1847, hay que destacar la *Merchant Shipping Act* de 1970 , que es la que en la que actualmente contiene los privilegios que asisten al Capitán por salarios, gastos y responsabilidades. V. TETLEY, *op.cit.*, p.617.

⁴²V. JACKSON, pp. 5-6.

También en los Estados Unidos hay que establecer la distinción entre privilegios jurisprudenciales y privilegios dispuestos por las leyes especiales.

Los privilegios no "estatutarios" tradicionales han mantenido su eficacia ante los tribunales, si bien su peso específico relativo ha sido aquí menor que en el sistema del Reino Unido.

Ocurre, en efecto, que el campo de actuación de la Ley federal ha sido intenso. Así, el formidable peso de los intereses de los proveedores de bienes y servicios a los buques conseguiría la positivación por el Congreso del principal cuerpo de *maritime liens* (privilegios por *necessaries*), recogidos en la *Federal Maritime Liens Act*, de 23 de junio de 1910⁴³, mientras que la *Ship Mortgage Act* de 5 de Junio de 1920 estableció la actual regulación del *mortgage* norteamericano⁴⁴. Claro es que, tampoco aquí faltan *Special legislative rights*⁴⁵.

33.-Referencia a otros sistemas nacionales.

En general, puede decirse que los demás sistemas jurídicos nacionales, o bien continúan inspirados en sus respectivos patrones de referencia, o bien han evolucionado adaptando su

⁴³ La promulgación de esta Ley vino determinada por la necesidad de reemplazar por legislación federal uniforme, las distintas leyes que se habían ido dando los Estados para incluir el *lien* por suministros en el puerto de matrícula del buque, que había sido negado por los tribunales al considerar estos que, en tales casos, bastaba la garantía personal del propietario. Esta Ley sería luego enmendada en 1920 (46 U.S.C. 971-975 (1975)), y, después, en 1971. V. BURKE, Richard, *Maritime Liens: an American view*, L.M & C.L.Q, 1978, pp. 269-275.

⁴⁴ 46 U.S. Code sects. 911-914. V. TETLEY, *op.cit.*, p. 619.

⁴⁵ Así, la *Rivers and Harbors Act* 1899 y la *Saint Lawrence Seaway Development Act* 1968. V. referencias en TETLEY, *op.cit.*, pp.44-45.

régimen al modelo deparado por los textos de unificación internacional⁴⁶.

Así, además de Francia e Italia, algunas legislaciones nacionales han sido modificadas para seguir, en líneas generales, los criterios y normas presentes en el texto internacional de 1926. Por citar algunos casos concretos, ésta es la situación en Bélgica⁴⁷ y en China⁴⁸.

Con un criterio más moderno, varios países han modificado sus leyes domésticas según las pautas del Convenio de Bruselas de 1967. El fenómeno se aprecia no sólo en Estados que han ratificado la Convención, como es el caso de los nórdicos⁴⁹, sino también en otros que, aún quedando al margen del Convenio, aprovecharon la oportunidad para tomarlo como referencia a la hora de emprender la reforma de sus legislaciones nacionales. Por su especial interés, al situarse en el ámbito cultural de la

⁴⁶Para una visión general de las principales características de los más importantes sistemas domésticos tradicionales, V. PAUNESCO, *op.cit.*, pp.13-31. También en PAUNESCO puede verse un detalle de las distintas legislaciones nacionales (Bélgica; Grecia, Países Bajos; Italia y China) dictadas como consecuencia de la incorporación del Convenio de 1926: *Ibíd.*, pp.168-176. Un examen comparativo, general, puesto al día y mucho más extenso (35 países), en TETLEY, *op.cit.*, pp. 556-625.

⁴⁷Aunque Bélgica no ratificó el Convenio de 1926 hasta el 2 de junio de 1930 (con lo que la entrada en vigor tuvo lugar el 2 de junio de 1931) ya la Ley de 20 de noviembre de 1.928 modificó el Derecho interno para ajustarlo a sus disposiciones. En todo lo no especialmente contemplado en ésta ley siguen vigentes los artículos 19 a 22 y 25 a 45 del Libro II del Código de Comercio Belga, así como las disposiciones del Código Civil (basado en el Código de Napoleón) relativas a los privilegios de Derecho común y a las hipotecas, tal y como quedaron modificadas por la Ley de 16 de Diciembre de 1851.

⁴⁸En general, China sigue, en materia de Derecho Marítimo, las pautas propias del sistema jurídico continental, siendo la Ley escrita la primera fuente del Derecho. Los privilegios marítimos aparecen regulados en los artículos 24 a 35 de la Ley de Derecho Marítimo Chino (*Hai-Shang Fa*), promulgada en 1929 y revisada en 1962 para ajustarla al modelo del Convenio de Bruselas de 1926. V. HUANG, Mao-Ching, *Maritime Liens in the Republic of China*, *JMLC*, V.8, n°. 2, pp. 227-246, especialmente, p.228.

⁴⁹La *Danish Merchant Shipping Act*, 1972, reformó el Derecho interno danés para adaptarlo a las disposiciones del Convenio de 1967. Lo mismo hicieron Suecia y Noruega. V. TETLEY, *op.cit.*, pp. 571, 597 y 612.

lengua hispana, merecen ser destacados aquí los casos de Argentina y de Venezuela⁵⁰.

Por lo que respecta a los antiguos países socialistas del Este de Europa, hay que tener en cuenta que existen notables diferencias entre las legislaciones nacionales de cada uno de ellos. Sin embargo, la ratificación del Convenio de 1926, por Polonia; Hungría y Rumanía, provocó una adaptación de las legislaciones internas de éstos países, adaptación que también tuvo lugar en Bulgaria, a pesar de que éste último no paso a ser parte de la Convención.

Mas diferencias existen en el Derecho de Checoslovaquia y ,sobre todo, en el de la antigua Unión Soviética. Por su parte, y como ya habíamos señalado, la anterior República Democrática Alemana seguía al Convenio de 1967⁵¹.

⁵⁰El modelo consagrado en Argentina por la Ley de la Navegación 20094 (B.O. 2/3/73) está netamente inspirado por las disposiciones del Convenio de 1967. El Capítulo IV de la citada Ley, que lleva por nombre «Crédito Naval», contiene una completa, clara y moderna regulación de los distintos derechos reales y especiales de garantía de los bienes marítimos, ocupándose, sucesivamente, de las Disposiciones generales (Sección 1); de los Privilegios sobre el buque, el artefacto naval y el flete (Sección 2); de los Privilegios sobre el buque y el artefacto naval en construcción (Sección 3); del Privilegio sobre las cosas cargadas (Sección 4); y de la Hipoteca naval (Sección 5). V. MARCELO ZAMORA, *Código de Comercio*, Zavalia, Buenos Aires, 1989, pp. 677-686. Otro tanto puede decirse de la Ley venezolana de 24 de Agosto de 1.983 (G.O. n°. 32.380, de 27/9/83) ,que constituye un reciente ejemplo de adaptación, en el contexto jurídico-cultural que nos es más familiar y mediante ley nacional, de las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1.967. Pueden verse citas y comentarios a dicho texto en DUQUE, *op.cit.*, passim.

⁵¹V. WOJCIECH, Adamczak, *Maritime liens in Polish law in the context of the law of the European Socialist States*, LMCLQ, 1982, pp. 433-437.

Capítulo VII

Derecho positivo español

34.-La dualidad normativa.

El hecho de que nuestro país se constituyese en Estado Parte del Convenio de Bruselas de 1926 obliga a distinguir entre normas nacionales y normas internacionales a la hora de abordar el estudio del Derecho positivo español que conforma el régimen jurídico actualmente aplicable a los privilegios marítimos. En realidad, y para evitar equívocos, parece más apropiado hablar de normas de origen interno y normas de origen internacional⁵², supuesto que, como enseguida veremos, es la procedencia, no el hecho de la pertenencia a nuestro Ordenamiento, el dato relevante para la distinción. Con independencia de sus distintas raíces, unas y otras fuentes forman parte de nuestro Ordenamiento y en el conviven (o, quizás, debiéramos decir que se limitan a coexistir y con no pocas dificultades).

35.- Las normas de origen interno.-

La regulación de los créditos marítimos privilegiados recogida en nuestro vigente Código de Comercio, no hizo sino seguir, sintéticamente, la tradición del sistema, ya presente en el Código de 1.829. Los textos legales obedecen a la misma "formulación empírica" que inspiró la redacción del Code, el cual

⁵²Estos términos han sido empleados por RUIZ SOROA como técnica clarificadora de la distinción entre dos cuestiones (pertenencia del Convenio a nuestro Ordenamiento y supuestos para su aplicabilidad). El autor ha hablado de "normas (internas) de origen interno" y "normas (internas) de origen internacional". V. RUIZ SOROA, *op.cit.*, p.192.

sirvió de modelo⁵³.

Este régimen legal, recogido ,en sus líneas generales, en los arts. 580 a 584 del Código de comercio de 1.885, permanece inalterado desde su promulgación, sin que, a diferencia de lo ocurrido en otros países, la elaboración y promulgación del régimen internacional regulador de esta materia se haya visto reflejado en la modificación de nuestro Código.

Sin embargo, el absoluto imperio de los preceptos del Código duraría sólo ocho años. En efecto ,la aparición de la LHN, de 21 de Agosto de 1894, supondría una primera alteración del sistema prelativo consagrado en aquellos. El legislador tuvo que atender el conflicto entre privilegiados e hipotecarios y busco una solución intermedia que dejo plasmada en los artículos 31 a 37 de la LHN⁵⁴.

Desde entonces, el régimen preferencial del Código quedó limitado a regir las situaciones concursales sin presencia de acreedor hipotecario. Por el contrario, la concurrencia de al menos un acreedor por hipoteca naval hacía entrar en juego la prelación propia de la LHN. Pero ello no suponía la derogación

⁵³ Así lo afirma DUQUE, apoyándose en CHAVEAU, *op.cit.*, p.22. V., en general, RUBIO, *Sainz de Andino ...cit., passim*, y EIZAGUIRRE, José María de, *El Derecho Mercantil en la Codificación del siglo XIX*, Ed. Universidad del País Vasco, 1987, pp. 95-97.

⁵⁴La "Base Octava" de las propuestas por GONZÁLEZ REVILLA para la implantación en España de la hipoteca naval pedía la total derogación del artículo 580 del Código de comercio y no su mera reforma o modificación. De hecho, la base establecía una nueva lista prelativa de créditos marítimos llamada a sustituir a la contenida en aquel precepto. En dicha lista tan sólo constaban con preferencia a la hipoteca los créditos y derechos a favor de la Hacienda y los sueldos del capitán y tripulación en su último viaje. A continuación figuraban los acreedores hipotecarios con título debidamente inscrito y por el orden de las fechas respectivas de inscripción. Tras la hipoteca figuraban una serie de créditos que obtenían privilegio sólo en el caso de que constase su inscripción mediante anotación preventiva en el Registro. V. el texto integro de la "Base" en GONZÁLEZ REVILLA, *op.cit.*, pp.241-243.

o inaplicación total de la establecida en el artículo 580, que seguía siendo perfectamente válida para gobernar supletoriamente cuantos supuestos de preferencia de créditos marítimos no aparecían contemplados en los artículos 31 y 32 de la Ley especial⁵⁵. Y esta es la situación que ha llegado hasta nuestros días.

En consecuencia, y en primer lugar, sigue siendo el Código

⁵⁵La aparición de la LHN dio lugar a una polémica acerca de los efectos que la misma habría producido en el régimen de privilegios contenido en el Código de Comercio. Se discutía, en concreto, sobre si dicha Ley habría derogado el artículo 580 del Código o tan sólo se había limitado a disponer una prelación distinta para el caso de concurrencia de hipoteca. En general, puede decirse que la cuestión fue resuelta, desde el principio, en éste último sentido y esta es la postura que ha sido seguida, pacíficamente, por todos los autores.

Al respecto decía FONT Y VIÑALS, que las tesis que postulan la derogación sin más del artículo 580 del C. de c. por obra de la L.H.N., deben ser criticadas por cuanto todo lo más que puede haber hecho la referida ley especial es preterirlo en aquellos supuestos en que el buque se encuentre gravado con hipoteca, desplegando en caso contrario todos sus efectos jurídicos. Incluso en caso de concurrencia de acreedor hipotecario no hay que olvidar la posibilidad de aplicación supletoria del orden de prelación del art. 580 del C. de c. para la determinación de las preferencias a partir del grado que la L.H.N. asigna a la hipoteca. No se ve razón alguna para que el art. 580 del C. de c. no rija la preferencia entre los acreedores privilegiados que puedan quedar una vez satisfecho el crédito hipotecario; tales como los derechos de la Hacienda Pública o de puerto que excedan el devengo correspondiente al último viaje o al último año; los derechos de puerto de viajes anteriores; o los señalados en los números 4º y 5º del repetido art. 580 del C. de c. V. FONT Y VIÑALS, *La ley de hipoteca naval, ¿Ha derogado en todo o en parte el artículo 580 del Código de Comercio?*, RGLJ, T. 89, 1896 pp.41-45. Mas recientemente, VALLET DE GOYTISOLO, ha señalado que, del art. 169 del R.R.M., cabe deducir que el sistema de preferencias establecido por la L.H.N. únicamente entrará en juego cuando concurren gravámenes hipotecarios, manteniendo toda su vigencia en los demás casos el art. 580 del C. de c. VALLET se hace las siguientes preguntas: ¿Sigue aplicándose la prelación del art. 580 del Código de Comercio cuando no se interfiera ninguna hipoteca naval?, o bien, (ha quedado sustituido, incluso en ese caso, por los preceptos de la Ley de Hipoteca naval, que no sólo significó la regulación de esa hipoteca, sino la adaptación de los privilegios al sistema registral?. El art. 169 del R.R.M. distingue, para el supuesto de venta judicial de un buque, a que se refiere el art. 582 del C. de c., según que hubiere o no gravámenes hipotecarios, remitiéndose a la L.H.N. sólo en caso afirmativo. VALLET DE GOYTISOLO, *op.cit.*, p. 162.

También consideran aplicable la prelación de la LHN o la del Código según concorra o no acreedor hipotecario, RUIZ SOROA, *Manual...cit.*, p. 58; FARIÑA, *op.cit.*, p. 240 (nota 26); MONFORT BELENGUER, *op.cit.*, p. 437; LUCAS FERNANDEZ, *Los privilegios marítimos y la hipoteca naval, Curso de Especialización sobre Derecho Marítimo*, Escuela de Práctica Jurídica, Madrid, Curso 1979-80, pp.36 y 38. Por su parte, sin resolver aquí la cuestión, señala BROSETA que, en el conflicto planteado entre los preceptos de la L.H.N. y el Código de comercio en materia de preferencia de créditos, parece que ha de prevalecer la L.H.N., por ser una ley posterior y especial. V. BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1990, 8ª Ed., p. 739.

de Comercio de 1885 el cuerpo legal que contiene la regulación material básica de los privilegios marítimos en el Derecho español. En concreto, resultan relevantes ,no sólo los referidos artículos 580 a 584, que contienen la sistematización de los créditos privilegiados y las reglas generales a ellos aplicables, sino también los preceptos dedicados al préstamo a la gruesa, en particular los artículos 724 y 730, y aquellos que se ocupan del privilegio del crédito del capitán y de la tripulación , .i.e., artículos 608, 643 y 646.

Junto a éstas prescripciones deberán traerse las contenidas en los artículos 31 a 36 de la LHN siempre que se ventile el *ius prelationis* de acreedor por hipoteca naval. El bloque positivo básico se completa con las normas que rigen la publicidad registral de los buques y de los actos y contratos relativos a los mismos. Estas vienen constituidas, de una parte, por los artículos 145 a 176 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956, que, con vigencia transitoria, conforman su Título V ⁵⁶. De otra, y con sentido netamente administrativo, por

⁵⁶ La reciente reforma de la legislación mercantil no ha producido, por el momento, la modificación del régimen contenido en el RRM de 1.957 para la inscripción de los buques. En efecto, aunque cierto que la Ley 19/1.989, de 25 de Julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) , en materia de Sociedades, dispuso, en su Disposición Final Segunda que los libros de buques y aeronaves llevados , hasta ahora en los Registros Mercantiles, constituirían registros independientes , también lo es que la propia norma ordeno que continuarían rigiéndose por las normas referidas a ellos , hasta que se estableciese el Registro de la Propiedad Mobiliaria, en el que habrán de unificarse los actuales Registros de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y los libros de buques y aeronaves. Consecuentemente, si bien el nuevo Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1597/1.989, de 29 de Diciembre, carece ya de regulación para los buques y aeronaves, su Disposición Transitoria Sexta (en relación con la Disposición derogatoria del citado Real Decreto (art.4°.1) se ha cuidado de mantener transitoriamente vigentes los arts. 145 a 190 y concordantes. La referida Disposición Transitoria reza así: «Los libros de buques y Aeronaves seguirán llevándose en los Registros a que se refiere el artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Decreto de 14 de Diciembre de 1.956, hasta la publicación del Reglamento del Registro de Bienes Muebles a que se refiere la disposición final segunda de la Ley 19/1.989, de 25 de Julio, a cuyo efecto, continuarán transitoriamente

el R.D. 1027/1989, de 28 de julio, sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo, en particular su Capítulo IV (artículos 52 a 61).

En segundo lugar, y habida cuenta de la naturaleza que poseen los privilegios, hay que entender de aplicación supletoria la LHN en su conjunto, como disposición reguladora del prototipo de los derechos reales de garantía que gravan especialmente a un buque. Es más, creemos que esta eficacia supletoria alcanza también, y por la misma razón, a la legislación hipotecaria general⁵⁷, pues éstas y no otras son las normas que en nuestro Derecho se ocupan de la más típica figura de los derechos reales de garantía, siquiera posea origen contractual⁵⁸.

Claro es que el recurso a la supletoriedad habrá de hacerse siempre con la debida cautela, ponderando en cada caso los intereses en juego, atendiendo a la naturaleza del bien gravado y a las características propias de los privilegios y sin que, en ningún caso, la aplicación de la legislación hipotecaria pueda resultar en perjuicio de terceros⁵⁹.

vigentes los arts. 145 a 190 y concordantes del referido Reglamento del Registro Mercantil». V.PADILLA GONZALEZ, en *Derecho Mercantil* (coord. JIMENEZ SANCHEZ), Ariel, Barcelona, 1990, p. 1153.

⁵⁷Ley Hipotecaria, texto aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946 y Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947.

⁵⁸El carácter de derecho general hipotecario que reviste la L.H., se pone de manifiesto en la Disposición Adicional 3.ª de la Ley de 1.954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión, que se remite a la Ley Hipotecaria para hacer frente a la insuficiencia de sus preceptos, siempre que sea compatible con la distinta naturaleza de los bienes y con lo dispuesto en sus propias normas.

⁵⁹Algún autor ha apuntado que los privilegios marítimos revisten carácter excepcional y deben por ello ser objeto de interpretación restrictiva. Así, GAMECHOGOICOECHEA, *op.cit.*, p. 80. Estamos de acuerdo respecto a todo aquello que perjudique a terceros, e.g., la creación de nuevas categorías de créditos marítimos privilegiados. Pero la integración analógica

Por otra parte, habrá que tener también presentes las normas contenidas en algunas legislaciones sectoriales , que dotan de particular vigor al crédito de determinados acreedores del propietario del buque. Tal es, señaladamente, el caso del crédito marítimo salarial, que aparece contemplado, con carácter especial en el artículo 106.9 de la Ordenanza del Trabajo de la Marina Mercante de 20 de mayo de 1069 y, con carácter general para todos los trabajadores, en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. También en éste apartado hay que tener presente el régimen de garantías previsto en la legislación especial de la seguridad social⁶⁰ ,tributaria⁶¹ o marítimo-administrativa⁶².

Y, si se quiere integrar y cerrar completamente el sistema prelativo, deberán igualmente ser tomadas en consideración las listas generales de preferencia que recogen el Código Civil y el Código de Comercio para los acreedores de Derecho común⁶³.

Finalmente ,refiriendonos ahora a la vertiente procesal, deben traerse a colación los preceptos que se ocupan de regular

de su régimen jurídico debe jugar en todos los demás aspectos.

⁶⁰ Artículo 15 de la Ley 40/1980, de 5 de julio ,enmendado por la D.A. novena de la Ley 4/1990, de 29 de junio, y artículos 28 y 29 del R.D. 1517/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social.

⁶¹Artículos 71 a 76 de la L.G.T. de 28 de diciembre de 1963, enmendada por Ley 10/1985, de 26 de abril.

⁶²V. *inf.*,este mismo número, acerca de las normas sobre remoción de restos o salvamento marítimo.

⁶³Artículos 1922 a 1924 C.c. y 913 y 914 del C. de c. , previstos ,respectivamente, para situaciones concursales y de quiebra, pero cuyas prescripciones marcan un orden jerárquico válido para toda situación concursal. En principio, y dada la naturaleza mueble del buque, serían competentes los artículos 1922 del C.c. y 913 del C. de c. Por el contrario, los artículos 1923 del C.c. y 914 del C. de c. habrán de ser los que vengan en aplicación siempre que concurra acreedor hipotecario naval (V. artículo 51 LHN).

los distintos procedimientos de ejecución del privilegio mediante la realización del *ius distrahendi*. Serán la naturaleza del crédito y-en algún caso- el procedimiento que elija el acreedor los elementos determinantes para conocer cuales sean las prescripciones positivas aplicables a la ejecución y a las medidas cautelares que puedan adoptarse para su aseguramiento.

Así, las normas comunes y generales aplicables a la ejecución judicial del privilegio serán las contenidas en el artículo 579 del C. de c., junto con las que regulan el procedimiento de apremio en la LEC⁶⁴. Pero si la ejecución se insta por acreedor hipotecario naval, éste puede elegir también alguno de los procedimientos previstos en la legislación hipotecaria⁶⁵.

En todos éstos supuesto cabe la adopción de medidas cautelares, principalmente el embargo preventivo del buque en cuestión, cuya normativa se encuentra, con carácter general, en los artículos 1397 a 1428 de la LEC y, en su caso, en la Ley 2/1967, de 8 de abril, sobre embargo preventivo de buques.

Por otra parte, la ejecución puede instarse por acreedor laboral ante la jurisdicción del orden de lo social, en cuyo caso serán de aplicación los artículos 234 a 303 de la Ley de Procedimiento Laboral ⁶⁶, que cuenta con su propia regulación del

⁶⁴Cfr. Artículos 1481 a 1543 de la LEC y artículo 43 de la LHN.

⁶⁵Sobre todo el procedimiento sumario previsto y regulado en los artículos 131 y ss. de la LH.

⁶⁶Texto articulado, aprobado por R.D.L. 521/1990, de 27 de abril.

embargo preventivo⁶⁷.

Finalmente, algunos créditos de titularidad pública pueden ser ejecutados en vía administrativa. Este es el caso del procedimiento de apremio para el cobro de las deudas tributarias -incluyendo en tal amplio concepto las tasas o tarifas de los organismos autónomos portuarios⁶⁸- y de las de la seguridad social⁶⁹.

En cierto modo equivale también a una ejecución en vía administrativa la facultad de remoción de restos de naufragio prevista en la legislación de puertos y de salvamentos⁷⁰. Cabe ,incluso, un procedimiento administrativo de ejecución de créditos de titularidad privada, situación que puede darse en los supuestos de salvamentos marítimos⁷¹.

36.- Las normas de origen internacional.

Dos son los textos normativos de origen internacional que integran también nuestro Derecho positivo vigente en materia de privilegios. Se trata, de una lado, del Convenio de Bruselas de 1926, que ya conocemos, y ,de otro, del Convenio, también de

⁶⁷Artículo 79 LPL. Por lo demás, esta ejecución laboral especial no se ve afectada por la interposición de tercería de mejor derecho por acreedor no laboral, sin que ello signifique el desconocimiento de su derecho (art.272 LPL).

⁶⁸ Cfr. Artículos 126 a 139 de la LGT; artículos 32 a 41 de la Ley General Presupuestaria (R.D.L. 1091/1988, de 23 de septiembre); y Reglamento General de Recaudación.

⁶⁹«Procedimiento de recaudación en vía ejecutiva», Título III del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social; en particular, art. 116.4 y, para las tercerías, arts. 172 a 180.

⁷⁰Cfr.artículo 29 de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 y 58 de su Reglamento; artículo 26 Ley 60/62, de 24 de diciembre y 79 de su Reglamento- Decreto 984/1967, de 20 de Abril.

⁷¹ V. Artículos 39 y 40 de la Ley 60/62 y 31, 54 a 57 de su Reglamento.

Bruselas, de 10 de mayo de 1952, sobre embargo preventivo de buques, cuya relevancia procesal cara a la efectiva realización del privilegio resulta ser de primer orden.

a).-El problema de la incorporación de los Convenios.

Como ya quedó dicho, el Convenio de Bruselas de 1926 fue ratificado por España y publicado en la Gaceta Oficial del día 31 de julio de 1930⁷².

En aquella fecha no existían preceptos similares a los actuales artículos 96.º de la Constitución de 1978 y 1.º del Código Civil, razón por la que se suscita el problema inicial de si la ratificación y publicación en la Gaceta produjo o no el efecto de incorporar plenamente las disposiciones del Convenio a nuestro Ordenamiento jurídico⁷³.

Aunque no han faltado voces que han expresado dudas acerca de éste extremo⁷⁴ e, incluso, quien ha rechazado abiertamente

⁷² V. sup., §25. Recordemos aquí que el Instrumento de Ratificación, conteniendo el texto íntegro del Convenio, llevaba por fecha la de 2 de Junio de 1.930 y apareció publicado en la Gaceta número 212, de 31 de Julio.

⁷³ Es lo cierto que cuando el Convenio de Bruselas es ratificado por España y publicado en la "Gaceta" de 31 de julio de 1.930, no existía en nuestro Ordenamiento ninguna norma que expresamente dispusiese la aplicación directa de las disposiciones de los Tratados ratificados y publicados en nuestro país, aplicación que tampoco cabía deducir de un modo incontrovertible del estudio de la doctrina jurisprudencial y del Consejo de Estado. El antecedente próximo del régimen consagrado por el actual artículo 1.º del Código civil se suele situar no mas allá del art. 65 de la Constitución de 1.931, en el que se declaraba que los tratados debidamente ratificados (nada se decía respecto a la publicación) se considerarán parte constitutiva de la legislación española. Por lo que hace a la jurisprudencia pueden encontrarse tanto sentencias favorables como opuestas a favor de la aplicación directa y lo mismo puede decirse de la doctrina del Consejo de Estado, que sólo adoptaría una línea decidida en sentido afirmativo a partir de mediados del presente siglo. V. este punto, con amplia referencia jurisprudencial, en ALONSO LEDESMA, *op.cit.*, pp.100-101.

⁷⁴ Así, DUQUE, para quien cabría cuestionarse si la Convención constituye derecho aplicable directamente en España una vez publicada en la Gaceta. V. DUQUE, *op.cit.*, pp. 23-24.

semejante posibilidad⁷⁵, puede afirmarse que la postura doctrinal dominante se inclina por conceder eficacia retroactiva a los aludidos preceptos y resuelve la cuestión en sentido afirmativo⁷⁶, encuadrando, además, el Convenio en la categoría de los instrumentos internacionales de aplicación directa o *self executing*⁷⁷. Y, como veremos más adelante, ésta ha sido la

⁷⁵Para ALONSO LEDESMA parece fuera de toda duda que las normas posteriores a 1930, promulgadas con la finalidad de regular la incorporación directa al Ordenamiento de los textos internacionales, no pueden tener efectos retroactivos. Sin embargo, la misma autora parece suavizar, más adelante y en el mismo trabajo, las consecuencias de esta afirmación al admitir que, aunque no parece que pueda predicarse, sin más, la incorporación del Convenio de Bruselas a nuestro Ordenamiento jurídico a todos los efectos y por el mero hecho de su ratificación y publicación en la "Gaceta", puede aceptarse, como mucho y a la vista la situación jurídica que existía cara a la recepción de los Tratados en 1.930, que tan sólo las normas del Convenio calificables como *self executing* pasaron a ser directamente aplicables por los tribunales españoles en su condición de Derecho internacional privado uniforme, es decir para las relaciones jurídicas con elemento extranjero. V. ALONSO LEDESMA, *Ibíd.*, pp. 101.

⁷⁶Opina RIOS SALMERON que el hecho de que las disposiciones del Convenio pueden considerarse como parte del ordenamiento interno español no ofrece dudas, a la luz de los arts. 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código Civil. V. RIOS S., Los créditos laborales en el área marítima, *BAEDM*, n.ºs. 5 y 6/1986 (especial), p.140. Por su parte, RUIZ SOROA, afirma que nadie discute que el Convenio de 1.926 forma parte del derecho interno español (arts. 96 de la Constitución y 1.5º del Có.Civil) RUIZ SOROA, *Crédito marítimo con garantía real...cit.*, p. 192.

⁷⁷Como observa ARROYO, parece que la distinción entre Tratados *self executing* y *non self executing* ha hecho fortuna en nuestra doctrina internacionalista más autorizada, de modo que el automatismo en la incorporación en el Ordenamiento español sólo se daría en relación con los primeros.

En la categoría de los Convenios *self-executing* hay que entender comprendidos a todos aquellos cuyas disposiciones crean directamente derechos y obligaciones respecto de los ciudadanos, sin necesidad de medidas legislativas internas por parte de los órganos del Estado receptor. En general, puede afirmarse que siempre que un Tratado contiene preceptos completos, susceptibles de ser aplicados directamente a las relaciones jurídicas que contempla, estaremos en presencia de un Tratado de ésta naturaleza. Esto es, creemos, lo que ocurre con los Convenios de unificación del Derecho marítimo privado aprobados a instancias del C.M.I.

Por el contrario, cuando el texto internacional se limite a realizar meras declaraciones de principios o a la tipificación incompleta de supuestos de hecho o de consecuencias jurídicas, que requieren del posterior complemento del Derecho doméstico, podrá predicarse la existencia de disposiciones *non self executing*. A título de ejemplo puede decirse que éste es frecuentemente el caso de los Tratados de naturaleza penal, que suelen tipificar los supuestos de hechos y normativizar el ilícito penal pero dejan a los Estados la concreción de la pena. Es obvio que la acción legislativa interna resulta entonces imprescindible para que se pueda hablar de su plena, directa y eficaz aplicación. V. ARROYO, *Convenios Internacionales y Derecho interno: Referencia especial a la limitación de la responsabilidad por abordaje*, *ADM*, V. II, 1984, pp. 25-26. El autor se refiere aquí en concreto al

doctrina que , inequívocamente, ha sentado nuestra Jurisprudencia.

Análogas reflexiones cabe hacer respecto al Convenio de Bruselas de 1952 sobre embargo preventivo de buques⁷⁸,

Convenio de 1957 sobre limitación de responsabilidad, que considera un ejemplo paradigmático de Tratado directamente aplicable.

Para RUIZ SOROA, el principio de que todas las normas jurídicas contenidas en los Convenios Internacionales suscritos por España e incorporadas a nuestro ordenamiento interno, mediante su publicación íntegra en el BOE , resultan de aplicación directa en nuestro país no se ve afectado por la distinción ,que a veces se hace, entre Tratados "non self executing" y "self executing". En efecto, tal distinción carece prácticamente de virtualidad en nuestro ordenamiento, en el cual la aplicación de las normas de los Tratados se produce por su sola conversión en Derecho interno por medio del cumplimiento de los requisitos constitucionales y de su publicación en el Diario Oficial. Frente a los sistemas "dualistas" ,que requieren de una ley interna para la introducción de las normas previstas en los Convenios Internacionales, nuestro Derecho adoptó, desde antiguo, el sistema "monista", según el cual, para que el juez interno pueda aplicar dichas normas, únicamente hace falta que la estructura de las mismas permita extraer mandatos suficientemente precisos para su concreción en el los correspondientes supuestos de hecho. Tal es, obviamente, el caso de las normas del Convenio de 1.926, que establece un claro, concreto y definido orden prelativo de créditos marítimos e hipotecas , regulando diversas materias con la concreción estructural suficiente para imponer al juez su aplicación , cuestión esta en la que cabe apreciar unanimidad doctrinal. A este respecto traemos la cita que hace RUIZ SOROA de RODRIGUEZ ZAPATA (*El Derecho Internacional y la Constitución* , en "Estudios dirigidos por García de Enterría", Madrid, 1.981, pp. 599-606): «En nuestro sistema todos los tratados son adoptados por el Derecho Español . Si la conclusión del tratado ha sido autorizada por las Cortes Generales, no es necesaria ninguna nueva intervención de las Cortes Generales para que produzca por sí mismo todas las modificaciones o derogaciones de nuestro ordenamiento que sean precisas. Sólo se requiere que estructuralmente tenga la concreción suficiente para producirlas...El Juez interno suplirá con la labor interpretativa la formulación del texto, adecuada al Derecho Internacional , aplicándolo como Derecho Interno cuando del contenido de sus disposiciones se puedan extraer mandatos lo suficientemente precisos como tradicionalmente viene haciendo la jurisprudencia española». V. esta cita y abundante referencia doctrinal y jurisprudencial acerca de los efectos del art. 96 de la Constitución y del art. 1.5 del Código Civil en RUIZ SOROA, *Ejecución de la Hipoteca Naval, problemas prácticos*, Ponencia presentada en el "I Seminario de Financiación de Buques", Madrid, Mayo, 1.984, pp.13-14.

El contrapunto de éstas reflexiones viene dado por ALONSO LEDESMA, quien prosiguiendo en la línea de su análisis crítico, incide también en la tradicional distinción entre Tratados *self executing* o *non self executing*, que la autora califica de fundamental. Su posición dista mucho de considerar obvio que la naturaleza de las disposiciones del Convenio permitan su directa aplicación , apuntando, por el contrario, la posibilidad de que aquella aplicación precise de una previa acción legislativa o reglamentaria en orden a su efectiva implantación. Por esta razón llega a dudar de la eficacia del Convenio para derogar la legislación interna aún en la hipótesis de que la incorporación se produjese con el actual sistema de fuentes. V. ALONSO LEDESMA, *op.cit.*, pp. 105-106.

⁷⁸"Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima", firmado en Bruselas el 10 de mayo de 1952. Instrumento de Ratificación expedido el once de septiembre de 1953, depositado en Bruselas el 8 de diciembre de 1953 y publicado en el BOE n°. 5, de 5 de Enero de 1954. A diferencia del Convenio sobre privilegios, el de embargo preventivo ha alcanzado un notable éxito de implantación. El 15 de septiembre de 1990 existían 61 Estados Parte, si bien

con el añadido de que aquí, puede traerse a colación la declaración realizada por el legislador español con motivo de la aprobación de la Ley 2/1967 ,de 8 de abril, que expresamente reconocía que el Convenio, al ser ratificado por España , imponía sus normas como ley nacional⁷⁹.

b).-El problema del ámbito de aplicación:Derecho unificado versus Derecho uniforme.

Parece evidente que las normas del Convenio de 1926 que se ocupan de la disciplina de los privilegios marítimos internacionales poseen un contenido material capaz de proporcionar directamente la solución al caso controvertido. En tal sentido dichas normas forman parte del Derecho marítimo internacional uniforme y se contraponen a las normas

hay que hacer notar ausencias importantes, como la de los Estados Unidos, Unión Soviética, Panamá , Liberia o Noruega.

⁷⁹ Para CASTRO GARCÍA, «es de toda evidencia» que el Convenio constituyo una normativa incontestable en España una vez que fue ratificado y publicado en el B.O.E en 1.954, y ello aunque por aquel entonces no pudiesen alegarse, por no estar en vigor, ni el artículo 65 de la Constitución de 1.931 ,ni los artículos 1.5 del C. c. y 96 §1 de la Constitución de 1.978. Para éste autor la duda radicaba sólo en «si era menester adoptar las disposiciones concretas indispensables para la ejecución del Convenio, creando en la esfera nacional, según la expresión de los expertos en la materia, «el derecho interno inmediatamente ordenado por el Derecho internacional».V. CASTRO GARCÍA, Jaime, *El embargo preventivo de buques*, BAEDM, n°. 3/ 1984 (especial), p.129.

También FUENTES CAMACHO, afirma la vigencia en España del Convenio por el hecho de haberse cumplido los dos requisitos, ratificación y publicación, que vienen exigidos en los artículos 1.5 del C. c. y 96 §1 de la Constitución. Y ello con independencia de que ambos preceptos no existiesen en el momento de la entrada en vigor del Convenio, como expresamente reconoce el autor, quien ve en tal inexistencia una posible razón para que el legislador afirmara en la exposición de motivos de la Ley 2/1.967 que «El Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1.952 , al ser ratificado por España, impone sus normas como ley nacional», si bien critica el olvido de la mención del requisito de la publicación, práctica constante en España desde el siglo XIX. V. FUENTES CAMACHO,Victor, *Ambito de aplicación del Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima*, de 10 de Mayo de 1.952, ADM, V. VI, pp. 152-153.

Del mismo modo, RUIZ GÁLVEZ considera que el Convenio es «de indudable vigencia» desde el momento de su ratificación y publicación en el B:O.E. V.RUIZ GÁLVEZ, Fernando, *Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima-Notas*, REDM, n°. 5, enero-marzo, 1.964, p.53.

internacionales que tienen por objeto la unificación de las reglas de conflicto⁸⁰.

Por otra parte, hemos dejado dicho que éstas normas han pasado a integrar el Ordenamiento jurídico español.

Ahora bien ,cuando las normas materiales de derecho internacional se introducen en los ordenamientos internos pueden producir efectos dispares en relación con la eficacia reguladora de las normas nacionales. Así, puede ocurrir que desplacen completamente los supuestos de aplicación de las normas internas o bien, puede suceder que coexistan con ellas. En este último caso el derecho uniforme se ocupa de regular los supuestos de tráfico jurídico externo mientras que las normas internas quedan para ser aplicadas a aquellos casos en que únicamente concurren intereses nacionales⁸¹.

Llegados a este punto es pertinente traer a colación la distinción doctrinal entre Derecho uniforme en sentido amplio y Derecho uniforme *strictu sensu*. Con ella se quiere marcar una diferencia de grado o intensidad en el fenómeno de aproximación y convergencia de las legislaciones nacionales por obra de los Tratados. El primero comprendería tanto aquellas normas internacionales que sólo vienen en aplicación en supuestos de presencia de algún elemento extranjero (Derecho unificado) cuanto aquellas otras que sustituyen, en todo caso, al Derecho interno y se aplican igualmente a las controversias que surgen en

⁸⁰A esta última categoría pertenece únicamente el artículo 1 del Convenio, relativo a la ley aplicable a la constitución y validez de las garantías navales contractuales.

⁸¹V.RIOS SALMERON, *op.cit.*, pp.140-141, así como las referencias de doctrina iusinternacionalprivatista allí citadas: GONZALEZ CAMPOS; MIAJA DE LA MUELA; CARRILLO SALCEDO.

relaciones integramente nacionales (Derecho uniforme en sentido estricto o , si se quiere, Derecho de "estricta unificación")⁸².

La calificación de las normas de un Convenio como simple Derecho unificado o como Derecho uniforme debe hacerse, en primer lugar, a partir de sus propias prescripciones dedicadas a acotar su ámbito de aplicación. De ellas, y, si es preciso, también del conjunto de las normas del Tratado, deberán tomarse los criterios hermenéuticos que han de permitir trazar las pertinentes fronteras delimitadoras.⁸³

Así, el Artículo VIII.4) del Convenio sobre embargo preventivo deja fuera de toda duda que estamos en presencia de un Convenio de Derecho unificado, que ,como tal, se ocupa sólo

⁸²La doctrina suele clasificar los Convenios de Derecho Internacional Privado según que tengan por objeto la unificación de normas de conflicto o de reglas materiales. A su vez, dentro de los que unifican reglas sustantivas o materiales , se distingue entre aquellos que establecen una reglamentación uniforme destinada a regular supuestos en que se dan relaciones jurídicas internacionales, y aquellos cuya unificación alcanza también a los supuestos estrictamente nacionales, de modo que ,para una determinada relación o institución jurídica, sólo existe una reglamentación, con independencia de la nacionalidad de los elementos que concurren en aquella. Estos últimos han sido llamados "Convenios de estricta unificación".V. ALONSO LEDESMA, *op.cit.*, pp. 106-108. Esta contraposición: Unificación v. Uniformidad ya fue puesta de relieve por el profesor ARROYO, quien la aplicó al Derecho marítimo internacional y ,además,nos ofreció una útil clasificación y descripción de las distintas etapas de la evolución de las técnicas empleadas para el logro de la unificación del Derecho, i.e. : a)Unificación del Derecho conflictual; b)Unificación del derecho material aplicable a las relaciones internacionales; c)Unificación del derecho material aplicable a las relaciones nacionales e internacionales o uniformidad. V. ARROYO, *Convenios...cit.*, pp. 29-32. Sobre la distinción entre los Tratados de Derecho uniforme conflictual y de Derecho uniforme material y las diferentes categorías de estos últimos en función de su mayor o menor eficacia en la unificación del Derecho privado V., en general, VON OVERBECK, Alfred E., *Le champ d'application des règles de conflit ou de droit matériel uniforme prévues par des traités*, *AIDI*, V. 58 (I), 1979, pp. 97-138.

⁸³La exacta determinación del ámbito de aplicación constituye una labor exegética previa e ineludible cuando nos encontramos ante un texto de Derecho marítimo internacional. En palabras de ILLESCAS ORTIZ, debe entenderse por ámbito de aplicación «la realidad social y económica que se encuentra sometida a las nuevas normas convencionales, internacionales y uniforme». Su delimitación constituye «el punto de partida elemental de toda actividad interpretativa dotada de finalidad práctica». V. ILLESCAS ORTIZ, Rafael, *La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: ámbito de aplicación y perfección del contrato*, *DN*, n.º. 16, año 3, p.2.

de supuestos de tráfico jurídico externo⁸⁴.

Lamentablemente no existe una prescripción de claridad equivalente en el Convenio de 1926. El precepto que en dicho texto convencional se ocupa de definir su ámbito de aplicación (artículo 14) no precisa, con la nitidez deseable, cual es el efecto que se ha querido dar a sus disposiciones en relación con las normas internas de cada Estado parte.

No puede extrañar entonces que el problema de la eficacia de las normas del Convenio en relación con la exigencia o no de la presencia de, al menos, un elemento extranjero, haya suscitado una viva polémica doctrinal, plenamente presente en la actualidad y que constituye uno de los tópicos más destacados (por no decir el principal) con que inevitablemente se encuentra todo estudioso de los privilegios marítimos en el Derecho español.

Y es que el estudio de la cuestión posee una importancia de primer orden y resulta insoslayable. De la postura que se adopte dependerá nada menos que la determinación de buena parte de la disciplina jurídica que gobierna la institución en nuestro país⁸⁵.

⁸⁴ El texto del Artículo VIII.4) es el siguiente: «Ninguna disposición del presente Convenio modificará o afectará la ley interna de los Estados contratantes en lo que concierne al embargo de un buque dentro de la jurisdicción del Estado cuyo pabellón enarbola, por una persona que tenga su residencia habitual o su principal establecimiento en dicho Estado».

⁸⁵ En efecto, si se opta por la posición que defiende la aplicabilidad del Convenio de Bruselas, aún en los supuestos de tráfico jurídico íntegramente interno, habrá de considerar, en gran medida, modificados o derogados, según los casos, todos los preceptos de nuestro derecho de origen interno reguladores de las materias objeto del Convenio. Refiriéndose al privilegio laboral señala RIOS SALMERON que, de admitirse esta tesis, habría que entender modificadas las normas internas españolas relativas a los privilegios marítimos y la hipoteca naval, así como el art. 32 del Estatuto de los Trabajadores. Ello ocurriría siempre que para la satisfacción de los créditos laborales se procediese al apremio de un buque, ya que éste último precepto debería ceder paso, pese a su posterioridad, a las disposiciones del

Así planteadas las cosas y antes de detenernos en la interpretación del concreto precepto que más nos interesa, conviene recordar algunos aspectos generales de la interrelación del Derecho unificado y Derecho uniforme. Ellos habrán de constituir referencia obligada en la tarea exegética.

Así, y como punto de partida, hay que admitir, como ya lo hicimos, que los Tratados no tienen porque limitar el alcance de sus disposiciones a la regulación de supuestos de tráfico jurídico externo. Pueden, si así lo desean los propios Tratados, extender su dominio también a las relaciones internas⁸⁶.

Pero no es menos cierto que el panorama internacional muestra que la mayoría de los Tratados concluidos hasta la fecha obedecen a la categoría o grupo de Convenios de unificación del Derecho material aplicable a las relaciones internacionales. De hecho la práctica del Tratado de Derecho uniforme (estricta unificación) ha sido enteramente marginal, hasta el punto de que se ha afirmado que la misma ha agotado sus logros con las leyes uniformes de los Convenios de Ginebra de 7 de junio de 1930 y 11 de marzo de 1931 sobre letra de cambio, y últimamente, con el

Convenio, de superior rango normativo, en virtud del art. 96 de la Constitución. V. RIOS SALMERON, *op.cit.*, p.143.

⁸⁶Al defender RUIZ SOROA su posición despeja, en primer lugar, lo que califica como "prejuicio teórico importante" que puede entrañar un reparo inicial a la aceptación de la aplicación del Convenio a supuestos estrictamente nacionales. Se trata de la inexacta y generalizada creencia de que los Convenios Internacionales de Derecho Privado no se aplican sino en aquellas ocasiones de tráfico jurídico externo en virtud de un presunto principio de Derecho Internacional. En realidad nada se opone a que un Convenio Internacional conciba y defina su campo de aplicación para comprender también la regulación de los supuestos de hechos integrados totalmente por elementos nacionales. El autor acepta la vigencia de tal principio en materia de normas de conflicto, cuya propia naturaleza exige la presencia de algún elemento foráneo, pero lo niega, en cuanto al Derecho Uniforme, el cual autodefine soberanamente su propio campo de aplicación, pudiendo llegar a incluir también los supuestos de tráfico jurídico interno. V. RUIZ SOROA, *Crédito...cit.*, pp. 193-194.

Convenio de Viena de 1980, sobre compraventa internacional⁸⁷.

La referida práctica internacional no parece ser ajena al que pudiera denominarse "principio de conservación de la soberanía", configurado por la doctrina como regla válida para la interpretación del contenido de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados. En su virtud, la cesión de soberanía estatal a través de los Tratados es algo excepcional que debe ser objeto de interpretación restrictiva, de modo que, a salvo de cláusula expresa e indubitada, debe resolverse cualquier duda a favor de la conservación de la soberanía.

La aplicación del principio en el contexto del Derecho privado significa, básicamente, el mantenimiento de la autonomía de la legislación del Estado para regular las relaciones jurídicas internas⁸⁸.

Esta realidad obliga a ser escépticos a la hora de admitir la naturaleza de Derecho uniforme de las disposiciones de un Convenio Internacional. Por ello, en principio, hay que entender que los que unifican el Derecho material no contemplan, por su propia naturaleza, mas que supuestos en que concurre algún elemento internacional o extranjero. Sólo cuando las disposiciones del propio Convenio así lo establezcan o permitan claramente así interpretarlo, podrá entenderse que su ámbito ha ido más lejos para incluir también a los estrictos supuestos de tráfico jurídico interno⁸⁹.

⁸⁷V. ARROYO, *Convenios...cit.*, p.32. A la extrañeza del fenómeno de estricta unificación se refiere también ALONSO LEDESMA, *Ibíd.*, pp.109-111.

⁸⁸V. ALONSO LEDESMA, *op.cit.*, p.110.

⁸⁹V. ARROYO, Ignacio, *Convenios...cit.*, pp. 28-29.

La reflexión es válida ,desde luego, para los Convenios de Derecho marítimo, que, en principio, deben ser encuadrados en la categoría de textos internacionales no uniformes⁹⁰. Claro es que sólo el análisis detallado y caso por caso de sus respectivas disposiciones permitirá confirmar ésta presunción.

37.-Análisis del artículo 14 del Convenio de 1926.

A la vista de las anteriores consideraciones el debate debe situarse en torno a la cabal interpretación del artículo 14 del Convenio, cuyo texto es el siguiente:

« Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán en cada Estado contratante cuando el buque gravado pertenezca a un Estado contratante así como en los demás casos previstos por las leyes nacionales. Sin embargo, el principio formulado en el párrafo precedente no atenta al derecho de los Estados

⁹⁰A esta conclusión parece haber llegado RIPERT, quien puso el acento en la "internacionalidad" característica de los Convenios marítimos al tiempo que llamaba la atención acerca de los múltiples y diversos puntos de conexión empleados para la delimitación de su campo de aplicación. También este autor ordenaba sus reflexiones con técnica de distinción entre uniformidad y unificación. Frente a la uniformidad, decía, la unificación respeta la autonomía de las legislaciones nacionales que siguen resultado de aplicación y no ceden ante el Convenio Internacional más que en los casos precisamente previstos por éste. La distinción debe pues buscarse en las disposiciones del Convenio reguladoras de su ámbito de aplicación, ejercicio que, cuando se trata de los Convenios de Derecho Marítimo Privado, arroja la conclusión de la incoherencia y heterogeneidad de los criterios utilizados, si bien, «está claro que un Convenio Internacional sólo puede regir relaciones internacionales». Así, e.g., el Convenio de 25 de Agosto de 1924 no podría regir transportes marítimos efectuados en buque francés entre puertos franceses por cargadores y destinatarios franceses, pues en tal caso la ley francesa de 2 de Abril de 1936 carecería de aplicación posible. V. RIPERT, en *EL COMITE MARITIMO INTERNACIONAL...cit.*, pp. 26-27.

Con mucha mas contundencia afirma DU PONTAVICE que ninguno de los Convenios de Derecho Marítimo de los elaborados por el C.M.I. prevé expresamente su aplicación a las situaciones que no presentan algún elemento extranjero. Un detallado examen y sistematización de los heterogéneos criterios que rigen el ámbito de aplicación de los distintos Convenios de Derecho Marítimo puede verse en DU PONTAVICE, Emmanuel, *Conventions Internationales el Droit Interne*, ADMA, T. V., 1980, pp. 17-85, en particular, p.32.

contratantes a no aplicar las disposiciones del presente Convenio en favor de los que pertenezcan a un Estado no contratante».

Como ha puesto de relieve RIOS SALMERON, el análisis del precepto conduce a detectar la existencia en el de una regla básica o principal y dos reglas complementarias o secundarias.

La regla principal sería la de que el convenio se aplica en cada Estado contratante cuando el buque gravado pertenezca a un Estado contratante. La primera regla secundaria sería que las disposiciones del convenio se aplican también en los demás casos expresamente previstos en las leyes nacionales. La segunda regla complementaria consistiría en que cada Estado puede no aplicar las disposiciones del Convenio cuando favorezcan a quienes no pertenezcan a un Estado no contratante⁹¹.

Las dos reglas secundarias no parecen presentar mayores problemas de interpretación. De acuerdo con la primera, los Estados parte del Convenio quedan en libertad para disponer legislativamente su aplicación en supuestos adicionales. Sin duda ésta norma ésta pensada para extender el dominio del Convenio a los buques de pabellón distinto del de un Estado parte⁹².

En virtud de la segunda norma complementaria, cualquier Estado parte puede también, actuando siempre en el plano legislativo, negar la aplicación del Convenio a los acreedores

⁹¹V. RIOS SALMERON, *op.cit.*, p.143. Como hace notar BERLINGUERI, estas reglas secundarias no equivalen a la posibilidad de hacer reservas, en sentido técnico, sino que tienen por finalidad facultar a los Estados para ampliar o restringir la natural esfera de aplicación de la disciplina internacional. V. BERLINGUERI, *Il Diritti...cit.*, pp.7-8.

⁹²Así, RUIZ SOROA, *Crédito...cit.*, p. 193.

nacionales de un Estado que no sea parte, aún cuando si lo sea el del pabellón⁹³.

Como quiera que el legislador español no ha hecho uso de tales facultades, resulta que ,en nuestra jurisdicción, se aplicará el Derecho de origen interno y no el Convenio siempre que el buque ejecutado no pertenezca a país Parte⁹⁴.

La verdadera dificultad estriba en la norma principal. En concreto se trata de saber si el punto de conexión determinado por la nacionalidad del buque es por si mismo suficiente para desencadenar ,en todo caso, la aplicación del régimen internacional, incluso cuando a aquella nacionalidad pertenezcan también todos los acreedores y el órgano judicial del foro que entiende de la ejecución.

Es ,sobre todo aquí, donde se observa la división de nuestra doctrina. La posición abrumadoramente mayoritaria estima que las disposiciones del Convenio únicamente son de aplicación en presencia de un elemento extranjero.

⁹³Como dice ALONSO LEDESMA, la expresión: «los que no pertenezcan a un Estado contratante» ,a que se refiere el art. 14 del Convenio, son los acreedores, es decir quienes pretenden hacer valer el derecho de garantía . Centrado el dato relevante en la nacionalidad de los acreedores, la facultad otorgada a los Estados podrá ser ejercida por éstos en aquellos casos en que quien invoque el privilegio no sea nacional de un Estado contratante. V. ALONSO LEDESMA, *op.cit.*, p.112. Ahora bien, el ejercicio de tal facultad no podrá realizarse sino mediante legislación expresa de carácter general; "disposición expresa" ,en palabras de ALONSO LEDESMA, *Ibíd.*, p. 130.

⁹⁴Así BROSETA, quien no oculta la perplejidad que provocan los distintos preceptos que se ocupan de la prelación entre créditos marítimos privilegiados. Sin embargo éste autor excluye, equivocadamente a nuestro juicio, la aplicación del Convenio a la ejecución de buques nacionales en España. En su opinión cabe distinguir cuatro situaciones, que aquí agrupamos en tres: 1ª) Buque español o extranjero de Estado no firmante del Convenio de 1.926 y sin concurrencia hipotecaria: Se aplica el art. 580 del C6. de comercio, añadiéndole los créditos derivados de abordaje; 2ª) Buque español o extranjero de Estado no firmante del Convenio ,con concurrencia de crédito hipotecario: La prelación queda alterada por la L.H.N. cuyo art. 31 difiere en parte del régimen del Código; 3ª) Buques extranjeros pertenecientes a Estados firmantes del Convenio: Se aplica la prelación prevista en el Convenio. V. BROSETA, *op.cit.*, p. 740.

En este sentido descartan la aplicación del Convenio a los supuestos de exclusivo tráfico jurídico interno, aunque sin ocuparse de explicar su conclusión BROSETA⁹⁵; LUCAS FERNÁNDEZ⁹⁶; ECHEVARRIA⁹⁷; y DUQUE⁹⁸.

La misma solución, pero ésta vez sin descuidar la tarea de fundamentar sus respectivas posturas, ha sido defendida por ARROYO; RIOS SALMERON; y ALONSO LEDESMA.

Así, ARROYO , ha analizado el precepto en cuestión en el contexto de sus criterios de sistematización general de los ámbitos de aplicación de los distintos Convenios de Derecho Marítimo⁹⁹. Puesto dicho precepto en relación con el artículo 1,

⁹⁵ *op.cit.*, p.740

⁹⁶ Para LUCAS FERNÁNDEZ prevalece la opinión de que el Convenio no se aplica cuanto todos los acreedores sean nacionales del mismo país del pabellón del buque , por lo que bastará examinar la nacionalidad de las partes para saber si el régimen del Código ha sido sustituido por el de la Convención, lo que ocurrirá siempre que concurra al menos un acreedor extranjero. LUCAS FERNÁNDEZ, *Curso ...loc.cit.*, pp.36 y 38.

⁹⁷ Las disposiciones del Convenio son de aplicación, según ECHEVARRIA, cuando se hallen presentes acreedores extranjeros de Estados contratantes o bien acreedores españoles sobre buques extranjeros que pertenezcan a alguno de dichos Estados. Por el contrario, se aplicarán las disposiciones nacionales cuando se trate de acreedores y buques españoles. V. ECHEVARRIA, Luis, *CREDITO NAVAL*, RDM, n°. 65, 1957, p.108.

⁹⁸ Las disposiciones del Convenio solo serán aplicables en los supuestos en que concurra un "elemento de internacionalidad". En concreto, este autor resume la solución del problema de la coexistencia del orden jurídico de origen interno y del de origen internacional del siguiente modo: Se rigen por el Código de Comercio y la L.H.N. los buques españoles y los extranjeros de Estados que no sean parte del Convenio; se rigen por el Convenio los buques extranjeros de Estados parte. V. DUQUE, *La responsabilidad...cit.*, p.23-24.

⁹⁹ ARROYO ha seguido el modelo de análisis proporcionado por DU PONTAVICE. Centrándose en el estudio específico del Convenio sobre limitación de responsabilidad de 1957, el autor ha clasificado en cuatro categorías los criterios que se han utilizado en los Convenios Marítimos para definir su ámbito de aplicación en relación con las situaciones de tráfico jurídico interno: a) Criterio directo de exclusión de los supuestos nacionales, bien sea mediante mandato imperativo al efecto, a través del mecanismo de reserva o por la naturaleza necesariamente internacional de su ámbito material (e.g., Reglas de Hamburgo que se refieren al "transporte internacional"); b) Criterio indirecto de exclusión, supuesto en que el Convenio guarda silencio pero el título o Preámbulo autorizan ésta conclusión; c) Criterio de aplicación o de inclusión por vía de ley uniforme; d) Criterio neutro o, más bien, falta de criterio. Ocurre cuando el Convenio, incluido su título , Preámbulo, etc.,

el autor ha clasificado el Convenio de 1926 , en orden a su intensidad unificadora, en la categoría de los Convenios que siguen el criterio directo de exclusión de los supuestos de tráfico jurídico interno¹⁰⁰.

Por su parte, RIOS SALMERON entiende que de las reglas secundarias y del enunciado del artículo 1 del Convenio resulta que todas sus disposiciones "se mueven bajo la idea de obligaciones internacionales, exigibles en supuestos de tráfico jurídico externo". Por tanto, no resultan de aplicación cuando esta ausente cualquier tipo de elemento de extranjería.

Su razonamiento principal es que, de admitirse la aplicación a los supuestos plenamente internos no se entendería la segunda regla complementaria, pues difícilmente cabe imaginar cuales habrían de ser los supuestos adicionales de aplicación de que habla dicha regla.¹⁰¹

El autor refuerza su postura acudiendo a la creencia que al respecto habría tenido el legislador español. Sólo desde el presupuesto de que éste considerase que el Convenio era inaplicable a los supuestos internos puede explicarse que se ocupase de regular la preferencia marítimo salarial en normas

guarda absoluto silencio en éste punto. Hay que recurrir, entonces, a los principios generales de Derecho internacional en materia de interpretación de los Tratados (sobre todo al Convenio de Viena de 1969). V. ARROYO, *Convenios...cit.*, pp.33-42, y doctrina allí citada. V. DU PONTAVICE, *op.cit.*, *passim*.

¹⁰⁰V. ARROYO, *op.cit.*; y DU PONTAVICE, que a su vez sigue al profesor LAGARDE, al incluir el Convenio de 1926 en la categoría de los que excluyen las situaciones de tráfico interno pero al mismo tiempo autorizan a que la Ley interna extienda la aplicación a dichas disposiciones. V. DUPONTAVICE, *Conventions...cit.*, pp.26 y 27.

¹⁰¹Es decir la expresión «los demás casos previstos en las leyes nacionales» carecería de sentido, pues la regla principal ya abarcaría todos los casos. V. RIOS SALMERON, *op.cit.*, p.143.

específicamente internas ,cual es el Código de Trabajo de 1.926 (art. 43) y los textos legales posteriores de naturaleza laboral. Esta actividad legislativa no habría resultado necesaria de haber entendido aplicable, en todo caso, las disposiciones del Convenio.¹⁰²

Sin embargo, creemos que ambos argumentos ofrecen flancos extremadamente débiles ,que impiden su aceptación. En efecto, por una parte y como ya habíamos advertido, no parece tan difícil de imaginar un caso de aplicación práctica de la llamada regla complementaria. De hecho la finalidad de ésta previsión no parece haber sido otra que la de permitir a la Ley interna extender su ámbito de aplicación a toda venta judicial de un buque realizada en el foro y con independencia de cual fuera su bandera.

Por otra parte (y aparte de que cualquier argumento cimentado en la convicción de que los actos del legislador son siempre plenamente coherentes resulta más que discutible), de lo que no cabe duda es de que el Instrumento de ratificación no fue presentado por España hasta el dos de Junio de 1.930, de modo que mal podía el legislador de 1.926 haber preterido la preferencia salarial en base a la confianza de una futura e hipotética incorporación de normas internacionales.

Quizá corresponde a ALONSO LEDESMA la principal aportación doctrinal que defiende el imperio del Derecho de origen interno en los supuestos de hecho nacionales.

Para ésta autora una interpretación sistemática de las disposiciones del Convenio parece conducir a la conclusión de que el artículo 14 no tenía por objeto otra cosa que acotar supuestos

¹⁰²V.RIOS SALMERON, *ibíd.*, p.142-nota (25) *in fine*.

de concurrencia de elementos extranjeros. En efecto, si por su propia naturaleza de norma de Derecho internacional privado, el artículo 1 se refiere al reconocimiento por un Estado de los gravámenes impuestos sobre un buque conforme a la Ley de "otro" Estado, bien puede pensarse que ese mismo supuesto es el que quiso establecer el artículo 14, ya que caso contrario se llegaría a una posición poco coherente, cual sería la de admitir que sus autores quisieron dispensar un muy diferente trato a las hipotecas , *mortgages*, y prendas por un lado y a los privilegios por otro en cuanto a la intensidad de la unificación de sus respectivos regímenes jurídicos.¹⁰³

La postura contraria, *i.e.*, la que otorga naturaleza de Derecho uniforme *strictu sensu* a las disposiciones del Convenio ha sido defendida ,con innegable brillantez pero prácticamente en solitario, por RUIZ SOROA ¹⁰⁴, quien ha fortificado su posición con argumentos literales ,lógicos , históricos ,prácticos e, incluso, retrospectivos.

El núcleo de su argumentación descansa en la interpretación literal del art. 14 del Convenio. El ámbito definido por la norma no exige ,en absoluto, la presencia de un elemento personal o real extranjero en el supuesto de hecho, sino que se limita a ordenar la aplicación del Convenio siempre que el buque "pertenezca a un Estado contratante" (la norma no dice «otro

¹⁰³V. ALONSO LEDESMA, *op.cit.*, pp.114-116.

¹⁰⁴Al margen de dicho autor y entre nosotros, sólo hemos visto defender ésta tesis a MIAJA DE LA MUELA, y ello muy timidamente. V.MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*, Atlas, Madrid, 1977, T.II, séptima ed., p. 393.

Estado contratante». ¹⁰⁵

Ante ésta precisa conclusión no pueden oponerse ni el principio de conservación de la soberanía ni, como corolario de éste, la presunción de excepcionalidad del Derecho uniforme. Si bien aquel y ésta constituyen herramientas hermenéuticas útiles en caso de duda, no pueden, en cambio, ser validamente esgrimidos cuando la norma se pronuncia *in claris*, cual es, para el autor, el caso del artículo 14 del Convenio ¹⁰⁶.

Así, las cosas, la única interpretación correcta es la que entiende que las relaciones jurídicas conformadas por elementos de un único Estado Parte se rigen por el Convenio con tal de que el buque en cuestión sea nacional de dicho Estado.

Creemos, no obstante, que, incluso aceptando sin reparos la literalidad del precepto ¹⁰⁷, no debe necesariamente seguirse

¹⁰⁵ Esta prescripción, que es de obligatoria aplicación, no puede verse enturbiada por el hecho de que junto a ella coexiste otra, que deja al legislador de cada Estado la decisión discrecional de aplicar el Convenio a supuestos adicionales, cual es, clarísimamente, el de buque no perteneciente a Estado contratante. V. RUIZ SOROA, *op.cit.*, p. 193. En su apoyo cita el autor a CHAUVEAU (en *Traité de Droit Maritime*, París, 1.958, núm. 184), quien habría obtenido exactamente la misma conclusión del análisis del art. 14 del Convenio.

¹⁰⁶ El autor explica que el hecho de que el panorama actual del Derecho Uniforme cuente con escasas normas que unifiquen absolutamente los derechos nacionales, denota solamente una rareza del fenómeno que no puede servir para enervar una terminante expresión en tal sentido, cual es el caso de la del artículo 14 del Convenio de Bruselas, máxime si se sitúa a dicho Convenio en el contexto temporal y sectorial al que pertenece (proceso de unificación del derecho marítimo llevado a cabo a primeros de siglo) en el que la posibilidad de unificar los regímenes jurídicos aplicables a determinadas instituciones era asumida, "con cierta ingenuidad sin duda", de una manera más natural que lo que lo habría de ser posteriormente. Por otra parte, considera el autor que el extendido criterio de que ha de regir una interpretación restrictiva en materia de cesión de soberanía (los Estados habrían querido ceder la mínima al concluir el Convenio), aún siendo respetable, sólo constituye una ayuda hermenéutica para resolver casos oscuros. V. RUIZ SOROA, *op.cit.*, pp.193-194.

¹⁰⁷ Parece difícil aceptar que la omisión de la palabra "otro" obedeció a un simple error de redacción. Los dos textos oficiales, francés e inglés, de dicho precepto hablan, literal y respectivamente, de *d'unt Etat contractant* y de a *contracting State*. No obstante, ALONSO LEDESMA se refiere a tal posibilidad y alude al paralelismo de la negociación del Convenio de 1926 sobre limitación y a su deseable identidad. En el texto inglés del artículo 12 de éste último se habla de : "*another*" *contracting State*. V. esta idea en,

del mismo la admisión de la tesis de que el mismo ha implantado un Derecho uniforme de los privilegios marítimos.

En efecto, no hemos podido encontrar ni un sólo documento que ,en algún momento del proceso de gestación del texto internacional, contenga una afirmación o evidencie una voluntad en el sentido de que su pretensión uniformadora trascienda de los supuestos de hecho internacionales. Mas bien el análisis de los antecedentes lleva a la solución contraria.¹⁰⁸ Y desde luego, una evidencia en tal sentido no puede tampoco extraerse, con incontrovertible claridad, del conjunto de las disposiciones del texto finalmente aprobado.

Esta situación contrasta ostensiblemente con la práctica general observada en la conclusión de Convenios internacionales de estricta unificación, según la cual siempre se ha enfatizado y destacado expresamente la pretensión de llegar también hasta la regulación de las relaciones jurídicas de contenido enteramente doméstico.¹⁰⁹

En cualquier caso ,la extensa labor exegética desplegada por RUIZ SOROA merece ser estudiada en su totalidad. El interés de sus argumentos posee autonomía respecto del grado de acierto de sus conclusiones.

En efecto, tras dejar sentado el eje cardinal de su

ALONSO LEDESMA, *op.cit.*, pp.119-120.

¹⁰⁸Los antecedentes de los trabajos muestran como la intención fue ,desde el principio, dejar de lado los supuestos concernientes en exclusiva a los intereses nacionales. En efecto, ya en la Conferencia de 1904 se adoptó una resolución en éste sentido : «1° Qu'il y a lieu de résoudre, par l'establissement d'une loi uniforme, les conflits de lois en matière de droits réels et de privilèges maritimes, réserve faite des difficultés présentant un intérêt purement national». V. PAUNESCO, *op.cit.*, pp. 98-99.

¹⁰⁹Así ALONSO LEDESMA, *op.cit.*, p.120-121.

construcción, el autor emprende la crítica de la doctrina mayoritaria, desmenuzando el supuesto de hecho para contrastar el resultado a que conducen las distintas hipótesis de inclusión de elementos extranjeros cara a la coherencia del sistema¹¹⁰.

El interesante hilo argumental que sigue comienza sentando que sólo cabe recurrir a dos elementos: la nacionalidad extranjera de algún acreedor o la nacionalidad extranjera del buque. A su vez, éstos elementos podrían operar, aislada o cumulativamente.

Si se aceptase la primera hipótesis (extranjería de un elemento personal), el Convenio se aplicaría en España cuando concurriesen acreedores de nacionalidad extranjera pertenecientes a un país parte del Convenio, posibilidad que debe de ser excluida a la vista de sus antecedentes y trabajos preparatorios. Estos muestran como sus redactores consideraron, con buen juicio, inadmisibles esta conexión en una materia que afecta esencialmente al buque, como objeto de la garantía real, y que además se presta a importantes dificultades prácticas y a posibles operaciones de fraude de ley a través de subrogación o cesión de créditos de acreedores nacionales a extranjeros¹¹¹.

¹¹⁰Si se defiende la aplicación del Convenio sólo cuando concurre un elemento extranjero hay que precisar, nos dice, si no se quiere caer en un "arbitrismo judicial", cual es exactamente ese elemento extranjero. Es decir hay que definir con precisión donde se coloca la nota de la internacionalidad, sin que sea suficiente la inconcreta e incontrastable afirmación de la necesidad de su presencia. V. RUIZ SOROA, Crédito...cit., p. 192 y 194.

¹¹¹En apoyo de esta contundente afirmación señala como quienes intervinieron en las tareas previas al Convenio rechazaron expresamente este punto de conexión, que figuraba en el Proyecto de Convenio de 1.913, por entender que resultaba inadecuado. Al respecto cita a RIPERT (en *Revue Dor*, 2, 9.61), quien habría observado que el "Proyecto de Convenio de 1.913" contenía una disposición estableciendo que se aplicaría cuando una de las partes en conflicto fuera nacional de un Estado firmante y que en la Reunión del C.M.I., del 17 al 26 de Octubre de 1.922, se decidió suprimir esta referencia y sustituirla por el actual art. 14 como más adecuado y correcto", añadiendo que "La nueva regla impone además la modificación de la ley nacional

Sin restar mérito a esta argumentación, hay que reconocer ,no obstante, que la misma contiene ,al menos, un punto oscuro. Consiste en que se parte de una hipótesis particular de presencia de elemento personal extranjero: la de que el acreedor o acreedores no nacionales han de pertenecer a país contratante del Convenio. La hipótesis general de acreedor de otro Estado, sea o no Contratante, que es la que sirve de sustento a la doctrina mayoritaria, no parece que pueda ser atacada con la misma contundencia a partir de los antecedentes mencionados.

Por otra parte, lo que en realidad se debatía en los trabajos preparatorios era la opción mas idónea para servir de punto de conexión en una materia como la de los derechos reales sobre el buque, *i.e.*, acreedor nacional de Estado contratante v. buque nacional de Estado contratante¹¹².

conforme a las disposiciones de la ley internacional...No es admisible que la clasificación de cargas reales dependa de la nacionalidad de un acreedor". El empleo del elemento personal iría, a la vista de semejantes antecedentes, en contra de las disposiciones que, sobre interpretación de los Tratados, rigen con carácter general en virtud del Convenio de Viena de 13 de Mayo de 1.969, sobre Derecho de los Tratados, que asimismo forma parte de nuestro Ordenamiento(BOE 16.5.72) y cuyo art. 32 establece el principio de interpretación histórica.V.RUIZ SOROA, *Ibíd.*, pp. 194-195.

¹¹²Hay que tener presente que la primera vez que se introdujo en el anteproyecto del Convenio una disposición relativa a su ámbito de aplicación fue en la Conferencia de Bruselas de 1.909. Por aquel entonces se sentó ,como criterio decisivo, la pertenencia o no de "una de las partes interesadas" a "otro" Estado contratante. Esta misma idea se mantendría luego en los sucesivos textos de anteproyecto, así como en los del Convenio de limitación de responsabilidad, cuya negociación, como es sabido, transcurría paralelamente. La situación cambio, sin embargo, en la Conferencia de Bruselas de 1.922 y a petición de la delegación francesa, que la consideraba inadecuada en relación con el Convenio de limitación de responsabilidad por la doble razón de entenderla extremadamente amplia-por comprender incluso supuestos de buques no abanderados en Estados contratantes- y por estimar más lógico que el punto de conexión quedara fijado en la persona del deudor-a través del buque- mucho más estable que la del acreedor , susceptible de innumerables variaciones.

Paradójicamente la propuesta francesa ,rechazada en relación con el Convenio de limitación, fue acogida en punto al Convenio sobre privilegios, modificándose en tal sentido el texto primitivo del anteproyecto. En cualquier caso, el paralelismo entre uno y otro Convenio sería pronto restablecido mediante la modificación del art. 12 del de limitación para hacerlo coincidir con el art. 14 del de privilegios. V. ALONSO LEDESMA, *op.cit.*, pp. 117-119, quien pone de manifiesto la voluntad de los delegados de proporcionar los mismos criterios de conexión en los dos Convenios con el fin de asegurar su

Así las cosas, el argumento histórico parece adolecer de graves defectos sin que quepa su oponibilidad a un sistema que, junto al pabellón del buque, emplea la extranjería de un acreedor cualquiera que sea su nacionalidad.

Con todo, la lógica de las posibles situaciones arbitrarias (e.g. concurrencia de un solo acreedor extranjero entre decenas de nacionales) o peligrosas (negocios jurídicos de cesión del privilegio en fraude de ley) a que puede conducir este punto de conexión resulta ciertamente impecable.

Pero con ello, lo único que se hace es poner de manifiesto algunos problemas de política legislativa, cuya resolución puede requerir la armonización del Derecho de origen interno al texto internacional. En éste último sentido es como hay que entender la posición de RIPERT, quien, por otra parte, se ha pronunciado de un modo rotundo e indubitado a favor de la exclusión de los supuestos internos del ámbito del Convenio¹¹³.

aplicación simultánea a la misma hipótesis y en particular para evitar que la limitación, por un lado, y la distribución de la suma límite entre los acreedores, por otro, quedasen sometidas a distintas reglas. Lo inadecuado de la nacionalidad de los acreedores para configurar el punto de conexión en un Convenio en el que se ventilan derechos reales sobre el buque y su consiguiente sustitución por la nacionalidad del buque fue explicada por RIPERT en *La Conférence...cit.*, p. 61. Por lo que se refiere al paralelismo de la negociación entre ambos convenios y su interrelación en cuanto a las esferas de aplicación, V. BERLINGUERI, *Il Diritto...cit.*, p.11-12.

¹¹³Como explicaba RIPERT, una cosa es la conveniencia de que el Derecho interno se ajuste a las disposiciones del Convenio a fin de evitar situaciones disfuncionales y discriminatorias y otra muy distinta que dicho ajuste sea una consecuencia jurídica y directa de la ratificación. La postura de RIPERT, manifestada con ocasión de su relato de la Conferencia Diplomática de Bruselas de 1922, no puede ser mas clara. Y para ilustrar esta insuperable claridad transcribimos el ejemplo que el autor pone cuando explica el significado del artículo 14 del Convenio: «*Cette règle impose d'aillerus la modification de la loi nationale conformément aux dispositions de la loi internationale. Supposons par exemple que le navire grevé soit français et l'un des créanciers étranger appartenant à un État contractant, la convention s'applique. Si au contraire tous les créanciers sont français, c'est la loi nationale qui doit s'appliquer*». V. RIPERT, *La Conférence...cit.*, p. 61.

Posteriormente, en su narración de los trabajos que dejaron listo el texto del Convenio, RIPERT insiste sobre la ineludible necesidad de modificar el Derecho francés interno simultáneamente a la puesta en vigor en Francia de la Convención, pues considera inadmisibile que no se apliquen las mismas

Pasando a la hipótesis de la conexión real (buque), el resultado sería que el Convenio se aplicaría por los tribunales españoles sólo cuando el buque gravado tuviese la nacionalidad de otro Estado contratante, pero no cuando fuese español.

RUIZ SOROA rechaza asimismo ésta posibilidad, que considera inadmisibile a la vista de su contraste con los precedentes históricos. Si el legislador internacional hubiera querido tal solución lo habría escrito expresamente, tal y como ha hecho en relación con otros Convenios de Derecho Marítimo¹¹⁴.

Advierte , además, el autor que una reflexión sobre las consecuencias prácticas a que nos llevaría la aceptación de esta solución abunda en la necesidad de rechazarla. Piénsese, en efecto, en que un acreedor español no podría hacer valer el Convenio en ejecución en España contra un buque nacional, mientras que si podría hacerlo instando la venta ante tribunal de otro Estado contratante. Inversamente, los acreedores extranjeros no podría invocar el Convenio en sus propios tribunales respecto a un buque de su nacionalidad pero si podrían hacerlo en los tribunales españoles.

Ello supondría dejar en manos de cualquier acreedor la

normas cuando sólo concurren acreedores nacionales. Sería ilógico, dice RIPERT, que las reglas a aplicar dependiesen de la nacionalidad de los acreedores. La reflexión muestra , una vez más, que RIPERT entendía el ámbito de aplicación del Convenio circunscrito a las relaciones con intervención de elemento foráneo. Que éste, y no otro, era el sentido de las consideraciones de RIPERT queda corroborado por cuanto el autor hace análogas reflexiones respecto a los Convenios de 1910 sobre Salvamento y sobre Abordajes, indicando que la modificación de Ley interna se demoró dos años. Y sabido es que la inaplicabilidad de dichos Convenios a los supuestos de tráfico jurídico interno está fuera de toda duda (cfr. arts. 15.2° y 12.2°, de los textos respectivos). V. RIPERT, *La Comission de Bruxelles...cit.*, p.66.

¹¹⁴En concreto se refiere al artículo 12 del Convenio de 1924 sobre limitación. Pero, como hemos visto, sólo el texto inglés incluye esa palabra. El español ha guardado el paralelismo. V. *sup.* p. V. RUIZ SOROA, *op.cit.*, pp. 195-196.

elección del régimen jurídico aplicable, quien podría así, en determinados casos (por ejemplo el acreedor del naviero por contribución a la avería gruesa, privilegiado según el Convenio y no según el Código español) conseguir la conversión de un crédito ordinario en privilegiado, con la consiguiente inseguridad jurídica y posibles perjuicios para todos los demás acreedores y para el naviero¹¹⁵.

Coincidimos plenamente en éste punto con la exposición de RUIZ SOROA. La nacionalidad del buque sólo es relevante para excluir la aplicación del Convenio en la medida en que aquella no se corresponde con la de un Estado Parte. Pero si se da tal correspondencia, el Convenio se aplica con independencia de que la ejecución se realice en el foro del pabellón del buque gravado. En consecuencia, las normas de origen internacional serán las competentes para regir la ejecución de un buque español en España. Esta realidad no es, por otra parte, puesta en duda por la doctrina mayoritaria que más profundamente se ha ocupado del tema¹¹⁶.

¹¹⁵ Como certeramente comenta RUIZ SOROA, se aplicaría la ley interna o la uniforme en función del lugar de ejecución, el cual no puede conocerse en el momento en que se constituye la garantía para cada acreedor. Con ello el Convenio habría logrado una mayor conflictividad internacional y una superior inseguridad jurídica, consecuencias que no pueden aceptarse por contradecir su propio espíritu y finalidad. En suma, lo que ocurrió fue que los redactores del Convenio fueron plenamente conscientes de que no existía posibilidad práctica de mantener un régimen dual aplicable en la materia, ya que no existía ningún elemento que pudiera ser racionalmente utilizado para deslindar el ámbito de aplicación de uno u otro. Además de lo anterior, RUIZ SOROA ha escrito que el criterio va en contra del Convenio, «desde el momento en que éste no se aplicaría a un buque de bandera nacional del tribunal a pesar de existir uno o varios acreedores extranjeros... lo que en definitiva supondría que un acreedor extranjero no podría exigir a los tribunales españoles el respeto al Convenio ratificado por nuestro país, mientras que en "curiosa reciprocidad" el acreedor español podría exigirlo en el extranjero». V. RUIZ SOROA, *ibíd.*, p. 196.

¹¹⁶ ARROYO; RIOS SALMERON; y ALONSO LEDESMA, no ponen en duda que el Convenio se aplicará a los buques nacionales ejecutados en España siempre que concurra algún acreedor extranjero. Por el contrario, yerran BROSETA y DUQUE cuando limitan la aplicación del Convenio a los buques Extranjeros de país

Pero ésta conclusión no constituye prueba alguna de que las normas del Convenio hayan sustituido ,en todo caso, al Derecho interno. Este último será el único competente para regular todas aquellas situaciones en que tanto el buque como todos los acreedores pertenezcan al Estado del foro. El hecho de que tal solución pueda producir algunas disfunciones prácticas pone de relieve algunas de las flaquezas y puntos débiles de que puede adolecer la función uniformadora del texto internacional. Pero no puede esgrimirse como argumento a favor de su naturaleza de instrumento de estricta unificación.

Tampoco la hipótesis cumulativa (extranjería doble del buque y de algún acreedor como criterio de aplicación) escapa a la crítica y rechazo de RUIZ SOROA. Al respecto observa que la aplicación de una regla semejante supondría que un tribunal no aplicaría el Convenio más que cuando el buque fuera de otro Estado contratante y alguno de los acreedores fuera extranjero. En todos los demás casos aplicaría su derecho nacional.

Esta solución tampoco resuelve las paradojas prácticas comentadas , además de que nada autoriza imponer una restricción semejante a los naturales efectos jurídicos del art. 14 del Convenio, resultando tal interpretación sumamente forzada y difícil de admitir¹¹⁷.

Pero, también aquí, el hecho de que la hipótesis sea inadmisibles, que desde luego lo es, no sirve para probar que el Convenio no exija la presencia de un elemento subjetivo foráneo

Parte.

¹¹⁷«Como corrección interpretativa de un texto legal no cabe duda de que ésta supera todo lo admisible». Palabras de RUIZ SOROA, *ibíd.*, p. 196.

(acreedor) junto a la pertenencia del buque a un Estado parte.

Además, hay que insistir en que la presencia de situaciones paradójicas y, si se quiere, hasta absurdos prácticos, no prueban sino la existencia de lagunas inevitables en todo Convenio internacional de unificación del Derecho material. Es más, seguiría habiendo huecos propiciadores del *forum shopping* aún en el supuesto de que el Convenio de 1926 constituyese Derecho uniforme, pues siempre estaría abierta la posibilidad de trabar el buque en Estados no contratantes, con la consiguiente aplicación de su Derecho conflictual interno y el posible detrimento del régimen internacional.

Otro de los argumentos esgrimidos por RUIZ SOROA es el de la práctica legislativa comparada. La idea parte del hecho de que si el Protocolo de firma del Convenio permite que la legislación interna modifique, en algunos puntos específicos, las disposiciones del Convenio, no cabe, a *contrario sensu*, que dicha legislación doméstica regule la materia de un modo dispar, debiendo quedar conformada al derecho internacional¹¹⁸.

El examen de la práctica seguida por algunos países significativos de nuestro entorno y cultura jurídica vendría a corroborar esta tesis.

Estos habrían tenido la firme convicción de que las disposiciones del Convenio debían ser la única fuente reguladora de los privilegios, quedando las de origen interno únicamente para cumplir un papel de supletoriedad. En éste sentido el autor señala los casos de Francia (Ley francesa de 19 de febrero de 1949), Italia (*Codice della Navigazione* de 1942); Bélgica (Ley belga

¹¹⁸V. RUIZ SOROA, *ibíd.*, p.197, nota (50) bis.

de 28 de noviembre de 1928) y Grecia(Código Marítimo Helénico de 1968), como países que han introducido las prescripciones internacionales en sus respectivos ordenamientos ,colocándolas como únicas aplicables en todos los supuestos, incluidos los estrictamente nacionales¹¹⁹.

Desde luego, como ya sabemos, no cabe duda de que una de las finalidades perseguidas por el Convenio era la de procurar la modificación de los Derechos internos sobre privilegios e hipotecas para adaptarlos a sus disposiciones. Pero ésta intención armonizadora no puede ser confundida con una voluntad de uniformización de los Derechos.

Lo que guiaba a los negociadores y autores del texto internacional era el objetivo de unificar el régimen de los privilegios en las relaciones internacionales. Lo que ocurre es que, al mismo tiempo, dejaron la puerta abierta para que los Estados parte que así lo desearan pudieran voluntariamente dispensar idéntico tratamiento jurídico material a las relaciones internas y a las internacionales, pero nunca por medio de una pretendida derogación de la legislación doméstica impuesta directamente por los mandatos del tratado.

Precisamente es la práctica seguida por los Estados que nos son más próximos la que corrobora ésta realidad, pues en todos ellos se observa que el tráfico jurídico interno siguió

¹¹⁹V. estas citas y diversos comentarios sobre los procedimientos de incorporación seguidos por los mencionados Estados en RUIZ SOROA, *ibid.*, p. 197, donde el autor refuerza *ex abundantia* su postura con las siguientes palabras : «Por otra lado, con independencia del método elegido en su aspecto técnico jurídico (aplicación inmediata o incorporación), lo cierto es que la conducta de los Estados firmantes revela un decidido propósito de regular mediante el Derecho Uniforme todas las situaciones conflictivas ,domésticas o internacionales, y este propósito nace de una previa consciencia ¹¹⁹12120 de la imposibilidad de mantener un sistema dualista de fuentes en la materia».

rigiéndose por la Ley nacional hasta el momento en que esta fue modificada por una nueva Ley. En ningún caso se entendió producida tal modificación por la mera incorporación del Convenio en el Ordenamiento Jurídico¹²⁰.

Finalmente , y para reforzar aún mas sus argumentos literal, lógico , histórico y práctico, RUIZ SOROA añade todavía una razón, deducible de la interpretación retrospectiva del artículo 14 del Convenio, hecha a partir de los textos elaborados internacionalmente con la finalidad de sustituirle. Tanto el Convenio de 1.967 como el Proyecto de Lisboa contienen una regla muy clara según la cual la convención se hace obligatoria incluso en aquellos casos en que antes era opcional, desapareciendo las , a veces denominadas, "reglas secundarias", causantes de alguna errónea interpretación¹²¹.

En opinión del autor, tan omnicompreensiva definición del campo de vigencia del Convenio parece conciliarse mal con las

¹²⁰En realidad el Convenio y la Ley dictada para ajustar el Derecho de origen interno a las disposiciones de aquel siguen coexistiendo en estos países. Así, ROMANELLI comenta un caso de ejecución en Italia de un buque italiano , con intervención de un acreedor francés, en cuyo caso debería aplicarse el Convenio (art.2.5°) y no el Códice (art.552.6). V.ROMANELLI, Gustavo, Sull'art. 552 cod.nav. e sull'ambito di applicabilità della Convenzione di Bruxelles in materia di ipoteche e privilegi, RDN, 1959 (II), pp. 71-76. Por su parte, la Sentencia de la Corte di Cassazione de 18 de septiembre de 1970 ("*Bianca C*"), distingue tres situaciones en orden a la regulación material de los privilegios :1°) Aplicación del Convenio de 1926; 2°) Aplicación del Derecho sustantivo interno; 3°) Aplicación del Derecho internacional privado italiano (artículo 6 del Codice), que sólo tendrá lugar cuando no se aplique el Convenio ni tampoco las normas sustantivas internas, a la vista de la existencia de algún elemento de extranjería. V. resumen y comentario de la Sentencia en RDN, 1971 (II), pp.31-52, particularmente, pp. 35 y 37. V.también, ALONSO LEDESMA, *op.cit.*, pp. 122-125.

¹²¹El artículo 12 del Convenio de 1.967 dice así: «A menos que se disponga otra cosa en el presente Convenio, sus disposiciones se aplicarán a todos los buques de navegación marítima matriculados en un Estado contratante, o en un Estado no contratante»; art.12 Proyecto de Lisboa : «Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán , salvo que en él se disponga otra cosa, a todos los buques de navegación marítima matriculados en un Estado Parte, o en un Estado que no sea parte en el Convenio». Idéntica redacción se conserva en el Proyecto OMI/UNCTAD de 1.989. V. RUIZ SOROA, *op.cit.*, pp. 197-198.

posiciones que defienden la pervivencia de las normas de origen interno para regular supuestos plenamente nacionales y ,desde luego, choca frontalmente con cualquier pretensión de considerar exigible la concurrencia de puntos de conexión de naturaleza personal.

Sin embargo un detenido examen de las fuentes documentales señaladas no nos ha permitido encontrar ningún dato que corrobore que sus autores hubieran tenido, en ningún momento, la intención de crear un modelo de Derecho uniforme para la regulación internacional de los privilegios marítimos.

Por el contrario, las referidas fuentes muestran que el cambio habido en el régimen del artículo 14 del Convenio de 1926 se debió al deseo de evitar que los buques de Estados no contratantes quedasen sustraídos a la aplicación del nuevo Convenio cuando la ejecución tenía lugar en un Estado contratante¹²².

¹²² Por lo que se refiere al Convenio de 1967, que sería luego seguido en términos sustancialmente idénticos por los Proyectos de Lisboa y de la OMI/UNCTAD, el cuestionario preparado por el C.M.I. para iniciar los trabajos de revisión del régimen internacional de los privilegios era bastante lacónico en punto al ámbito de aplicación de un posible nuevo Convenio: «A) ¿Cuál debe ser el campo de aplicación del nuevo Convenio? B) ¿Deberá ser tan amplio como sea posible, de forma que se aplique incluso principalmente , a los buques bajo pabellón de estados no contratantes?. V. ASSER, Informe Preliminar...cit., p. 261. La conclusión a la que llegó el Grupo de Trabajo de la Comisión Internacional en punto al ámbito de aplicación del nuevo Convenio y una vez analizados los pareceres de las Asociaciones nacionales fue la de que , éste debería de ser tan amplio como fuere prácticamente posible. Para articular prácticamente éste principio se propuso entonces aplicar el Convenio en cada Estado contratante a todos los buques , estuvieren o no registrados en un Estado contratante. V. ASSER, Segundo Informe. Comisión Internacional sobre Privilegios e Hipotecas., (Doc. HYPO-17 (5-64)), REDM, n°.11, junio-septiembre 1965, p.264. En este sentido se redactaría el artículo 16 del Proyecto de Oxford y así continuaría en el Proyecto de Amberes. En la Conferencia de Nueva York, resulto patente la preocupación , que según HERNÁNDEZ YZAL , se fundaba en la experiencia de lo ocurrido en otros Convenios Internacionales del C.M.I., por arbitrar normas que impidiesen a los Estados no contratantes, convertirse en refugio para transacciones que podrían perjudicar a los Estados contratantes. Por esta razón se adoptaría el texto de Amberes que pasaría después a constituir el Artículo 12.1 del Convenio aprobado en la Conferencia de Bruselas. nota: V. HERNÁNDEZ YZAL, Privilegios e Hipotecas...cit.. Es con estos antecedentes y no con otros, con los que hay que entender el cambio habido, respecto al Convenio de 1.926,

38.-La posición de la jurisprudencia.

Una vez reseñado el debate doctrinal en torno al problema de la interrelación entre Derecho de origen interno y Derecho de origen internacional, procede ahora examinar la posición que, sobre esta materia ha venido sustentando nuestro Tribunal Supremo.

Es interesante subrayar que, en lógico paralelismo a la situación observada en la doctrina, ha sido el aspecto del régimen jurídico aplicable a los privilegios el único que ha sido objeto de sucesivos pronunciamientos judiciales y el único respecto del cual puede cabalmente predicarse la existencia de una verdadera jurisprudencia.

Ofrecemos a continuación la cronología de los principales hitos que han marcado la posición de nuestra doctrina jurisprudencial.

La primera sentencia que consideramos relevante es la STS (Civil), de 13.04.89 (arz. 3050); buque "Maya I". Se ventilaba allí un supuesto de buque de Estado contratante (bandera uruguaya), acreedor hipotecario de país no contratante (Estados Unidos) y tercerista español. La sentencia admitió, al menos implícitamente, la aplicación del Convenio.

Poco después, la STS (Civil), de 22.05.89 (arz. 3877). buque "Monte Banderas", resolvía positivamente y *ex abundantia* la cuestión de la incorporación, vigencia y aplicabilidad directa del Convenio en nuestro Ordenamiento, declarando su naturaleza *self executing* y sometiendo toda esta disciplina al actual sistema constitucional de incorporación de Tratados, sin mención

en la norma definitoria del ámbito de aplicación.

alguna al problema de su retroactividad en relación con la fecha de publicación del Convenio en la Gaceta. Al respecto son significativos los siguientes párrafos ,que extraemos de sus fundamentos jurídicos:

«La interdependencia de las relaciones jurídicas en un ámbito superador de fronteras entre Estados ha venido a consagrar la realidad de una verdadera Comunidad jurídica supranacional asentada en Tratados y Convenios Internacionales, de modo que el Derecho de cada país no puede ya concebirse como simple resultante de parciales actividades legislativas de los Estados, sino que sobre la base del principio de solidaridad e interdependencia en las relaciones internacionales se ha venido a reconocer y a configurar una nueva concepción de la idea de soberanía asentada en las ideas de integración y acatamiento de principios y normas de ámbito supranacional. Tal es, en realidad, el fundamento justificador y básico del Capítulo Tercero del Título III de la vigente Constitución Española que, dando reconocimiento a los Tratados y Convenios Internacionales , los incorpora al Ordenamiento interno una vez que, validamente celebrados , hayan sido publicados íntegramente en el Boletín Oficial del Estado (artículos 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código Civil)» (F.J. 1º)

«Como certeramente se indica en la sentencia recurrida el Convenio, al haber pasado a formar parte del Ordenamiento jurídico español tiene plena vigencia en nuestro país, sin poder entenderse derogado por el Estatuto de los Trabajadores, de posterior publicación, porque al garantizar la Constitución Española el principio de legalidad y de jerarquía normativa (art. 9.3), ha de primar el citado Convenio de reglas uniformes...en ortodoxa aplicación del principio de derecho de que lo especial (normas del aludido Convenio concretadas a preferencias de créditos sobre buques), no puede entenderse derogado por lo general (normas del mencionado Estatuto de los Trabajadores referentes a éstos en general...el referido Convenio...viene a significar y representar una normativa general y prevalente, cualquiera que sea la nacionalidad ,de privilegio de créditos referentes al buque hipotecado con aplicación directa e integradora en España como regulación que forma parte de su Ordenamiento jurídico interno y, en consecuencia con alteración en tal particular de la preferencia de créditos de los artículos 580 del Código de Comercio y 31 de la LHN que genéricamente establecen el orden

de prelación de los créditos sobre el buque, al haber sido desvirtuadas éstas por la específica regulación contenida en el tan repetido Convenio, en virtud del referido principio de Derecho de que lo especial deroga lo general...y en tercer lugar, en cuanto a que algunos de aquellos países no se hayan limitado a ratificar o suscribir el Convenio sino que expresamente lo introdujeron en su Derecho nacional sustituyendo específicamente la correlativa legislación propia, ello no resulta trascendente para España a los efectos de la verdadera vigencia del Convenio en nuestro país, pues aquel aspecto de derogación expresa necesario legalmente en otros países, resultaría en el nuestro redundante a la vista del artículo 1.5 del Código Civil y artículo 96.1 de la Constitución, que viene a excluir la expresa derogación desde el momento en que aquella legislación pasa a formar parte del Ordenamiento interno, una vez ratificado y publicado el Convenio, integrándose plenamente en nuestro Ordenamiento con aplicación, por tanto, «ope legis»; todo ello de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 93 a 96 de la Constitución, artículo 1, n.º. 5 del Código Civil y artículo 5, n.º.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial» (F.J. 2º).

«Al reconocerse y declararse la prevalencia del Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926, suscrito y ratificado por España el 2 de junio de 1930 y publicado en la Gaceta de Madrid de 31 de julio del mismo año, sobre la legislación y preceptos que en este segundo motivo se invocan, éstos han de ceder a la preferente aplicación de las reglas y normas del Convenio, no siendo en consecuencia viable la infracción que en este segundo motivo se denuncia, haciendo supuesto de la cuestión» (F.J. 3º).

Pero además de reconocer ,más allá de toda duda, la presencia y plena eficacia del Convenio en nuestro Ordenamiento, la Sentencia declaraba también, con elogiada claridad, su aplicabilidad a las relaciones jurídicas construidas exclusivamente con elementos internos, *i.e.*, la naturaleza de derecho uniforme que *strictu sensu*, tienen las disposiciones de la norma internacional. Estos son los párrafos que estimamos mas relevantes:

«el artículo 14 del mencionado Convenio establece que sus disposiciones se aplicarán en cada Estado contratante cuando el buque gravado pertenezca a un Estado contratante , así como en los demás casos previstos en las leyes nacionales y que, sin embargo, ello no atenta al derecho de los Estados contratantes a no aplicar las disposiciones del referido Convenio en favor de lo que pertenezcan a un Estado no contratante, esta normativa hay que entenderla en el sentido de que el privilegio de créditos que el meritado Convenio contiene solamente tiene aplicación cuando se trate de buque gravado perteneciente a un Estado contratante y no al que no haya suscrito el Convenio, y con posibilidad de no aplicar las disposiciones de éste cuando quien reclama el privilegio de su crédito no pertenezca a Estado contratante...sin que ninguna supeditación se establezca a que sean los afectados por el privilegio extranjeros con relación al buque ,sino simplemente a que éste pertenezca a Estado signatario del Convenio»(F.J.2°.).

Esta doctrina fue ,a continuación, seguida estrictamente por la A.P. de Madrid (Sección 11*), en su sentencia de 7.02.90, buque "C.M." en la que, en supuesto de hecho igualmente configurado en su integridad con elementos nacionales (buque,deudor y todos los acreedores) se estimó que la cuestión relativa a la normativa aplicable para la determinación del orden prelativo (acreedor hipotecario v. créditos marítimos laborales) no entrañaba dificultad:

«habida cuenta del criterio jurisprudencial sobre la aplicación en España del Convenio ..., jurisprudencia que después de enjuiciar el valor de los Tratados y Convenios internacionales, con relación al que nos ocupa, tiene declarado, que en su momento por su ratificación pasó a formar parte del ordenamiento jurídico español, sin poder entenderse derogado por disposiciones posteriores, como podría ser el Estatuto de los Trabajadores o la Ley de Hipoteca Naval y demás citados, porque al garantizar la Constitución española el principio de legalidad y jerarquía normativa, ha de primar el citado Convenio de reglas uniformes...en aplicación ortodoxa del principio de derecho de que lo especial(normas del aludido Convenio concretadas a preferencias de créditos sobre buques), no puede

entenderse derogado por lo general (normas del Estatuto de los Trabajadores, etc.)».

A continuación, la STS (Civil), de 9.03.90 (arz.1683) reconoce implícitamente la aplicación del Convenio a un supuesto en que deudor y buque eran españoles y el acreedor nacional de un país no contratante (Canadá). Con esta sentencia se confirma, por tanto, el criterio que estima irrelevante el hecho de que el acreedor sea o no nacional o tenga su domicilio en un Estado contratante del Convenio.

La siguiente STS (Civil), de 18.06.90 (arz. 4791) , buque "Pontedeume", resulta decisiva para el asunto que examinamos. Desafortunadamente no contempla un supuesto de estricto tráfico jurídico interno pues si bien el deudor y el buque así como el acreedor hipotecario son españoles, la tercería de mejor derecho se plantea en relación con un acreedor por suministros domiciliado en país extranjero no contratante (Canadá) .Y calificamos esta circunstancias de desafortunada porque ha sido precisamente esta presencia foránea la que ha suscitado algunas dudas en la interpretación de la doctrina sentada en la sentencia. Veamos algunos de los párrafos de sus fundamentos jurídicos:

«aunque Canadá no sea firmante del Convenio «el art. 14 del mismo, expresa que...esto es , el Convenio se aplica por tratarse de buque perteneciente a un Estado contratante; es de tener en cuenta que el Convenio responde a la conveniencia práctica de unificar la variedad de disposiciones legislativas de los diversos Estados (en general) en cuanto al número y rango de los privilegios marítimos que venían significando una debilitación de la hipoteca naval; razones que motivaron a la delegación norteamericana en la Conferencia de Bruselas de 1926, para proponer ciertas restricciones a esta postergación de tal garantía y

que aceptada por los países que decidieron concertar un convenio, al efecto de darle un carácter internacional, de tal manera, que no quedara entre los Estados signatarios, sino en las relaciones con los demás países no signatarios y, así, en efecto, se sanciona en el art.14..., esto es, la sola condición de ser el buque gravado perteneciente a un Estado firmante del Convenio, este Estado aplicará el Convenio cualquiera que sea el Estado al que pertenezca el titular de un crédito contra dicho buque, y así lo viene a corroborar el párrafo segundo de dicho artículo al disponer..., esto es, el principio general es que el Convenio se aplique por un Estado contratante a los no contratantes, ahora bien se reconoce al estado firmante, como excepción, la no aplicación del Convenio en relación a los que pertenezcan a un Estado no contratante; como bien dice el Juzgador de instancia, «el Estado español no ha hecho uso de tal derecho que entraña una reserva que obviamente nunca compete hacerlas a los Tribunales, en cada supuesto concreto» (F.J. 5°).

«mas como al desestimarse el indicado motivo anterior y resultar de aplicación el expresado Convenio de Bruselas; dado el carácter internacional de la cuestión sometida a debate, propio de la materia reflejada por el mismo, que sale del ámbito de nuestras normas internas al carecer de base, el motivo ha de ser desestimado» (F.J. 6°).

La enseñanza que, a nuestro juicio, hay que extraer del texto transcrito es doble. De una parte queda ya definitivamente consagrada doctrina jurisprudencial en el sentido de que es al legislador, y sólo a él, a quien el segundo párrafo del artículo 14 del Convenio atribuye el derecho de no aplicar el Convenio a los acreedores de Estados no contratantes. Como el legislador español no ha hecho uso de este Derecho la nacionalidad del acreedor resulta irrelevante y el Convenio se aplica cualquiera que sea aquella.

De otra parte, los términos literales y precisos con que se expresa la sentencia nos inclina a pensar que el T.S. ha querido aquí respetar su tesis anterior, que ve en el artículo 14 un criterio exclusivo y excluyente para la aplicación del

Convenio, *i.e.*, la nacionalidad del buque. Si este es de Estado contratante el Convenio se aplica. La presencia o ausencia de sujetos foráneos es un dato irrelevante en este sentido.

Creemos que no puede oponerse a ello el hecho de que el texto transcrito hable de «relaciones con los demás países no, signatarios», pues ello se hace exclusivamente a los efectos de ilustrar la razón histórica por la cual el ámbito de aplicación del Convenio no debe entenderse limitado a la intervención (además del buque) de acreedores de países contratantes. Tampoco creemos que pueda prevalecer sobre la literalidad y claridad del F.J. 5°, la referencia *in fine* del F.J. 6° al «carácter internacional de la cuestión sometida a debate, propio de la cuestión sometida en el mismo». Más bien parece que dicha oración alude al carácter internacional de las normas presentes en nuestro Ordenamiento para regular esta materia que, precisamente por poseer dicho origen internacional, precluyen la aplicación de las de origen interno¹²³.

Tras esta discutible Sentencia, nuestro Tribunal Supremo vuelve a referirse tangencialmente al problema, sin entrar para nada en el, en un supuesto de composición plenamente española. Se trata de la STS (Civil), de 15.10.90 (arz. 785), buque "Oyambre", relativa a una tercería de mejor derecho, donde se

¹²³En contra ALONSO LEDESMA, para quien nuestro Tribunal abandonó aquí el criterio sentado en la anterior STS de 22.5.89, al enfatizar, con cierta rotundidad, la necesidad de la presencia de un elemento extranjero (acreedor canadiense, en éste caso) para declarar la aplicación del Convenio. La autora pone en acento en los siguientes párrafos de los correspondientes fundamentos jurídicos: «de tal forma que, cuando alguna de las partes sea de nacionalidad extranjera, indudablemente habrán de aplicarse las disposiciones del Convenio" (F.J. 5°)»; «resulta de aplicación el expresado Convenio de Bruselas, dado el carácter internacional de la cuestión sometida a debate, propio de la materia reflejada en el mismo, que sale del ámbito de nuestras normas internas" (F.J. 6°)». V. ALONSO LEDESMA, *op.cit.*, pp. 96-97.

dice:

« prescindiendo ahora del problema de si es o no aplicable a las relaciones jurídicas habidas entre los nacionales de un Estado signatario, España en este caso, lo que no cabe duda es que respetando el rango de ley que tiene, según la Constitución (art. 96) y el Código Civil (art. 1.5), ha de aplicarse a las situaciones que contempla y para las que se suscribió el Convenio, entre las que no se encuentran los créditos surgidos de la suspensión de pagos de la sociedad anónima Naviera dentro de cuyo patrimonio figura el buque Oyambre».

Como bien puede apreciarse, esta STS reconfirma la presencia del Convenio en nuestro Ordenamiento pero siembra de nuevo la duda en torno a la cuestión crucial del supuesto de tráfico jurídico interno, si bien el hecho de que rechace la inclusión en el mismo de los créditos de provisión de fondos del procurador surgidos en una suspensión de pagos, parece que denota una postura favorable a la aplicación del Convenio.

Y llegamos por fin a la última Sentencia del T.S. que hemos recogido sobre esta materia. Se trata de la STS (Civil), de 5.11.90 (arz. 8521), buque "Ponteceso", en la que se resolvía acerca de la procedencia de una tercería de mejor derecho de acreedor hipotecario español frente a deudor español y acreedor por suministros canadiense, en relación siempre con buque español. En lo que a nosotros interesa, dice (*obiter dicta*) la sentencia:

«El mencionado Convenio, de obligatoriedad preferencial en España según el art. 96 de la Constitución... **y la aplicabilidad de sus disposiciones al buque de autos, viene recogida en el art. 14,** no puede tenerse en cuenta el contenido del párrafo segundo de este artículo, ya que España no ha hecho uso, en legal forma, de la reserva que allí se

autoriza». (F.J.nº.3º).

Así pues se corrobora una vez más la doctrina jurisprudencial sobre la vigencia del Convenio y sobre su aplicación a acreedores de Estados no contratantes. Por otra parte, si bien su aplicabilidad se hace descansar en el buque («al buque de autos»), la presencia de un acreedor extranjero impide que esta Sentencia pueda ser empleada como autoridad demostrativa del valor del régimen internacional en punto a los supuestos carentes de elementos foráneos.

39.-Conclusión: Las fuentes en el Derecho español.

A la vista de cuanto hemos señalado podemos concluir que, tanto la doctrina dominante como nuestra Jurisprudencia han resuelto los problemas planteados en el siguiente sentido: 1º) El Convenio forma parte de nuestro Ordenamiento Jurídico y sus disposiciones prevalecen sobre la ley interna que las contradiga; 2º) Si el buque es de un Estado contratante (incluido, desde luego España), el Convenio se aplica a los créditos señalados en el mismo, con independencia de cual sea la nacionalidad del acreedor.

Además parece razonable entender que nuestra Jurisprudencia se ha decantado por sujetar también a las disposiciones del Convenio las relaciones jurídicas compuestas completamente por elementos nacionales. Pero sólo parece razonable. A la vista del estado actual de la cuestión no puede afirmarse, de un modo incontrovertible, que la Jurisprudencia ha sentado doctrina a favor del carácter uniforme *strictu sensu* de sus disposiciones. En cualquier caso, junto a ésta solución jurisprudencial milita

(y ,en cierto modo parece estar en su base) la destacada posición de RUIZ SOROA.

Por nuestra parte creemos ,con la doctrina mayoritaria, que el Convenio no ha producido una estricta unificación del régimen de los privilegios y ha dejado a los Derechos nacionales la regulación de los supuestos que carezcan de algún interés internacional.

Esta última es también la solución que puede considerarse dominante en la Doctrina francesa. Así, además de a RIPERT y a DU PONTAVICE, que ya han sido citados, cabe mencionar aquí a PAUNESCO¹²⁴ y a RODIERE¹²⁵.

Más difícil se presenta la cuestión en el Derecho Italiano. Aunque MANCA ¹²⁶se pronuncia en el mismo sentido apuntado y así parece hacerlo también ROMANELLI ¹²⁷, el considerable peso de

¹²⁴PAUNESCO descarta que el Convenio se aplique más allá de los supuestos internacionales y ,como lo hiciera RIPERT, llama la atención acerca de los problemas que esta duplicidad de regímenes jurídicos plantea, propugnando la modificación de las leyes nacionales para ofrecer idénticas soluciones en los supuestos de tráfico jurídico interno. V. PAUNESCO, *op.cit.*, p.166.

¹²⁵RODIERE señala que ,con independencia de criterios utilizados en los diversos Convenios marítimos de Bruselas, hay una constante común a todos ellos: los Convenios proporcionan las normas de Derecho material aplicable a las situaciones internacionales y no a las situaciones puramente nacionales. V. RODIERE, Rene, *Les tendances...cit.*, p.343.

¹²⁶Para MANCA, el artículo 14 del Convenio supone que el mismo debe aplicarse a toda controversia que presente un aspecto internacional. V. MANCA, *International...cit.*, p. 389.

¹²⁷ROMANELLI estima que no puede negarse que la más típica hipótesis de aplicación del Convenio se da en el caso de ejecución en un Estado contratante de un buque que posee la nacionalidad de otro Estado contratante. Pero ello no significa que no caiga dentro de su ámbito el supuesto de un ciudadano de un Estado contratante que haga valer su privilegio sobre un buque de otro Estado contratante y en los tribunales de ese Estado. En ambos casos se trata de hipótesis que interesan al Ordenamiento de dos Estados contratantes y por ello es natural que venga en aplicación la disciplina del Derecho internacional. V.ROMANELLI, *Sull'art. 552...cit.*, pp.75-76.

BERLINGUERI, que se pronuncia en sentido contrario¹²⁸, equilibra la balanza y hace difícil una conclusión segura en aquel Ordenamiento.

En consecuencia el Derecho español de origen interno resulta de aplicación por nuestros tribunales cuando el buque gravado no pertenezca a un Estado parte o bien cuando todos los elementos concurrentes en la relación (buque y todos los acreedores) sean españoles. El Convenio deberá aplicarse en todos los demás supuestos, con independencia de cual sea la nacionalidad de los acreedores¹²⁹.

En cualquier caso, debe tenerse presente que, aún allí donde rija el Convenio, nuestro Derecho de origen interno no queda totalmente al margen, sino que habrá de integrar supletoriamente la disciplina por remisión del propio texto internacional¹³⁰.

¹²⁸BERLINGUERI es taxativo al rechazar la necesidad de que deba concurrir algún elemento de extranjería en los hechos y relaciones considerados. Por el contrario, se muestra claramente a favor de la aplicación del Convenio por los tribunales italianos, incluso cuando la nave y todos los acreedores sean de esa nacionalidad.

¹²⁹Esta conclusión resulta del hecho de que España es un Estado contratante que no ha hecho uso -legislativamente- de la facultad que concede el art. 14 para ampliar o restringir el ámbito de aplicación del Convenio. V. ALONSO LEDESMA, *op.cit.*, p. 130.

¹³⁰Así la Ley nacional de cada Estado contratante es llamada para regular las siguientes materias: 1°) La forma de constitución de hipotecas, *mortgages* y prendas (art. 1); 2°) La admisibilidad de otros privilegios distintos de los señalados en el artículo 2, con tal de que no modifiquen el lugar señalado a los créditos garantizados por hipotecas, *mortgages* y prendas y a los privilegios que gozan de preferencia sobre ellos (art.3,§2); 3°) Los casos de extinción de los privilegios (art. 9); 4°) Las formalidades especiales que debe cumplir el Capitán para ciertos préstamos sobre el buque o para la venta del cargamento (art. 11); 5°) La naturaleza y forma de los documentos que debe haber a bordo del buque y en los que ha de hacerse mención de los gravámenes (art. 12); 6°) La aplicación del Convenio a los casos no previstos en éste y su no aplicación a buques que pertenezcan a un Estado no contratante (art. 14); 7°) La competencia de los tribunales, el procedimiento y las vías de ejecución (art. 16); 8°) Las causas de interrupción de los plazos de extinción de los privilegios (art.9,§5) y la posibilidad de admitir como prórroga del plazo de extinción el hecho de que el buque gravado no haya podido ser embargado en las circunstancias que se determinan en el párrafo 6 del artículo 9.

La colisión se produce en todas aquellas materias ,neta y antitéticamente, reguladas por ambos bloques normativos. Ello ocurre, singularmente con la determinación, prelación y número de los créditos privilegiados anteponibles a la hipoteca, aspectos donde deben entenderse inaplicables ,tanto las disposiciones del Có. de Comercio(art. 580 y ss.) cuanto las de la L.H.N.(arts. 31 y ss.) y demás normas de origen interno que ,con posterioridad al Convenio , han alterado el orden y contenido de las preferencias¹³¹.

Con todo, y aún aceptado cuanto antecede, no podemos dejar de manifestar las graves deficiencias normativas de que adolece nuestro Ordenamiento en este punto.

Como ha puesto de relieve ALONSO LEDESMA, la singularidad del caso español radica en que la ratificación y publicación del Convenio no vino acompañada ,ni coetánea ni posteriormente, de la deseable acción legislativa tendente a acomodar nuestro sistema interno al texto internacional.

¹³¹Ello es así, en lo que se refiere a las normas preexistentes, por ser el Convenio *lex posterior*, y en lo que respecta a las sucesivas, por el rango de "superley" que la doctrina constitucionalista y la jurisprudencia otorgan a las normas internacionalmente paccionadas. RUIZ SOROA llama en apoyo de su tesis a la "pequeña" jurisprudencia (S. del Juzgado de 1ª Instancia número 4 de Madrid, de 18 de Julio de 1.985), la cual establece con nitidez tanto la aplicación del Convenio a los supuestos internos como su prevalencia respecto a normas domésticas de origen nacional. Por su indudable interés y claridad, tomamos la cita de algunos párrafos de sus considerandos : "Considerando que, sentado lo anterior, (art. 14 Convenio), ha de llegarse a la conclusión consecuente de que el Convenio precitado de Bruselas contiene normas de derecho material directamente aplicables y que no precisan, para su efectividad, de la presencia de elementos de extranjería, suponiendo por ello una excepción a los tradicionales sistemas de reglamentación del Derecho Internacional privado..., siendo los preceptos indicados derogativos de las disposiciones contenidas en los arts. 580. 6º del Código de Comercio y 31.2º de la Ley de Hipoteca Naval, dada su fecha anterior al Convenio y ante su antítesis (art. 2.2 del Código Civil) y de rango superior e inmodificable por ley interna respecto del art. 32 del Estatuto de los Trabajadores en virtud de lo dispuesto en el art. 1.5 del Código civil y 96.1 de la Constitución...". V. esta referencia y alguna otra jurisprudencial y legislativa en RUIZ SOROA, *op.cit.*, p. 198.

Con ello se producía el régimen dual que hasta el momento perdura y que, como ha sido repetidamente denunciado¹³², produce

¹³²En general, la crítica del Derecho positivo español ha sido una constante histórica desde la misma promulgación del C. de c. de 1885. En efecto, ya entonces, la doctrina puso de manifiesto la inadecuación y desfase de su Libro III a la realidad de aquella época, acusando al legislador de haberse dejado manejar por una inercia doctrinaria que le llevó prácticamente a reproducir el sistema del anterior Código de 1.829, ya claramente inservible para dar respuesta a los nuevos problemas planteados por el tráfico marítimo. Está crítica alcanzó, desde luego, a los privilegios marítimos, propugnándose ya su reforma en el marco de la introducción de la hipoteca naval que había sido totalmente descuidada por el legislador. Significativamente afirmaba GONZALEZ REVILLA, tres años después de publicarse el Código, que el derecho marítimo, codificado desde 1.829, «ha sido recientemente revisado, pero sin que por esta revisión se haya producido ningún progreso, porque nuestros legisladores de estos últimos años, todos más o menos doctrinarios, han creído sin género alguno de duda que la legislación tradicional no precisaba reforma alguna, con lo cual en punto al derecho hipotecario marítimo el Código novísimo está a igual altura que el antiguo... se impone la reforma del sistema de privilegios y créditos reales sobre las naves». GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, p. 249.

En las primeras décadas del presente siglo se alzaron voces a favor de una reforma total de la L.H.N. así como de los preceptos de los códigos civil y de comercio que, por su íntima relación con la hipoteca naval, no podían escapar a su necesaria revisión. V. ESCARDO PEINADOR, Fernando, *La Hipoteca Naval-Cuestiones internacionales que suscita-*, RCDI, T. V., 1.929, p.342.

Más tarde, y con ocasión de la preparación del Convenio de 1967, se propugno vivamente la revisión en profundidad de la legislación española reguladora de los privilegios marítimos y de la hipoteca naval, que adolecía de un notable confusionismo. Además de la ausencia total de sistema y de coordinación con las disposiciones del Convenio de 1926, se hacía notar como la materia estaba prácticamente huérfana de elaboraciones doctrinales. Ante éste panorama se veía en el nuevo Convenio una buena ocasión para el estudio y revisión del instituto con la urgencia posible y a la luz de las tendencias y directrices internacionales cristalizadas en el texto convencional. Con ello, se decía, quedaría abierta una puerta a nuestros armadores para que pudiesen encontrar recursos en el mercado financiero internacional a fin de financiar la adquisición de sus buques, al tiempo que se dejaría expedito el camino para que los reparadores y suministradores nacionales pudieran cobrar sus créditos. Así, GOÑI, *Informe sobre la XXVII Conferencia...cit.*, pp. 232-233 y 242. También HERNANDEZ YZAL, *Informe sobre la Conferencia...cit.*, p.224. Son ilustrativas las palabras de éste último autor (que fue el Presidente de la delegación española en la Conferencia de Nueva York): «...la totalidad de lo discutido en la sala de juntas de la conferencia y en los pasillos fuera de ella, reafirmó lo que no era novedad para quienes vivimos el Derecho Marítimo y con él, en el sentido de que el edificio de nuestras instituciones hipotecarias se ha alejado y acusa claramente síntomas de vestused...» y que: «...las formulas actuales del Derecho vivo en materia de hipotecas y de privilegios marítimos no ha encontrado el debido eco en nuestra legislación vigente y ...hay un desfase tal de la realidad que precisa recurrir a un esfuerzo muy grande para seguir de cerca las motivaciones y el contenido jurídico de los alegatos contenidos en las enmiendas planteadas por algunas de las delegaciones que asistieron a la conferencia de Nueva York». V. HERNANDEZ YZAL, *Privilegios...cit.*

Más recientemente, en su trabajo sobre la responsabilidad real del buque, DUQUE extrae la conclusión de que, una vez más y en relación con la institución de los privilegios marítimos, se pone de manifiesto el anacronismo de nuestro Código de Comercio y los consiguientes problemas para la interpretación de textos más modernos, que responden a legisladores más sensibles a las necesidades actuales del tráfico marítimo y de la explotación naviera. De nuevo se presenta la necesidad imperiosa de la reforma legislativa en este campo, acogiendo las instituciones tal y como han sido perfiladas en el plano internacional y en el derecho comparado mas moderno y eliminando toda

no pocas e importantes disfunciones, entre las que se cuentan serias situaciones de discriminación para los intereses nacionales.

A esta lamentable situación ha contribuido, sin duda, el escaso interés doctrinal que ha venido suscitando el tema¹³³. Pero el hecho de que no exista un verdadero sistema¹³⁴ sobre ésta

duda respecto a la determinación de las normas aplicables en cada caso. Para ello habrá que tomar muy en consideración los distintos intereses concurrentes en el particular caso español, tales como los de los navieros, entidades de financiación, suministradores, etc. V. DUQUE, *op.cit.*, p.59.

Y, en fin, en el mismo sentido: RUIZ SOROA, *op.cit.*, pp.177-180; GIMENEZ DE LA CUADRA, *Embargo y venta judicial de buques, op.cit.*, p.172.

¹³³En opinión de HERNANDEZ YZAL, las fuentes de derecho interno español que rigen la materia de los privilegios marítimos y de la hipoteca naval se emplean escasamente por Registradores y Notarios, lo que ha hecho que el tema haya suscitado poco interés doctrinal por aquellos profesionales, con la consecuencia de que no se han estudiado a fondo las posibilidades de actualizar aquellas instituciones con el objeto de aprovechar, todo lo posible, la garantía que puede proporcionar el buque, como instrumento para agilizar el tráfico marítimo.

Por una parte, la falta de problemas suscitados a los Registradores y Notarios habría venido dada por el hecho de que, la garantía de los préstamos hipotecarios había constituido siempre en primera hipoteca, a favor del Estado,

, a través de su organismo crediticio (crédito naval), es decir, el acreedor era, en definitiva el Estado, con lo que los citados profesionales actuaban siempre en cumplimiento de un requisito administrativo.

Por otra parte, los casos de litigios judiciales planteados por el suministro de bienes o servicios a buques en el decurso del tráfico marítimo, eran reducidísimos.

Tampoco se suscitaban pleitos en relación con el pago del precio aplazado por la construcción del buque, y ello, por que, respecto a los buques españoles el procedimiento de pago venía prácticamente reglado por las normas administrativas del sector (Ley de Protección y Renovación de la Flota Mercante, de 12 de Mayo de 1.956 y disposiciones de desarrollo), y respecto a los buques extranjeros, porque nuestros astilleros habían adoptado la fórmula, presente en los demás astilleros del mundo, de firmar contratos tipo con cláusula de pago escalonada en función de la progresiva terminación del buque.

Todo ello habría contribuido a que no se diese un campo abonado para el estudio de los privilegios marítimos y de la hipoteca naval HERNANDEZ YZAL, *Privilegios...cit.*, p.45-48.

Sin embargo, este cuadro descriptivo ha cambiado radicalmente con la llegada de la crisis económica generalizada de la explotación naviera española con los consiguientes problemas sociales que han hecho llegar a los tribunales numerosos casos de conflicto de créditos marítimos privilegiados (sobre todo los salariales) con hipotecarios, situación que ha provocado un cierto interés doctrinal y ha generado alguna jurisprudencia en materia de fuentes.

¹³⁴No puede decirse que el régimen actual posea precisamente las notas de plenitud y coherencia, que han de concurrir en todo sistema. Como acertadamente se ha observado, la presente situación configura «un sistema que de tal sólo tiene el nombre y que, en muy poca medida (por no decir en ninguna), sirve a los intereses ni de los acreedores, ni de los navieros, ni de las instituciones de financiación». V. ALONSO LEDESMA, *op.cit.*, p.133.

disciplina no significa que estemos en presencia de un problema de hermenéutica sino de política legislativa¹³⁵.

Se impone pues la acción legislativa . Pero ésta no puede discurrir ajena a los últimos acontecimientos internacionales en materia de revisión del régimen de los privilegios. Por ello, aún siendo plenamente conscientes de la urgencia de la reforma, parece prudente y adecuado prolongar un poco mas la espera, hasta que los trabajos en curso cristalicen finalmente en un nuevo texto internacional al que debería acomodarse nuestra legislación interna¹³⁶.

¹³⁵La dualidad de régimen jurídico , nacional e internacional, «ha de reconocerse que conduce a situaciones de incoherencia o de discriminación real para los nacionales, lo que podría ser calificado de inoportuno, inadecuado o asistemático, es decir, lo que produce en definitiva un problema de política legislativa y pone, una vez más, en evidencia el profundo abandono de nuestra legislación marítima; pero ello es algo muy distinto de un problema de vigencia o de eficacia de las normas, aspectos que nunca deben confundirse». ALONSO LEDESMA, *op.cit.*, pp. 127-128.

¹³⁶ En este mismo sentido ALONSO LEDESMA : «Tal reforma, ponderando los intereses y las circunstancias específicas del tráfico español, debería acomodarse, en congruencia con la cada vez más acusada internacional del tráfico y de los medios financieros, a los resultados que se obtengan del proceso de unificación internacional actualmente en curso».

PARTE TERCERA
DELIMITACION CONCEPTUAL

Capítulo VII

Concepto y Naturaleza Jurídica

40.-Significado de privilegio y de privilegio marítimo.

Gramaticalmente, la idea de privilegio equivale al disfrute de "gracia" o "prerrogativa" de la que no goza el común de las personas. Estamos pues en presencia de una discriminación positiva o beneficiosa para un sujeto. Junto a la noción gramatical y en su mismo sentido, no cabe duda de que existe un concepto intuitivo de privilegio, que se acomoda al sentido etimológico de la palabra: *privus-legis*, alusivo a la situación excelsa, superior a cualquier otra, en que se encuentra el privilegiado. Este está "fuera de la ley" (*privus- legis*)¹.

En el Derecho Civil, la idea histórica del "privilegio" supone la atribución legal de una prerrogativa al titular de un crédito, consistente en una preferencia de cobro frente a otros acreedores del mismo deudor, bien sea en razón de la persona (*privilegia personae*), bien sea en razón de la relación jurídica de la que nace (*privilegia causae*). Sabido es que la Codificación eliminó los primeros, dejando subsistentes los segundos. Y estos son los que aparecen recogidos en nuestros Códigos aunque no siempre con la denominación de privilegios².

¹V.MARTUCIELLO, Alfredo, In torno ad alcuni difetti del pegno navale, IDM, 1910, p.242.

²Así, el C6. de Co. (arts. 913 y 914) incluye y menciona expresamente a los "acreedores privilegiados", mientras que el C6.Civil y la L.E.C mantienen los *privilegiae causae* aún sin emplear expresamente dicho término.V. LASARTE, C. Curso de Derecho Patrimonial Civil, Técnos, Madrid, 1990, 2ª ed., p.495.

Con independencia de la terminología empleada por el legislador en cada caso, lo cierto es que el privilegio, en términos generales y comunes, no es para el Derecho mas que una cualidad que la Ley atribuye a un crédito en atención a su origen o finalidad práctica causal ,en cuya virtud adquiere una prelación sobre los restantes créditos que tienen como deudor a una misma persona. A aquellos créditos se les denomina privilegiados y a la preferencia privilegio³.

No es ,por tanto, técnicamente exacto identificar privilegio y crédito. No es lo mismo una cosa especialmente calificada que la cualidad misma. El atributo es distinto de la cosa que lo posee. No obstante el empleo sinónimo de ambos conceptos no es desconocido ni en el lenguaje corriente ni en el jurídico. Pero se trata sólo de un recurso lingüístico de índole metafórico.

Si al privilegio le añadimos el calificativo de marítimo habrá que averiguar el significado que cobra entonces la expresión. Y en seguida se verá que no es solo la maritimidad, que alude al medio en relación con el cual surge el crédito, la nota diferenciadora. Ocurre ,en efecto, que el Derecho marítimo mercantil no sólo privilegia créditos sino también deudas nacidas con ocasión de la navegación. Nos referimos a la limitación de la del naviero.

Por otra parte, y ya en la perspectiva del lado activo de la obligación, encontramos privilegios tanto en el crédito de los acreedores del naviero cuanto en el que ostenta el naviero (o

³Una precisa definición en este sentido nos la ofrece el Código Civil italiano: «Il privilegio è un diritto di prelazione, che la legge accorda in riguardo alla causa del credito» (art. 1952). V. en MARTUCCIELLO, *op.cit.*, p.242.

mejor el transportista marítimo) frente a los intereses de la carga. En el segundo caso estamos ante el llamado "privilegio del fletante" . Pero es el primero el que a nosotros nos interesa. En efecto, nuestro estudio se limita a los privilegios marítimos sobre el buque⁴. Sólo a ellos nos referimos cuando empleamos la expresión genérica de privilegios marítimos⁵.

Con las anteriores precisiones pasamos ya a ocuparnos del concepto y de los caracteres de los privilegios marítimos.

41.- Concepto de privilegio marítimo sobre el buque.

Nuestro Ordenamiento positivo no define los privilegios marítimos. Simplemente los regula a partir de la presunción de su existencia. La misma carencia se observa en el Derecho comparado y en los Convenios Internacionales que se ocupan de la

⁴RODIERE sale al paso de cualquier posible confusión terminológica y distingue claramente entre los *privilèges maritimes* y los *privilèges sur le navire*. V. RODIERE, *Le navire...cit.*, p.134. Entre nosotros, CORA RODRIGUEZ distingue entre los "verdaderos" créditos marítimos privilegiados y algunas afecciones especiales de bienes, contempladas en el Código de Comercio, cual es el caso del llamado privilegio del fletante (arts. 665 y 666) o el de los objetos salvados de naufragio (art.842). V. CORA RODRIGUEZ, *Créditos marítimos privilegiados...cit.*, pp.103 y 104. En efecto, el privilegio marítimo sobre la carga o privilegio del fletante consiste en un derecho de embargo y venta de las mercancías para pago del flete. Pero éste derecho no posee la naturaleza de *ius in re*, al carecer su titular de una acción *erga omnes* para hacerlo efectivo. Ello se desprende, con toda claridad, de los términos del último párrafo del artículo 667 del C. de c. Estamos entonces ante un crédito privilegiado con un *ius distrahendi* y un *ius prelationis*, pues el acreedor posee las facultades de pedir y obtener la venta y de cobrarse con lo obtenido con prelación a los demás acreedores, incluso en caso de quiebra (art. 913. 2° C. de c.). V. STS de 10.07.68 (R.J. n°. 2.497), buque "NORLANDIA", ARROYO, Ignacio, *Jurisprudencia Marítima (1865-1987)*, Bosch, Barcelona, 1989, V.II, p. 916.

⁵Aunque, como queda dicho, el contenido del privilegio sobre la carga difiere sustancialmente del privilegio sobre el buque, la condición de marítimos que ambos ostentan ha determinado que algunos autores hayan agrupado a unos y a otros para darles un tratamiento monográfico más o menos unificado. Así ocurre, e.g., en BERLINGUERI, quien, en consonancia con la concepción italiana del Derecho de la Navegación, incluye también en su obra a los privilegios "aéreos". V. BERLINGUERI, Francesco, *I Diritti di Garanzia...cit.* También TETLEY, *op.cit.*, se ocupa de los *Liens on cargo* y, del mismo modo SIVERTOWN incluye el *lien for freight by carrier* en su estudio de los *maritime liens*. V. SIVERTOWN, *Law of Lien*, Butterworths, London, 1988.

materia⁶.

Tampoco encontramos en nuestra Jurisprudencia una construcción conceptual del privilegio que pueda servirnos de orientación general. Contrasta esta situación con el caso de Italia, donde la Corte di Cassazione ofreció los datos suficientes para poder definir el privilegio marítimo en sentido amplio, *i.e.*, incluyendo el privilegio sobre la carga⁷.

Distinta es la situación en el plano doctrinal. Aquí si pueden hallarse diversos ensayos definitorios. Así, para DUQUE el privilegio marítimo: «es una garantía sobre un buque ...que puede ser ejercitado directamente, sin necesidad de escritura pública, inscripción registral o sentencia de remate, contra el mismo buque, cualquiera que sea su titular actual, y que se encuentra dotado de cierta prioridad frente a otros créditos, incluso asegurados dotados de otras garantías inscritas en el registro mercantil»⁸.

Mucho mas escueta es la definición de GONZÁLEZ REVILLA. Este autor destaca dos factores de los que consta el

⁶En vano se buscará una definición en cualquiera de los Convenios sobre privilegios marítimos, en el *Codice della Navigazione* italiano o en la Ley francesa de 3 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Navíos. Tampoco los "estatutos" ingleses proporcionan un concepto de *maritime liens*, pues estos, se dice "son más fáciles de reconocer que de identificar". V. THOMAS, *Op.cit.*, p. 11.

⁷Nos referimos a la Sentencia de la Corte di Cassazione en el caso del buque "Parma", a partir de la cual el privilegio marítimo quedo configurado del siguiente modo: «*I privilegi marittimi sono cause di prelazione attribuite dal codice di navigazione, ad alcuni crediti nascenti dalla navigazione ed aventi per oggetto la nave, il nolo e le cose caricate; sono quindi un accessorio di determinati crediti e, a differenza del privilegio mobiliari, previsti dal codice civile, hanno sempre carattere speciale; essi inoltre hanno natura reale o affine a quella reale, tanto che danno luogo a un diritto di seguito e carattere temporale ossia sono limitati nel tempo, durano infatti no più di un anno; nel caso di alienazione della nave tale termine è ridotto a 60 giorni*». S.C.C. (Sezione II Civile), de 3.03.65. V. ETL, V.I, n° .2, 1966, p. 247.

⁸ V. DUQUE, *La responsabilidad*, *cit.*, p.28.

privilegio, *i.e.*, la realidad, en virtud de la cual el crédito grava la cosa aún cuando esta pasa a un tercero, y la prelación, que atribuye al crédito preferencia frente a los demás acreedores, incluidos los hipotecarios. Sentado lo anterior define el privilegio como un «derecho anexo por declaración de la ley a la cualidad del crédito»⁹.

En el Derecho anglosajón el *maritime lien* (que no parece diferir sustancialmente del privilegio marítimo continental) ha sido definido por TETLEY con las siguientes palabras: «A *traditional maritime lien is a secured right peculiar to maritime law (the lex maritima). It is a privilege against property (a ship) which attaches and gains priority without any court action or any deed or any registration. It passes with the ship when the ship is sold to another owner, who may not know of the existence of the lien. In this sense the maritime lien is a secret lien which has no equivalent in the common law; rather it fulfills the concept of a "privilege" under the civil law and the lex mercatoria*»¹⁰.

Por su parte, el informe de la Secretaría de la UNCTAD sobre el análisis preliminar para la reforma de la institución define los privilegios con claro posicionamiento anglosajón: «De una manera general del privilegio marítimo (*maritime lien*) se puede definir como un tipo de garantía privilegiada de créditos preferentes contra un buque por servicios que se le hayan

⁹V. GONZÁLEZ REVILLA, *op.cit.*, p.146.

¹⁰V. TETLEY, *Maritime liens and claims*, *op.cit.*, pp. 40-41. V. otras descripciones doctrinales en THOMAS, *op.cit.*, pp.11 y 12; en PRICE, *op.cit.*, pp.1-2; y en CONSTANT, Benjamin, *The Law relating to the Mortgage of Ships*, Sweet & Maxwell, London, 1920, Second ed., p.69.

prestado o por daños que haya causado, que se hará efectiva mediante un procedimiento jurídico *in rem* (es decir, contra el buque), que permitirá el embargo y la venta del buque para satisfacer el crédito, que goza de preferencia respecto de otros créditos y que sigue al buque cualquiera que sea su poseedor»¹¹.

Con todo, no podemos nosotros prescindir de la tarea de proponer un concepto capaz de integrar suficiente y coherentemente los principales elementos presentes en nuestra institución. Sólo mediante la presentación de una noción general y abstracta del privilegio marítimo podemos ofrecer una inicial idea de la materia sujeta a estudio.

Cierto es que la reconstrucción dogmática de un concepto jurídico está nutrida de dificultades, pues ha de ser el método inductivo el que nos conduzca a la elaboración conceptual propuesta. Y la inducción, que únicamente puede partir de un análisis previo, se compecece mal con cualquier construcción apriorística.

Ello no obstante, siquiera sea por concesión a las exigencias sistemáticas y a efectos de exposición nos ocupamos ya del concepto del privilegio marítimo. Ello en el bien entendido de que sólo el cuidadoso examen de los diferentes elementos y caracteres que configuran la institución podrá ir arrojando luz sobre su significado.

Con las anteriores aclaraciones entendemos por privilegio marítimo: «la prerrogativa concedida por la ley a determinados créditos marítimos (créditos marítimos privilegiados) que se

¹¹V. UNCTAD, *Privilegios Marítimos e Hipoteca Naval*, Informe de la Secretaría, Doc. TD/B/C.4/ISL/48, de 24 de julio de 1984.

traduce en la atribución a su titular de la triple facultad de persecución, realización y preferencia en la venta judicial del buque respecto al cual nació el crédito y para cuya satisfacción queda aquel real y especialmente afecto en garantía».

Salta a la vista entonces que el privilegio marítimo, por la amplitud de su contenido, contrasta, poderosa y llamativamente, con la noción de privilegio acuñado en el Derecho Común. Quizá es aquí donde reside su mayor singularidad. Si en el Derecho común el privilegio equivale, lisa y llanamente, a preferencia de cobro frente a los demás acreedores (*simple privilegiae exigendi*), el acreedor marítimo privilegiado dispone, además de dicha preferencia, de las facultades complementarias de persecución y realización. Es así como cobra todo su sentido y se explica la afirmación del profesor ARROYO de que el privilegio marítimo es un privilegio privilegiado¹².

¹²v. ARROYO, Ignacio, Reflexiones sobre la reforma del Código de la Navegación (Segunda parte), ADM, V. VII, 1989, p.10-11. Al respecto señala BRUNETTI que la estructura del privilegio marítimo es distinta a los privilegios de Derecho Civil. Mientras aquellos poseen un sello de "realidad", estos últimos no consisten más que en un Derecho de prelación acordado por la Ley, son meramente *privilegia exigendi* que no confieren poder inmediato sobre la cosa sino mediato sobre su valor..

Con otras palabras, y refiriéndose a nuestro Derecho común vigente, explica OLIVENCIA que el término "privilegio", tomado en sentido estricto, no expresa otra cosa que la preferencia concedida por la ley en atención a la naturaleza o causa del crédito. Pero la preferencia privilegiaría no agota las categorías de "preferencias", en el sentido de ruptura de la *pars conditio creditorum*, pues estas acompañan también a figuras de naturaleza jurídica diversa, particularmente los derechos reales de garantía. Se habla entonces de preferencia real. Esta realidad es conforme con nuestro Derecho histórico en el que, junto a los «privilegios» reconocidos a determinados créditos por su cualidad, naturaleza o causa, existen otros créditos dotados de preferencia, como los «hipotecarios» y los «escriturarios» o «quirografarios». La razón de la preferencia estribaba aquí en el carácter real del derecho o en el especial reforzamiento de la forma en que consta expresado el crédito y en la verosimilitud de la fecha de su nacimiento. Así las cosas se ha dicho que el privilegio se diferencia de la garantía real por cuanto el primero es algo interior al crédito mientras que la segunda es exterior. El privilegio es una cualidad inserta en el contenido normal del crédito, que se asienta en su naturaleza y viene siempre atribuido por el legislador. La garantía real, por el contrario, es un derecho accesorio de afección de un bien que acompaña al crédito para dispensarle una especial protección y que puede ser creado convencionalmente. V. OLIVENCIA RUIZ, Manuel, Los privilegios del crédito salarial (Sobre el reciente libro de B. Ríos Salmerón), Civitas-Revista

Claro es que la definición propuesta no describe en su totalidad el fenómeno de los privilegios. La riqueza y heterogeneidad de sus atributos y peculiaridades desaconseja recurrir a un concepto omnicomprendivo, que haga mención de todos ellos, pues se corre el riesgo de dificultar su cabal comprensión.

42.-Naturaleza jurídica: Los Derechos de garantía *in re aliena* y de realización del valor.

Corresponde ahora examinar el problema de la naturaleza jurídica de los privilegios. Esta tarea es, como siempre, indispensable para poder proceder al cabal encuadramiento de la institución dentro de los moldes o categorías típicas presentes en nuestro Ordenamiento y para la consiguiente determinación de su régimen jurídico. Una vez más, el método inductivo se muestra como el más idóneo para ponerse a la labor. La función de garantía que cumplen los privilegios y su definición conceptual habrán de ser los elementos a tener en cuenta a la hora de precisar la naturaleza del instituto.

Así, en primer lugar, puede observarse que el privilegio es un **derecho subjetivo de garantía** por cuanto consiste en una medida de refuerzo que se añade a un derecho de crédito para asegurar su satisfacción. Queda así el acreedor revestido de nuevas facultades¹³.

Española de Derecho del Trabajo, n°. 18, p.187.

¹³En sus *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, DIEZ PICAZO definía la garantía como «una norma de derecho o un precepto de la autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que el crédito por sí mismo no tiene, de tal manera que es esta adición o esta yuxtaposición lo que refuerza al acreedor la seguridad de que su derecho será satisfecho». DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1.972, p. 571.

Este derecho de garantía es además un **derecho de realización del valor**¹⁴, *i.e.*, un *iura in re aliena*¹⁵, que otorga al titular del crédito marítimo la facultad de solicitar la enajenación judicial del buque ajeno sujeto a la garantía con el fin de obtener su valor. Dicha facultad deriva de la existencia de un derecho de crédito, desde luego ejercitable en todo caso contra el deudor personal de la relación obligatoria, pero ejercitable asimismo a través de la realización del valor del buque y ello con independencia de que su titular dominical actual coincida o no con aquel deudor personal.

Más ocurre que cuando un derecho de garantía se califica simultáneamente de derecho de realización del valor sobre cosa ajena se está aludiendo a una categoría de derechos reales¹⁶

¹⁴Los derechos de realización del valor responden a la idea de que el tráfico económico permite al titular de un bien la obtención de crédito sin necesidad de desposeerse del mismo. El mismo bien permite su capitalización siempre que su valor quede especialmente afecto como seguridad de que el acreedor conseguirá ver satisfecho su derecho de crédito. V. LASARTE, Carlos, *op. cit.*, p. 271.

¹⁵Hay que observar que, frente a esta acuñada expresión se ha propugnado el empleo de la de "derechos limitados" ya que, cabe concebir que estos recaigan sobre una cosa desprovista de propiedad, como, por ej., es el caso de extinción del dominio por derelicción o abandono, que no impide la subsistencia de los derechos reales que pudieran existir sobre la cosa abandonada, pues, de lo contrario, se perjudicaría a terceros. V. DIEZ PIZAZO y GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1990, 5ª ed., V. III, p. 385.

¹⁶Tanto la denominación como la esencia del derecho real son tributarias del derecho romano, en el que se empleaba la expresión *iura in re* para designar el derecho de ejercer ciertas facultades sobre los bienes, con independencia de quien fuese propietario de dichos bienes. Se predica, en vista de ello, la existencia de una "inherencia" (o "adherencia") del derecho real sobre la cosa en que recae. V. LASARTE, *Curso cit.*, pp. 221-222).

Aunque la contraposición entre derecho real y derecho de crédito es clásica y está consolidada en la doctrina, lo cierto es que no existe ninguna definición o concepto legal de lo que ha de entenderse por derecho real. Desde luego la distinción entre ambos tipos de derechos es empleada con profusión por el Código Civil, en el que existen un conjunto de preceptos de los que cabe extraer importantes consecuencias jurídicas. Así se han señalado, como más representativas, las siguientes: La adquisición de los derechos reales por medio de contratos exige la entrega de la cosa, lo que no ocurre en los derechos personales (art. 609 y 1.095); Los actos y contratos que supongan adquisición, transmisión, modificación o extinción de derechos reales requieren una forma determinada (art. 1.280-1º); Los derechos reales poseen publicidad registral y no los derechos personales, con las consiguientes consecuencias

frente a terceros (arts. 605 y 606 y art. 9° del R.H.); El régimen de la prescripción es distinto para los derechos reales y los de crédito. Respecto a estos últimos no cabe usucapión y los plazos de la extintiva varían según se trate de unos u otros derechos (arts. 1.962, 1.963 y 1.964); Las reglas de competencia procesal difieren en función de la clase de derechos, reales o personales (art. 62 L.E.C.). DIEZ PICAZO, Luis, y GULLON, Antonio, *op. cit.*, pp. 38-39.

La doctrina clásica sobre la noción del derecho real lo configura como un poder directo e inmediato que se ejerce sobre la cosa, y que genera una relación directa sobre la misma. Por el contrario en el derecho de crédito estamos en presencia de una relación entre dos personas en la que, una de ellas, tiene la potestad de exigir a otra la realización de una prestación consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

De acuerdo con los estrictos moldes de esta doctrina, el derecho real reviste un carácter absoluto, que lo hace oponible *erga omnes*, de modo que se puede hacer valer coactivamente contra todos. Además, el derecho real es susceptible de ser lesionado por todo el mundo, mientras que el derecho de crédito puede serlo únicamente por el deudor, mediante el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de su prestación.

Frente a la doctrina clásica existe otra que ha venido negando la distinción entre los dos tipos de derechos. Para ello parten del presupuesto de que todo derecho conlleva un correlativo deber por lo que no pueden existir relaciones jurídicas nada más que entre personas. Al respecto se observa que todo derecho consiste en el poder de exigir a otra persona una determinada conducta, destinada a la satisfacción del interés del titular de aquel derecho. Cabalmente, no cabe hablar de derecho respecto a una cosa. En los llamados derechos reales es cierto que una persona disfruta de un singular goce o utilización de una cosa, pero ello es así sólo porque a todos los demás se les impone un general deber de abstención, exigible por el titular del derecho real, de tal forma que no pueden concurrir con él en el mencionado goce o utilización de la cosa.

En una posición intermedia, que pretende ser ecléctica, se posicionan los autores, que elaboran su teoría distinguiendo entre el aspecto "interno" del señorío directo e inmediato del sujeto sobre la cosa, y el aspecto "externo", relativo a la obligación pasiva universal por la que los terceros han de abstenerse de perturbar aquella situación de señorío.

Ahora bien, como señala DIEZ PICAZO y GULLON, ninguna de estas posiciones doctrinales carece de contradicciones por lo que no pueden ser aceptadas en su plenitud.

Así, desde la doctrina clásica difícilmente puede explicarse el hecho de la existencia de derechos, calificados como reales, en los que falta el poder directo e inmediato sobre la cosa, o de derechos, calificados como personales, en los que, por el contrario, sí se da aquel poder (Por ej. el derecho del arrendatario o del comodatario). Tampoco resulta acorde con esta doctrina el que haya ciertos derechos reales no susceptibles de lesión por terceros (Ej. la Hipoteca) y ciertos derechos de crédito que pueden ser lesionados tanto por el deudor como por un tercero (Por ej. destruye la cosa que el deudor venía obligado a entregar).

Mayores dificultades plantea la doctrina de la negación de la distinción, si se repara en que existen numerosísimos casos en que no se da invasión alguna de la esfera del titular del derecho real por parte de los terceros, el cual desarrolla su actividad de forma pacífica. Según dicha doctrina el derecho real nacería simultáneamente con el deber de excusión, lo cual no ocurriría hasta el momento en que tuviese lugar un incumplimiento del universal deber de abstención. Con ello no sería posible explicar la vida anterior del derecho real.

Por último, la doctrina ecléctica, al presentarse como superadora de las dos anteriores ha conseguido incorporar los defectos de una y de la otra.

Ante semejante panorama, DIEZ PICAZO y GULLON, concluyen que la distinción entre derecho real y derecho de crédito es ciertamente relativa. En la realidad del ordenamiento, conformada, en buena medida, por la voluntad del legislador, de acuerdo con criterios diversos de política legislativa, podemos encontrar dos grupos de derechos que se diferencian por sus efectos frente a terceros. Ahora bien, no existe, en todos los casos, una

, i.e., los derechos reales de garantía.

En efecto, se habla de derechos reales de garantía siempre que se quiere describir la situación jurídica en cuya virtud y mediante el poder de ejecución de la cosa, se asegura el cumplimiento de la obligación de la que es acreedor el titular del derecho real, pudiendo satisfacer su crédito directamente del valor de la cosa en caso de incumplimiento por parte del deudor¹⁷. En otras palabras, las garantías son reales cuando recaen sobre cosas determinadas y concurre junto a la nota de la preferencia, la de la oponibilidad *erga omnes*.

Ello ocurre, sin duda, en los derechos *in re aliena* de realización del valor, cuyas figuras clásicas y características son la prenda, la hipoteca y la anticresis. Pues bien, los privilegios reúnen las mismas características que suelen predicarse de los derechos reales de garantías, i.e., accesoriadad, indivisibilidad, realización, preferencia,

correlación entre situación jurídica de poder directo e inmediato sobre una cosa y su oponibilidad *erga omnes* (Por ej. en el arrendamiento, no inscrito, del Código Civil, se da lo primero y no lo segundo, mientras que en la opción de compra tenemos un caso inverso).

Por ello, sugieren, los mencionados autores, que sería más útil y menos problemático hablar de: "situaciones jurídicas dotadas de oponibilidad a terceros y carentes de ella". Pero a continuación, y haciendo lo que parece ser un ejercicio de resignación, añaden que la distinción tradicional es la que se fija predominante, no en los efectos frente a terceros, sino en la estructura del poder que confieren a su titular, sea este directamente sobre la cosa, o sobre el deudor de la obligación. Admiten, por tanto, la calificación de derechos reales, aunque previenen sobre el error de considerar todos ellos oponibles *erga omnes*. V., sobre todas estas ideas: DIEZ PICAZO y GULLON, *Ibíd.*, pp. 38-43.

¹⁷De hecho, a la hora de clasificar los derechos reales se suele partir siempre de una distinción básica. Por una parte, la propiedad, como prototipo o derecho real por excelencia, que implica el máximo grado de ejercicio de señorío sobre una cosa y que, como derecho pleno, se contrapone a la otra parte, esto es a los "derechos reales limitados"; "derechos fraccionarios" o "derechos en cosa ajena" (*iura in re aliena*), que, o bien no otorgan todo el poder sobre una cosa, o bien limitan, comprimen o impiden el libre ejercicio de la propiedad. Desde otra perspectiva, atendiendo a su función económica, se distingue entre los "derechos reales de goce" y los "derechos de realización de valor".

especialidad y reipersecutoriedad¹⁸.

43.-Los privilegios como derechos reales de garantía.

Forzoso es ,por tanto, concluir que los privilegios marítimos son una figura más de la categoría de los **derechos reales de garantía**. Y como ocurre con los demás derechos de ésta naturaleza, a la "realidad" de la garantía no puede oponerse el indiscutible hecho de la ausencia de señorío inmediato y directo sobre el buque, pues lo relevante son los efectos que produce el privilegio ante terceros y no la estructura de poder que confiere a su titular¹⁹.

¹⁸v. esta caracterización general de los derechos reales en LASARTE, *op.cit.*, pp.272-274. V.*infr.*, Parte Cuarta.

¹⁹ Sobre esta materia hay que tener en cuenta que la naturaleza real de la propia hipoteca no es una cuestión que la doctrina admita pacíficamente. Por el contrario, dicha naturaleza se ha puesto en duda en base a variados argumentos. Todos ellos parten del hecho de que, en los derechos reales de garantía, no se da el presupuesto del poder inmediato y directo del titular para la satisfacción de su interés. Según un sector doctrinal, su cabal significado estriba en el hecho de que se acota o separa especialmente una cosa del patrimonio del deudor para que responda de sus obligaciones. Ello no es más que una manifestación particularizada del principio general de afección universal de todo el patrimonio del deudor, contenido en el art. 1.911 del Cód. Civil, particularidad que es compatible y coexistente con aquel principio, salvo en los casos expresamente admitidos por la ley. V. DIEZ PICAZO y GULLON, *op.cit.*, p.53. Es cierto que falta en la prenda y en la hipoteca el poder directo e inmediato sobre el bien ,que se da en los derechos de goce, ya que el acreedor precisa, para satisfacer su interés, del concurso de un intermediario: el órgano judicial. Sólo el derecho del acreedor anticrético que entra en posesión de la cosa gravada y goza directamente de sus frutos podría ser calificado, en puridad, de derecho real. A juicio de DIEZ PICAZO y GULLON, la esencia de los derechos de garantía ha de buscarse en las notas de la preferencia para el cobro y la oponibilidad *erga omnes*, insistiendo en la singular seguridad que supone para el acreedor el hecho de que unos bienes determinados quedan como separados del patrimonio y se destinan a la exclusiva satisfacción de su crédito, sin que a los mismos tengan acceso el resto de los acreedores. Por ello, si bien es cierto que, fijándonos sólo en el dato del señorío directo sobre la cosa, habría que negar la "realidad" de la prenda y la hipoteca, tal "realidad" resulta, en cambio, palmaria, si ponemos en acento en los elementos que componen la genuina estructura de los derechos de garantía, *i.e.*, la preferencia y la oponibilidad *erga omnes*.

En suma, la determinación de la naturaleza jurídica de los derechos de garantía, se halla en íntima conexión con la cuestión previa de la naturaleza de los derechos reales. Si para la concepción de éstos últimos se parte del presupuesto dogmático de la exigencia en todo caso de la inmediatez del derecho de goce sobre la cosa, ciertamente los derechos de garantía no serían reales. Si, por el contrario, dicha concepción se desplaza, haciendo gala de un "sano realismo" hacia el dato ,en definitiva mas importante, de los efectos

Esta configuración de garantía real del privilegio fue precisamente la que tenía en mente nuestro legislador cuando aprobó el C. de c. Así se reconoce explícitamente en su Exposición de Motivos cuando habla de la "garantía real" que supone el buque para todos quienes contratan con su capitán o naviero²⁰.

Y no es otra la posición mantenida, de manera prácticamente unánime, por nuestra doctrina, que partiendo de la observación de las que las facultades de que está investido el acreedor marítimo privilegiado, i.e., reipersecutoriedad, realización y preferencia, entiende que a su derecho asiste una indudable naturaleza real.

Así GARRIGUES, afirma que , si los acreedores pueden embargar y hacer vender el buque después de haber sido éste

que produce una situación jurídica frente a terceros, estaremos en presencia de derechos reales de garantía. Esta es la postura mantenida por DIEZ PICAZO y GULLON, *op. cit.*, pp. 497-498. Separándose parcialmente de DIEZ PICAZO Y GULLON, estima HERNÁNDEZ MARTI que la existencia de un derecho real de garantía requiere tan sólo de la presencia de dos elementos esenciales: el de realización y el de persecución, sin que el derecho de prelación resulte consustancial a la estructura de la garantía real. Señala éste autor que : «No compartimos la opinión de quienes consideran que los derechos reales tienen el doble alcance de conferir al titular un derecho de persecución y un derecho de preferencia, pues este último lo poseen también derechos de crédito (p.ej., laborales) y no por ello tienen una naturaleza real». V. HERNÁNDEZ MARTI, Juan, *El embargo preventivo de buques según el Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1.952, RDM*, núms. 147-148, 1.978, p.116. Creemos , sin embargo, que el hecho de que existan simples privilegios *exigendi* en nuestro Derecho no afecta al haz de facultades ínsito en todo derecho real sobre cosa ajena. Conocida es la incongruencia que supone la disociación entre reipersecutoriedad y preferencia, cuestión ésta sobre la que insistiremos en seguida.

²⁰En efecto, la Exposición de motivos , al mostrar su deseo de proteger los intereses ligados al comercio marítimo, dice que éstos "quedarán mas asegurados ofreciendo a todos los que contraten con la nave o capitán del buque la garantía real del mismo. Por otra parte , señala, la misma Exposición, como objeto de la certificación del Registro de buques, el de hacer constar en ella ciertos créditos a los que los buques se hallen afectos de una manera especial privilegiada. El texto de la Exposición de motivos a que , en concreto, nos referimos es el siguiente: «El Proyecto, al aplicar estos principios, se inspira también en los intereses del comercio marítimo, que quedarán más asegurados ofreciendo a todo el que contrata con el naviero o capitán del buque la garantía real del mismo , cualesquiera que sean las facultades o atribuciones de que se hallen investidos». Tomado de ILLESCAS ORTIZ, Coord., *Derecho Mercantil-Textos legales*, Ariel, Barcelona, 1.990, p.72.

enajenado, es evidente que disfrutaban de uno de los atributos del derecho real: el de perseguir frente a terceros adquirentes la cosa sobre la que recae aquel derecho. Y es lo cierto, dice el maestro, que tal derecho no puede ser negado a la vista de los antecedentes y de los artículos 582 y 584 del C. de c., a no ser recurriendo a la inaceptable y forzada ficción de que el buque sigue en propiedad del vendedor que contrajo la deuda²¹.

Tampoco URIA duda en calificar de verdadera **garantía real** sobre el buque al derecho de los acreedores marítimos privilegiados, calificación que resulta posible a la vista del derecho de persecución que, para instar el valor de realización del buque, otorga a aquellos el artículo 584 del Código. Señala

²¹Explica GARRIGUES como el *droit de suite* no aparece expresamente mencionado ni en las Ordenanzas de Colbert ni en el Código francés. Estos textos únicamente dicen que los buques quedan afectos a las deudas que tenía su naviero vendedor y que podrán ser embargados para satisfacerlas. No puede extrañar, por ello, que los autores franceses hayan discutido acerca de la verdadera naturaleza jurídica del derecho de persecución otorgado a los acreedores marítimos. Y, con RIPERT, opina que puede existir derecho de preferencia sin derecho de persecución pero no a la inversa, ya que la reipersecutoriedad implica una oposición *erga omnes*, mientras que la preferencia solo es oponible a una cierta categoría de interesados y en provecho de ciertos acreedores. Por ello no tiene sentido que el derecho de persecución se pueda hacer valer frente a todo el mundo menos frente a los acreedores. V. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1974, 6ª ed., T.II, p. 552. V. *sup.* §15. Sea como fuere, y aunque en el derecho español se echa de menos una clara determinación legal de la naturaleza y contenido del privilegio marítimo, no cabe duda de que éste se inspira en el *droit de suite* francés, adoptado por el Código de 1.829, del que pasó al actual. Es así como resulta indubitada la facultad de reipersecutoriedad que asiste a los acreedores marítimos privilegiados. En particular son los artículos 582 §2 y 584 del C. de c. los preceptos que permiten deducir la existencia en nuestro Código del Derecho de persecución sobre el buque. En efecto, el art. 584 nos dice que los buques afectos a la responsabilidad de los créditos expresados en el artículo 580 podrán ser embargados y vendidos judicialmente, y el segundo párrafo del artículo 582 establece que los acreedores marítimos conservarán su derecho frente al buque aunque este se haya vendido estando de viaje. Ciertamente es, observa GARRIGUES, que el artículo 584 no aclara si la venta para pago de acreedores puede ser efectuada una vez que el buque ha cambiado de propietario y no pertenece por ello a la misma persona que contrajo la deuda. Pero inmediatamente añade que, del propio precepto como de la Exposición de motivos se desprende la idea de que el legislador quiso ofrecer a los acreedores una *afección real* del buque, por lo que no resulta posible negar la facultad reipersecutoria de que aquellos gozan, como no sea recurriendo a la ficción de que el buque sigue en propiedad del vendedor que contrajo la deuda y por ello afecto a sus acreedores hasta que sean satisfechos. V. GARRIGUES, *Ibid.*, p.554.



URIA el "desbordamiento" que el derecho de persecución produce en el sentido peculiar del privilegio marítimo, que es el de la preferencia que establece el artículo 580²².

Asimismo, SANCHEZ CALERO y RUIZ SOROA, nos hablan del **carácter real** que caracteriza al derecho de los acreedores marítimos privilegiados y que se manifiesta particularmente en las consabidas facultades de persecución, realización y preferencia²³.

Y, en fin, la naturaleza de garantía real de los privilegios marítimos ha sido también admitida por el profesor ARROYO: «se ha dicho y se ha dicho con razón, que el privilegio marítimo es una suerte de derecho real de garantía, que afecta al bien, golpeándole allí donde se encuentre, con independencia incluso de su titular»²⁴, y por la generalidad de los autores que se han ocupado del tema, con particular consideración al régimen consagrado por nuestro C. de c. (arts. 580, 582 y 584)²⁵.

²²V. URIA, *op. cit.*, pp. 987-988.

²³ V. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Clares, Valladolid, 1978, p. 545; y RUIZ SOROA, *Manual...cit.*, p. 53.

²⁴V. ARROYO, Ignacio, *Reflexiones...cit.*, p. 37.

²⁵Así, pueden verse, VIDAL SOLA, *Jurisprudencia Comercial Marítima*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 97 nota (128) y p. 153 nota (173); PEREZ PEREZ, *op. cit.*, p. 19; RUBIO, *Algunos comentarios al artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil*, RCDI, n.º. 454, Mayo-Junio, 1.966, p. 608 -Nota 12 *in fine*-; FARIÑA, *op. cit.*, p. 231; GAMECHOGOICOEHEA, *op. cit.*, pp. 70 y 73; DUQUE, *Notas sobre la publicidad del naviero*, RDM, 1970, p. 181; GONI ETCHEVERS, *La hipoteca y los créditos privilegiados...cit.*, p. 4; GONZÁLEZ REVILLA, *op. cit.*, p. 30; RIOS SALMERON, *op. cit.*, pp. 138-139; HERNÁNDEZ MARTI, *op. cit.*, pp. 117-118; DUQUE, *Notas...cit.*, p. 181; y CORA RODRIGUEZ, *op. cit.*, pp. 100-101. En el mismo sentido parece pronunciarse VALLET, quien no obstante parece restar importancia a la calificación para centrarse en los efectos reales inherentes a los privilegios. VALLET está, sin duda, pensando en la existencia de una perfecta correlación y armonía entre el patrimonio naval y el carácter privilegiado de los créditos marítimos cuando nos dice que la prelación de éstos últimos viene regulada con criterio teleológico y sin prejuicios conceptuales, respecto a la unidad que forma la fortuna de mar. Por ello, y con independencia de su calificación dogmática, lo cierto es que a los créditos marítimos se les concede reipersecutoriedad, tanto si se les adjetiva como garantías reales o simplemente como

Por lo que respecta a nuestra jurisprudencia sobre la materia, aunque la misma es escasa por no decir inexistente, al menos la única sentencia del Tribunal Supremo que conocemos se pronuncia resueltamente a favor de la conceptualización del privilegio como derecho real de garantía.

En efecto, la STS de 29.11.27, relativa a un contrato de suministro de buque habla de la «responsabilidad de la nave»²⁶ como mecanismo de garantía que el legislador ha establecido a favor de los terceros que contratan con los navieros y capitanes. A continuación afirma la naturaleza de garantía real que poseen los privilegios marítimos cuando observa:

«Que igualmente procede desestimar el segundo de los motivos porque si bien los derechos reales no pueden ser definidos con carácter general y si especial y determinadamente, es indudable que las obligaciones de los capitanes como mandatarios y el especialísimo derecho de abandono del buque, da lugar a una garantía real en beneficio de los intereses del comercio marítimo a fin de que queden siempre asegurados los derechos de tercero, y de esta manera hay que interpretar los artículos 580 y 584 del

privilegios navales.V. *op.cit.*,p.171.

²⁶Obviamente la noción de la personalidad del buque (el buque como sujeto de derechos) no es mas que una ficción jurídica, o, en palabras de DUQUE, una expresión "ingenuamente aproximativa", que trata de describir la peculiar situación en que se encuentra un buque cuando es objeto de relaciones jurídicas. El término "responsabilidad del buque" quiere indicar un fenómeno que tiene lugar en el plano del objeto de las relaciones de responsabilidad, sin perjuicio de que, dicho término, haya logrado jugar un cierto papel técnico en los textos legislativos: ej. : "abordaje imputable a ambos buques", en el art. 827 C.c. En ese sentido, cuando se habla de responsabilidad real de un buque no se alude sino a su especial sujeción, como garantía de la satisfacción de créditos dimanantes de las relaciones jurídicas nacidas con ocasión de la explotación del buque y establecidas entre quienes llevan a cabo tal explotación y los titulares de dichos créditos. V. DUQUE, *La responsabilidad real...cit.*, p.17. Mas relevancia parece haber tenido el concepto en la construcción anglosajona del *maritime lien*, en la medida en que, en ese sistema jurídico, el buque, como persona, se considera responsable *in rem*, cuando su armador no lo es *in personam*. Pero incluso allí se trata de una ficción jurídica.

Código de comercio»²⁷.

Esta caracterización de garantía real propia de los privilegios marítimos se halla también consagrada en las fuentes internacionales. Así el Convenio de Bruselas concibe los privilegios marítimos con tal naturaleza al establecer el típico *ius perseguendi* de los derechos reales, tal y como gráficamente subraya el art. 8° : «siguen al buque aunque cambie de dueño». En el mismo sentido se ha mencionado el artículo 5 del Convenio de 1967 como patente muestra de que la naturaleza jurídica del privilegio marítimo es la de un derecho *in rem*²⁸.

Finalmente ,y a grandes rasgos, puede decirse que el Derecho comparado más significativo también se ha inclinado por la construcción real del instituto. Este es el caso, no sólo de

²⁷ STS (Civil) de 29.11.27 (Col Leg. n°. 146, p. 698), buques "Villamanrique" y "Macarena". V. ARROYO, *Jurisprudencia Marítima (1865-1987)*, Bosch, Barcelona, 1989, V.I., 390-393. Para una mejor ilustración, transcribimos a continuación el relato de los hechos realizado por CORA RODRIGUEZ: «se ventilaba un caso en que se había suministrado combustible a un buque para realizar un viaje de Valencia a Copenhague con un cargamento de mercancías y que la entidad suministradora del combustible no había cobrado en el momento por tener la garantía propia del buque, asumiendo así la condición de un acreedor marítimo privilegiado. Ante la circunstancia de que en el recibo de combustible figurase una persona distinta del capitán y del naviero, éste se negó al pago del importe, negativa que no prosperó al ser condenado a dicho pago en la sentencia de casación, al propio tiempo que se establecía como doctrina que la naturaleza especial del comercio marítimo y la importancia extraordinaria del mismo para el desarrollo de la industria comercial y la riqueza pública, ha dado lugar a que todas las legislaciones garanticen los derechos de los terceros en la contratación con los navieros y capitanes, concediendo muchas garantías a aquellos y muchas responsabilidades a la nave a fin de que no se paralice la vida mercantil y el tráfico marítimo, y así, en el caso contemplado, la entidad suministradora del combustible no podía tener otro conocimiento que el de la propiedad del buque, según el Registro mercantil, siéndole ajenas todas las incidencias entre el naviero y demás personas que intervenían en el fletamento, bastándole justificar que el combustible había sido suministrado al buque, no como mercancía ni a flete, sino con el exclusivo fin de aprovisionamiento para poder cumplir su cometido de navegar y realizar el viaje proyectado porque en ese caso redundaba en beneficio del buque». V. CORA RODRIGUEZ, *op.cit.*, pp.101.102.

²⁸ V.MANCA, Plinio, *International Maritime Law*, Ed. ETL, Antwerpen, 1071, 3rd. V., pp.391-392. También, ASSER, *Segundo Informe*. Comisión Internacional sobre Privilegios e Hipotecas Marítimas. (Doc. HYPO-17 (5-64), en REDM, N°.11, Julio-Septiembre 1965, p.269.

aquellos Ordenamientos que, como Francia²⁹ o Italia³⁰ han incorporado el modelo presente en el Convenio de Bruselas de

²⁹En el Derecho francés, el artículo 39 de la Ley de 3 de Enero de 1967 introdujo la facultad reipersecutoria, típica de los derechos reales, reproduciendo el texto del Convenio de Bruselas de 1.926. RODIERE, distingue entre las garantías reales (*sûretés réelles*) y otras garantías que no constituyen propiamente derechos reales. Entre las primeras incluye a los *privilèges sur le navire* y a la *hypothèque maritime*. V. RODIERE, *Le navire...* cit., p.133.

³⁰En el Derecho Italiano la situación es más compleja y mayor ha sido la atención que la doctrina ha puesto en esta materia. Así BRUNETTI dedica el Capítulo IV del Libro Segundo del Tomo I de su *Derecho Marítimo Privado Italiano* a los "Derechos Reales de Garantía" tratando como tales a los privilegios sobre la nave y a la hipoteca. Respecto a la naturaleza de los privilegios afirma : «contrariamente a los privilegios del derecho civil, aún de los especiales, los marítimos constituyen a favor de su titular, un *derecho real*, análogo a aquel del acreedor pignoraticio. Consiste la *realidad*, en el derecho del acreedor garantizado sobre la cosa, de poder perseguirla de manos de cualquier tercero poseedor, para hacer valer sus derechos crediticios a aquellos derechos e preferencia que la ley asegura en el concurso de varios acreedores». V. BRUNETTI, *op.cit.*, p. 474-475. Hay que tener en cuenta que BRUNETTI realiza sus comentarios a partir del Derecho positivo que, a la sazón, estaba constituido por el C. de c. italiano. El *Código della Navigazione*, que contiene el régimen actual, ha reproducido las normas del Convenio de Bruselas de 1926, estableciendo claramente el derecho de persecución de los privilegiados (art.557), i.e., la facultad que convierte los derechos de garantía en derechos reales. Sin embargo, BERLINGUERI diferencia entre "derechos de garantía", "derechos reales" y "derechos personales". A la primera categoría pertenecen la hipoteca naval y los privilegios marítimos (que no difieren en cuanto al contenido de su estructura sino en lo relativo a su publicidad y dinámica). El autor parece seguir la tesis procesalista cuando sitúa la nota diferencial de los derechos de garantía (frente a los reales y de crédito) en el hecho de que éstos se proyectan para desplegar sus efectos en la fase patológica de la relación jurídica principal que garantizan. V. BERLINGUERI, *I Diritti di Garanzia...* cit., pp. 35-37. Y, ciertamente, el artículo 6 del *Código* habla «*La proprietà, gli altri diritti reali e i diritti di garanzia*». No obstante, el mismo autor aclara, en otro lugar de la misma obra, que el proyecto ministerial del que luego sería el artículo 6 del *Código* decía : «*La proprietà e gli altri diritti reali, compresi i privilegi sulla navi e gli aeromobili...sono regolati dalla legge nazionale della nave o dell'aeromobile*», proyecto cuya modificación posterior obedeció exclusivamente a una necesidad de coordinación con el Código civil y nunca a un deseo de excluir a los privilegios marítimos de la norma. Esta incluye tanto a la hipoteca como a los privilegios dentro de la categoría de los derechos de garantía. V. BERLINGUERI, *Ibid.*, p. 23, nota (61).

Lo cierto es que esta distinción entre derechos reales y derechos de garantía se encuentra presente, por otra parte, en el artículo 6 del *Codice*. Pero MANCA, refiriéndose a éste precepto, señala que : «*It is the unanimous and wellfounded opinion of Italian jurists that maritime liens and mortgages are guarantee rights in rem*». V. MANCA, *International...* cit., p.389. Finalmente, la Sentencia, ya aludida, de la Corte di Cassazione (3.03.65), ha considerado que el privilegio marítimo «*hanno natura reale o affine a quella reale, tanto che danno luogo a un diritto di seguito*».

1926, sino también del Derecho alemán³¹ y -en cierto modo- del Derecho inglés³².

44.-Las hipotecas legales tácitas y los privilegios.

La ausencia de publicidad registral y el nacimiento legal, característicos de los privilegios marítimos, no puede esgrimirse para rechazar su calificación como auténticos derechos reales de garantía. Ello es así por cuanto la publicidad, aún constituyendo un principio básico de la recta organización del sistema hipotecario, no es un elemento estructural imprescindible del más típico de aquellos derechos, *i.e.*, la hipoteca. Y tampoco lo es su origen contractual.

Conocida es la figura histórica de la hipoteca legal y la

³¹Como indica GARRIGUES, el sistema germano consagrado en el C.de c. alemán, prevé un derecho de prenda legal, sin tradición ni publicidad, a favor de todos aquellos acreedores cuyo crédito ha nacido con ocasión de la explotación del buque en la expedición marítima. A todos ellos se considera y denomina acreedores navales. La naturaleza de derecho real que posee esta figura se afirma claramente, tanto en lo que respecta a su nombre (*Pfandrecht*) como en lo que se refiere a sus efectos: reipersecutoriedad y preferencia. El derecho de persecución permite oponer el crédito del acreedor naval frente a cualquier poseedor y ahí estriba su interés para los acreedores. Estos no gozan de la facultad de obtener directamente la posesión del buque sino que han de instar la venta judicial, asimilándose así la posición del acreedor naval alemán a la del acreedor hipotecario. A semejanza del "privilegio" latino, la preferencia de aquel es absoluta frente a los demás acreedores en relación con el precio obtenido en la ejecución forzosa del buque. En caso de concurrencia de varios acreedores navales, la prelación se establece en base a criterios dominados por el principio de la posterioridad. V. GARRIGUES, *op.cit.*, p. 552-553.

³²Aunque la propia estructura del sistema del *common law* se opone a construcciones dogmáticas, el Derecho anglosajón configurara los *maritime liens* con los atributos propios de los derechos reales de garantía civilistas, si bien dotando a la institución de un marcado significado procesal. Ello es así, hasta el punto de que se afirma que los *maritime liens* sólo se perfeccionan o cristalizan mediante el ejercicio de la *actio in rem* que legitiman. Los *maritime liens* se imponen directamente contra el buque y no se ven afectado por el hecho de que aquel cambie de propiedad. Pero la perfección o cristalización de éste derecho tiene lugar cuando se traduce en una *actio in rem* contra el buque en la Jurisdicción del Almirantazgo. El *maritime lien* «travels with the thing into whatsoever's possession it may come»; «gives a right against the ship, which continues notwithstanding a change of owner ship»; «is perfected or crystallised by an action in rem». V. los correspondientes *leading cases*, en THOMAS, *op.cit.*, p.14.

evolución que ésta sufre en nuestro Derecho³³ hasta cristalizar

³³ En nuestro derecho antiguo se entendía por hipoteca legal la creada directamente por disposición de la ley para el caso de que se diese un hecho en ella previsto. Verificado dicho hecho desplegaba todos sus efectos aún sin ningún requisito de publicidad, por lo que se conocían como tácitas. Su eficacia era poderosa en el sentido de que se anteponían a los acreedores por hipoteca convencional y a casi todos los demás acreedores. De hecho, únicamente poseían preferencia frente a las hipotecas legales tácitas, los acreedores por trabajo personal, alimentos, gastos de funeral, última enfermedad y los de testamentaria, todos ellos considerados "singularmente privilegiados".

Esta situación suponía la existencia de un "sistema" hipotecario, deficiente y anacrónico, verdadero *laberintus creditorum*, que precisaba de una reforma en profundidad, pues como observan DIEZ PICAZO y GULLON, las hipotecas tácitas son los mayores enemigos de un sistema jurídico inmobiliario basado en la publicidad registral. Por ello, la Ley Hipotecaria de 1.861 llevó a cabo una gran reducción del número de hipotecas legales que existían anteriormente, que, además eran generales y no especiales, pues no concretaban el bien sobre el que quedaban afectas, sino que gravaban cualquiera de los del deudor. V. DIEZ PICAZO y GULLON, PP. 514-515.

La tarea fue emprendida y resuelta por la Ley Hipotecaria de 1.860. La reforma produciría una reducción de las hipotecas legales, dejando únicamente subsistentes las de "Derecho de familia", las que tienen por acreedor al Estado y las que tienen por acreedor a los aseguradores. Así, quedaron los siguientes casos: "la de las mujeres casadas sobre los bienes de sus maridos, por sus aportaciones al matrimonio entregadas al marido por escritura; la de los hijos sobre los bienes de sus padres, por los que éstos deban reservarles y por los de su peculio adventicio; la de los hijos del primer matrimonio sobre los bienes de su padrastro, por los que la madre haya administrado o administre, o por los que deba reservarles; la de los menores o incapacitados sobre los bienes de sus tutores o curadores, por los que éstos hayan recibido de ellos y por la responsabilidad en que incurran; la del Estado, de las provincias y de los pueblos, sobre los bienes de los que contraten con ellos o administren sus intereses, por las responsabilidades que contrajesen; y sobre los bienes de los contribuyentes por los impuestos que graviten sobre ellos así como sobre los de los asegurados, en ambos casos, en los términos en que enseguida señalaremos.

Pero lo más importante de la reforma no fue la reducción operada en el número de hipotecas legales, sino su conversión desde tácitas en expresas. En efecto, con sólo dos excepciones (en realidad una), todas las demás hipotecas legales pasaron a ser especiales, expresas e inscritas en el registro (art. 159). V. GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, pp.275-284. En efecto, el análisis de los precedentes muestra como el legislador quiso hacer borrón y cuenta nueva con el sistema anterior de hipotecas legales tácitas, siendo su intención la de eliminarlas completamente y sin ninguna excepción, sin perjuicio de mantener una categoría de hipotecas legales expresas como técnica dispensadora de protección real de los singulares intereses que tradicionalmente habían merecido semejante especial tutela. La exposición de motivos de 6 de Junio de 1860 del proyecto de Ley Hipotecaria razonaba la necesidad de convertir las hipotecas legales tácitas en expresas mediante el concurso de la voluntad constitutiva de las personas para la tutela de cuyos intereses nuestro Derecho histórico había tradicionalmente acuñado la figura. Las palabras utilizadas fueron las siguientes: «La ley no debe ser más solícita en proteger los derechos individuales que aquellos á quienes mas inmediata y directamente corresponden. Si estos renuncian á la garantía que para la seguridad de sus derechos pueden exigir y lo demuestran por el hecho de no reclamarla, semejante descuido no es imputable al legislador, que no debe considerar como incapaces de mirar por sí mismos á todos los que componen el cuerpo social, ni ejercer sobre ellos una tutela perpetua. Este es el fundamento de la supresión de algunas hipotecas legales: el proyecto se limita aquí á declarar que los particulares son árbitros en pedir y estipular las hipotecas que quieren, pero que la ley no viene por un acto soberano á suplir su silencio ó interpretar su voluntad: estipule cada uno lo que mejor estime respecto á garantías, el legislador respeta y da fuerza coactiva á la espresión de la

en la doble categoría de hipoteca legal expresa e hipoteca legal tácita, siquiera haya quedado ésta última concebida como un supuesto verdaderamente excepcional³⁴.

voluntad de los contrayentes , pero no la suple ni la completa; no supone que quieren garantía cuando no la conciertan; no induce una presunción *iuris et de iure* para dar á su silencio una interpretación equívoca muchas veces, y forzada otras...Estas hipotecas ocultas son el vicio mas radical del sistema hoy vigente, y de tal modo es necesario que desaparezcan, que si subsistieran, aunque fuera solo como excepción para proteger á las personas á que con ellas quiso favorecerse, las hipotecas tácitas no inscritas serían mayores en número que las inscritas. La excepción anularía la regla general y quedaría completamente destruida la obra proyectada». V. el texto transcrito en ATAZ LOPEZ, J. et al, *Derecho Civil III Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, PPU, Barcelona, 1990,p. 48-49.

De este modo, y como regla general, la hipoteca legal posee un carácter expreso. Se precisa de un supuesto de hecho especialmente mencionado por la ley para que pueda nacer el derecho a exigir la constitución de la hipoteca. La hipoteca no existe automáticamente por disposición de la ley , sino que ésta concede derecho, a determinadas personas, a exigir su constitución. Si tal derecho (que puede exigirse sobre cualesquiera bienes inmuebles o derechos reales de que pueda disponer el obligado a prestarlas) no es ejercitado hasta lograr la inscripción del título, la hipoteca no existe. Es así como las hipotecas legales suponen normalmente la obligación legal que pesa sobre determinadas personas para que esta constituyan hipoteca. A dicha obligación se contraponen un derecho subjetivo, también derivado de la ley, que faculta a su titular para exigir del obligado el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, la cual habrá de ser inscrita en el Registro. Tan sólo después de la inscripción se producirán los efectos propios de una auténtica hipoteca. Esta concepción de las hipotecas legales viene establecida básicamente por los artículos 158 y 159 de la L.H. El primero de ellos establece que : «Sólo serán hipotecas legales las admitidas expresamente por la Ley con tal carácter. Las personas a cuyo favor concede la Ley hipoteca legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho». Por su parte, el artículo 159 dispone : «Para que las hipotecas legales queden validamente constituidas , se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan.» V., también, art. 1.875 C.c.

³⁴Con todo, y a pesar de las decididas declaraciones de la exposición de motivos, el legislador se vio finalmente obligado a dejar subsistentes dos supuestos de hipotecas legales tácitas en atención a las dificultades que presentaba su inscripción. Se origina así la actual distinción entre hipotecas legales tácitas e hipotecas legales expresas. Frente a éstas últimas, que, según queda dicho, precisan, para desplegar sus efectos, de la participación constitutiva de la persona a cuyo favor se crean y de su posterior inscripción registral , las tácitas u ocultas existen y son plenamente operativas directamente por disposición de la ley y sin necesidad de acto de creación ni de publicidad registral alguna.

A decir de la doctrina la vigente legislación civil reconoce solo tres casos de hipotecas tácitas, que recaen sobre bienes individualizados. El primero tiene por beneficiario al Estado, provincia o municipios , para asegurar el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones e impuestos que directa e individualmente recaigan sobre el inmueble. (Cfr. arts. 1.875, segundo párrafo, 1.923.1° y 1.927 C.c.; arts. 168.6° y 194 L.H. y art. 271 R.L.H. El art. 194 de la L.H. establece los dos supuestos de hipoteca legal de naturaleza tributaria, el primero de hipoteca "tácita", el segundo de "hipoteca expresa". El precepto dice así: «El Estado, las provincias o los pueblos tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque hayan inscrito sus derechos en el Registro, para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones o impuestos que graven

Cierto es que esta situación , y en particular el tenor literal del art. 158 LH ,supone la necesidad de mantener criterios hermenéuticos estrictos en materia de hipotecas legales en general y, particularmente, cuando aquellas son tácitas³⁵. Pero tal precaución no puede impedir concluir que nuestro Derecho reconoce a algunas situaciones jurídicas tasadas los efectos reales propios del derecho de hipoteca sin necesidad de

a los bienes inmuebles»(hipoteca tácita), y : «Para tener igual preferencia por mayor suma que la correspondiente a dichas dos anualidades ,podrán exigir el Estado, las provincias o los pueblos la constitución de una hipoteca especial, en la forma que determinen los reglamentos administrativos. Esta hipoteca no surtirá efecto sino desde la fecha en que quede inscrita»(hipoteca expresa). En esta materia hay que estar igualmente a lo previsto en la Ley General Tributaria de 28 de Diciembre de 1.963, en cuyo art. 73 se dice: «En los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las Provincias y los Municipios tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos para el cobro de las deudas no satisfechas correspondientes al año natural en que se ejercite la acción administrativa de cobro y al inmediato anterior». La hipoteca tácita asegura ,consecuentemente, sólo a los tributos que gravan periódicamente los bienes inmuebles y su extensión se encuentra limitada temporalmente al año corriente y al inmediato anterior. Para las deudas tributarias que excedan dicho limite temporal, la hipoteca ha de ser expresa, al igual que deban serlo las que tiendan a asegurar el cobro de otros tributos(art. 271 R.L.H).

El segundo caso es a favor de los aseguradores, por el importe de las primas de los dos últimos años o de los dos últimos dividendos pasivos, si el seguro fuese mutuo (arts. 1.875, segundo párrafo ,1.923.2° y 1.927 del C.c. y arts. 168.7° y 196 L.H. El texto de éste último es el siguiente: «Mientras no se devenguen las primas de los dos años o los dos últimos dividendos, en su caso, tendrá el crédito del asegurador preferencia sobre los demás créditos», texto que ha de ser puesto en relación con el artículo que le precede, para entender que el asegurador goza del derecho de exigir hipoteca legal expresa para garantizar el cobro de las primas o dividendos que excedan de dos anualidades. En efecto, el art. 195 L.H. dispone: «El asegurador de bienes inmuebles tendrá derecho a exigir una hipoteca especial sobre los bienes asegurados ,cuyo dueño no haya satisfecho las primas de seguro de dos o mas años , o de dos o más de los últimos dividendos pasivos, si el seguro fuere mutuo». Por supuesto, los bienes asegurados han de ser inmuebles ,al no contemplarse en el C6.Civil ni en la L.H. la posibilidad de la hipoteca mobiliaria.

El tercer supuesto se encuentra en la legislación especial propiedad horizontal y arrendamientos urbanos y tiene por beneficiario a la comunidad de propietarios ,por el importe de los gastos comunes del último año, sobre el piso o local:«Al pago de estos gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente estará afecto el piso o local ,cualquiera que fuese su propietario actual y el título de su adquisición ,siendo éste crédito a favor de la comunidad de propietarios preferente a cualquier otro, y sin perjuicio de las responsabilidades personales precedentes» (art. 9°. Quinta, segundo párrafo, de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal) .V. DIEZ PICAZO y GULLON, op.cit., pp.514-515.

³⁵V. DIEZ PICAZO y GULLON, *ibíd.*, p.514.

constitución convencional ni de inscripción registral.

Se trata de las hipotecas legales tácitas ,que deben distinguirse de los privilegios *exigendi* o privilegios preferenciales propios del Derecho común³⁶.

No cabe duda de que los supuestos son escasos. De hecho, y dejando al margen la legislación especial sobre propiedad horizontal, creemos que tan sólo del acreedor tributario puede predicarse que posee un genuino derecho real ,legal y tácito de hipoteca³⁷. Mas el mismo hecho de su exiguidad es prueba de su

³⁶Señala RUIZ SERRAMALERA que, a pesar de su denominación y de su funcionamiento práctico como hipoteca, las hipotecas legales tácitas constituyen ,en realidad, créditos singularmente privilegiados, como lo demuestra el hecho de que los créditos que la L.H. asegura con dicha figura aparezcan incluidos entre los que se relacionan en el artículo 1923 del C.c., como créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes inmuebles del deudor. De este modo, el referido autor habla, indistintamente, de hipotecas legales tácitas o de créditos especialmente privilegiados y distingue entre éstas (privilegios) y las hipotecas legales expresas (o créditos hipotecarios propiamente dichos). Sin embargo y a pesar de ésta distinción , el mismo autor afirma que las hipotecas legales tácitas «existen y tienen fuerza real», por lo que no cabe entender precisamente que haya sido la eficacia *erga omnes* el criterio diferenciador empleado, sino más bien la publicidad registral, cuya falta imposibilitaría la concepción del derecho de garantía como verdadera hipoteca. V. RUIZ SERRAMARELA, Ricardo, *Derecho Civil. Derechos Reales II, s.e.*, Madrid, 1988, cfr.pp. 295 y 309.

³⁷A nuestro juicio, los términos en que se expresa el artículo 194 § 1, que menciona expresamente la preferencia «sobre tercer adquirente» no permite dudar sobre la eficacia *erga omnes* y consiguiente alcance real del crédito tributario a favor de las haciendas públicas, lo que excluye la consideración de éste derecho como un simple privilegio *exigendi*. El carácter real de la hipoteca legal tácita por deudas tributarias y a favor de la Hacienda Pública, se desprendía claramente de la Exposición de Motivos de 1860 del proyecto de Ley Hipotecaria. En efecto, en dicho texto se justifica la limitación a un año de la deuda tributaria garantizada con hipoteca precisamente en razón de proteger al tercer adquirente, quien no debe soportar las consecuencias de una actuación recaudadora negligente. El pasaje a que en concreto nos referimos es el siguiente: «La hipoteca de los bienes de los contribuyentes para el pago de las contribuciones se ha limitado á un año, porque no es de presumir que dentro de él deje la administración de hacer que se satisfaga lo que en este concepto se adeude. El que compra una finca debe suponer que está al corriente en el pago de contribuciones, porque nadie ignora las vías de apremio que tan ejecutivas son contra los morosos. Si los agentes de recaudación han sido omisos, ésta falta no debe recaer sobre un tercero, que no puede menos de considerarlos como diligentes. Así sabe el adquirente hasta dónde puede llegar la responsabilidad de una finca, y tendrá buen cuidado, si la adquisición es por título oneroso, de que le acredite el enajenante que no tiene descubiertos, ó sabrá por lo menos de un modo fijo los que tenga.» V.ATAZ LOPEZ *et al, op.cit.*, p. 59.

Por el contrario, no creemos que lo mismo pueda decirse del crédito de los aseguradores. Para estos la Ley no parece prever más que una simple facultad de preferencia. En efecto, los términos del artículo 196 L.H. inducen

existencia.

Así las cosas, y en atención tanto a la naturaleza real y oculta de los privilegios cuanto a los rasgos que en nuestro Derecho conforman la fisonomía de las hipotecas legales tácitas no puede extrañar que algunos autores hayan conceptuado los privilegios marítimos como verdaderas hipotecas legales tácitas³⁸. Y no les falta razón, en el bien entendido de que tal calificación no se opone, sino que, por el contrario, confirma al privilegio marítimo como una modalidad más de derecho real de garantía.

45.-La conceptualización del privilegio como obligación *propter rem*.

Sin negar la naturaleza real de los privilegios marítimos, algunos autores aluden a la obligación *propter rem* para explicar el mecanismo en virtud del cual la propiedad del buque debe sufrir la consecuencia patrimonial de la deuda contraída por un tercero.

Así, explica GARRIGUES que la afección real del buque constituye un supuesto de responsabilidad sin deuda. Aquí la responsabilidad se disocia de la deuda, correspondiendo ambas a personas distintas. El naviero que contrajo la deuda sigue siendo

a pensar que no configura técnicamente sino una mera preferencia privilegiaria, desprovista de efectos reales, ello sin perjuicio de que los aseguradores tengan expedita la vía para conseguir tales efectos mediante la constitución de hipoteca expresa aún contra la voluntad del asegurado y en los términos prescritos por el artículo 195 L.H.

³⁸A favor de la caracterización de los privilegios no inscritos como hipotecas legales tácitas se pronuncia MONFORT BELENGUER: «verdaderas hipotecas ocultas, tácitas y de carácter legal». V. MONFORT BELENGUER, *En torno a la eficacia de la garantía real en las hipotecas navales...*, RDM, n.º. 27, 1950, p. 439. También GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, pp.386-387; y , más moderadamente (algunos privilegios «se comportan»), RIOS SALMERON, *op.cit.*, pp. 138-139.

en todo caso deudor personal en la relación obligatoria, pero al transferir el buque aparece otra persona que responde con su buque de aquella deuda, en virtud de lo previsto en el artículo 584 del Cód. de Comercio. Se trata entonces de una obligación *propter rem*, en la que el sujeto pasivo queda determinado *ex lege* por su titularidad dominical sobre el buque gravado³⁹.

Creemos que esta conceptualización de los privilegios marítimos como *obligaciones propter rem*⁴⁰ obedece a una confusión cuyo

³⁹V. GARRIGUES, *op.cit.*, p.554. Por su parte, HERNANDEZ MARTI se pronuncia claramente a favor de la naturaleza real de la sujeción del buque a que se refiere el art. 584 del C. de C., pero a continuación indica que los términos empleados por el Código parecen indicar que el deudor es el propio buque ("buques afectos"), ello debe naturalmente entenderse en el sentido de que lo es quien en cada momento sea su propietario en su calidad de obligado *propter rem*. V. HERNANDEZ MARTI, *El embargo...cit.*, p. 117. Del mismo modo DUQUE, en su último trabajo sobre la materia, parece apoyar la tesis de GARRIGUES relativa a las obligaciones *propter rem*: la afectación del buque concedida a los acreedores del art. 580 del Cód. de Co. es de naturaleza real, que viene a significar una responsabilidad que da lugar a obligaciones "propter rem", que pueden ser hechas efectivas frente a tercero. DUQUE, *La responsabilidad real del buque...cit.*, p. 57.

⁴⁰ Las obligaciones *propter rem* (También denominadas *ob rem* o reales) se caracterizan porque, junto al deber de prestación del obligado, presente en toda relación obligatoria, dicho obligado es precisamente el titular de un derecho real sobre una cosa determinada. En otras palabras, el sujeto pasivo de la obligación se identifica con quien, en cada momento, sea titular de un concreto derecho real (Por ej. el propietario de un piso respecto a las obligaciones de atender a los gastos comunes). Consecuencia de ello es que éstas obligaciones se transmiten o extinguen con la transmisión o extinción de la situación jurídica que sirve para designar al obligado. Se ha señalado por la doctrina, además, que el deudor puede liberarse de su obligación mediante la renuncia o abandono de su titularidad real. Sin embargo, a juicio de DIEZ PICAZO y GULLON, tal rasgo no sirve para tipificar estas obligaciones, pues choca con el criterio general, según el cual, el cumplimiento de cualquier obligación no puede quedar a la voluntad del obligado (arts. 1.115 y 1.256 del Cód. Civil). Por ello, la posibilidad de liberación por renuncia ha de considerarse excepcional y, como tal, aplicable a los casos expresamente reconocidos por la ley y no susceptible de interpretación analógica. V. DIEZ PICAZO y GULLON, *op.cit.*, pp. 48-50.

Las obligaciones *propter rem* no deben confundirse con otras figuras, como el *ius ad rem*, los derechos reales *in faciendo* o las cargas reales. El llamado *ius ad rem* (derecho a la cosa), ha sido presentado por algunos autores como figura intermedia del derecho real y del derecho de crédito. En la edad media el término se empleó para explicar la posición jurídica de la persona que tiene el derecho de adquirir una cosa pero que no la ha adquirido porque le falta su posesión. Más tarde, la noción se emplearía, sobre todo, en los casos de doble venta, para explicar el derecho- *ius ad rem*- del primer comprador para adquirir la cosa entregada al segundo comprador de mala fe. En la codificación predominó el criterio de suprimir éste *tertium genus*, adscribiéndole a la esfera de los derechos personales, con el fin de no perturbar la, para entonces bien consolidada dicotomía, entre derechos reales y personales. Modernamente se ha tratado de rescatar esta antigua figura, en el marco del derecho inmobiliario registral, para explicar la situación en que

origen bien podría encontrarse en el ámbito de la influencia de alguna corriente de opinión que recela de la verdadera naturaleza real de la hipoteca y, en general, duda sobre la propia existencia de los derechos reales de garantía.

Estas posturas se fijan en la íntima compenetración existente entre la garantía y el crédito garantizado así como en el hecho de que la finalidad última de la hipoteca consiste en hacer un pago, desenvuelto y regulado por el derecho de obligaciones. A partir de aquí destacan exclusivamente el aspecto pasivo de la responsabilidad y ven en la hipoteca (y en los demás derechos de garantía) una simple aplicación complementaria del principio general de responsabilidad universal ex art. 1911 C.C.

Con esta construcción se llega a la calificación de la hipoteca como mera obligación *propter rem*.

Pero ,como ha puesto de manifiesto la doctrina más autorizada, semejante concepción ha de ser rechazada, pues peca de manejar una concepción unilateral e incompleta de la institución , desde el momento en que la contempla exclusivamente

se encuentra un derecho aún no inscrito, cuando dicha inscripción viene exigida por la ley como requisito necesario para la perfección del derecho real. Se dice entonces que hay un *ius in rem* ,que se identifica con una "vocación de derecho real" o con un "derecho en tránsito hacia un derecho real". Esta pretensión no ha prosperado,pudiendo estimarse que el *ius ad rem* no goza de la aceptación de la doctrina V.DIEZ PICAZO Y GULLON, *Ibíd.*, pp.43-45. También se ha hablado de los derechos reales *in faciendo*, como derechos que implican la satisfacción del interés de su titular, no a través del disfrute directo de la cosa, sino mediante la realización de una prestación positiva a cargo de tercero. Esta figura es rechazada por la doctrina dominante por oponerse a la misma esencia del derecho real ,ya que, desde el momento en que se precisa el concurso de un tercero, desaparece la facultad de actuación directa sobre la cosa.V.DIEZ PICAZO y GULLON, *Ibíd.*, p.47. Un subtipo de las obligaciones *propter rem* son las llamadas "cargas reales".BIONDI las define como "un gravamen que pesa objetivamente sobre un fundo, por el que cualquier propietario del mismo está obligado a realizar prestaciones positivas en favor del dueño de otro fundo o de una persona determinada"(Cita tomada de DIEZ PICAZO y GULLON, *Ibíd.*, p.51) , quienes ponen como ejemplo típico a los censos-art. 1.604.-, y señalan que lo que las diferencia de las obligaciones *propter rem* es que aquellas producen acción real sobre la finca gravada en caso de incumplimiento de las prestaciones mientras que estas no.

en su fase de ejecución y no a lo largo de toda su vida y en su esencial función de derecho de garantía.

En efecto, la tesis de la obligación real o *propter rem* no puede explicar la razón de que , junto a la afección especial del bien gravado, subsista la acción personal para hacer efectivo el crédito garantizado sobre el conjunto del patrimonio del deudor aún en el caso de que aquel bien pase a las manos de un tercero, pues, es evidente, que la idea de la obligación real conlleva una automática transferencia de la deuda a la persona que adquiere la titularidad de la cosa gravada, circunstancia que no se da en la hipoteca más que cuando se transmite, con el bien gravado y expresamente, la deuda garantizada. A falta de estipulación en contrario, el tercer adquirente no queda obligado a otras cosa que a soportar la ejecución en caso de incumplimiento de la obligación personal asegurada⁴¹.

Y es lo cierto que, como en la hipoteca, el propietario del buque no deudor no asume en modo alguno la responsabilidad personal de la deuda, razón por la que no puede ser calificado

⁴¹Así, COSSIO, Alfonso de, *Instituciones de Derecho Civil*, 2, Alianza Editorial, Madrid, 1975, pp. 665-666. En el mismo sentido RUIZ SERRAMARELLA, para quien la tesis que construye la hipoteca como obligación real (*ob rem*), según la cual el deudor queda determinado en cada momento en relación con quién sea dueño de la cosa sujeta al cumplimiento de la obligación, no puede admitirse en nuestro Derecho para la hipoteca. Ello es así, no sólo por la propia idea que de la figura ofrecen los artículos 1.876 del C.c. y 104 de la L.H., sino por cuanto el artículo 108, de ésta última, establece claramente la independencia entre obligación personal e hipoteca cuando dispone que en caso de venta de finca hipotecada, la obligación principal sólo se transmite al comprador si éste ha pactado la subrogación en la obligación principal garantizada y si media el consentimiento del acreedor. Además, la acción hipotecaria puede ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados (art. 129 L.H.), sin que el tercero, dueño de aquellos, quede obligado a otra cosa que no sea soportar la ejecución sobre el bien adquirido. Esta conclusión no se ve alterada por el hecho de que , tanto el C.c. (art. 1879) como la L.H. (arts. 126 y 127) prevean la posibilidad de que el dueño pague la deuda, pues tal posibilidad aparece configurada como una facultad de éste que tiene por objeto permitirle evitar la acción hipotecaria contra el bien adquirido y nunca como una obligación de realizar una prestación a la que es ajeno. V. RUIZ SERRAMALERA, *op.cit.*, 244.

de obligado *propter rem* , sino simplemente de titular de un bien sujeto a una responsabilidad real. De hecho la noción *propter rem* esta vinculada a la existencia de un derecho real sobre cosa propia mientras que el privilegio, como derecho real de garantía, se dirige y produce sus efectos reales en *re aliena*. No cabe pues la confusión entre una y otra figura.

46.-La caracterización procesal del instituto.

Aunque no conocemos ningún autor que haya defendido expresamente la conceptuación y calificación del privilegio como institución que agota su significado y efectos en el ámbito procesal, conviene salir al paso de tal afirmación, que podría asimismo venir dada de la mano de las construcciones dogmáticas realizadas en torno a la hipoteca.

Con un hilo argumental semejante al conducente a la tesis de las obligaciones *propter rem* , se ha propugnado ,a veces, la inexistencia sustantiva de un derecho real de hipoteca, circunscribiendo la institución a una mera modalidad del procedimiento de ejecución, a una simple acción hipotecaria.

En realidad, se ha llegado a mantener que los derechos reales de garantía no serían más que un embargo anticipado, que permite al acreedor conseguir preferencia sobre la cosa embargada respecto a los demás acreedores, preferencia que se hace valer frente al órgano de la ejecución y no frente a aquellos acreedores.

Mas, como han observado DIEZ PICAZO Y GULLON, las tesis procesalistas deben ser asimismo rechazadas pues ignoran la llamada "fase de seguridad", anterior a la de desarrollo o

ejecución. En esa fase, la garantía afecta al derecho sustantivo ya que limita las facultades del deudor y, correlativamente, amplía las del acreedor⁴².

Además, y sobre todo, semejante tesis impide entender la razón por la que el tercer adquirente deba soportar las consecuencias del proceso. En realidad, como nos dice COSSIO, con independencia de cual sea la verdadera noción procesal de la "acción", ésta no puede fundarse sustantivamente sin la previa existencia de un derecho subjetivo que legitime su ejercicio, derecho que es precisamente el real de hipoteca⁴³.

Como la hipoteca y los demás derechos reales de garantía, los privilegios marítimos poseen sustantividad y vida propia al margen del inicio del proceso de ejecución. Esa vida del privilegio, como derecho material independiente de toda conceptualización procesal, es la que explica todas las novaciones que pueden darse hasta el momento de la ejecución, bien sean objetivas (modificación del asiento de la garantía) bien sean subjetivas en la persona del titular del bien gravado (en virtud de la reipersecutoriedad) o en la del acreedor privilegiado (supuestos de transmisión del crédito principal con el accesorio).

47.-Posiciones contrarias a la "realidad" del privilegio.

Ya hemos visto la absoluta posición mayoritaria de nuestra doctrina a favor de la tesis del derecho real de garantía. Sin

⁴²E.g., el deudor hipotecario no puede, con su conducta, menoscabar el valor del bien hipotecado. V. DIEZ PICAZO y GULLON, *op.cit.*, pp. 497-498.

⁴³V. COSSIO, *op.cit.*, pp. 665-666.

embargo, y sin que ello suponga exactamente una postura de rechazo, hay algunos autores que no han llegado a pronunciarse claramente sobre la materia y hasta parecen mirar con cierto recelo la idea de atribuir carácter real a los privilegios marítimos⁴⁴.

Pero quizá sea tan sólo LUCAS FERNÁNDEZ quien, entre nosotros, se ha negado expresamente a reconocer la mencionada naturaleza. Ahora bien, dicha negativa debe situarse en el más amplio posicionamiento de éste autor cara al dogmatismo que, en general, encierra el propio concepto de derecho real. Este hecho relativiza el sentido de su postura en la medida en que no equivale a una visión singular o discriminatoria de los privilegios marítimos-en punto a su naturaleza- respecto de las demás figuras de derechos reales de garantía⁴⁵.

⁴⁴ En este sentido quizá haya que citar a BROSETA, quien parece albergar alguna reserva a la calificación real del privilegio cuando emplea las siguientes palabras: "Hasta tal punto ha sido enérgica la privilegiada posición de estos acreedores que ha llegado a afirmarse la naturaleza real de su derechos sobre el buque", *op.cit.*, p.737.

⁴⁵ El recelo de éste autor respecto a dicha categoría de derechos le lleva, incluso, a evitar reconocer la "realidad" de la misma hipoteca naval, la cual define como «un derecho de garantía sobre el buque establecido convencionalmente por virtud del cual queda éste sujeto al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituye». V. LUCAS FERNANDEZ, *Curso...cit.*, pp. 46-47. El mismo autor, ha expresado, en otra ocasión, su postura con las siguientes palabras: «La dogmática clasificación de los derechos subjetivos en reales y personales o de crédito, de la que tanto se ha abusado por la doctrina con la exageración de sus límites divisorios y con la utilización, siempre irracional del método interpretativo de inversión, se pone en tela de juicio en varias instituciones, no solo en el arrendamiento, sino entre otras también en los privilegios». V. LUCAS FERNÁNDEZ, *ibíd.*, p. 32.

Capítulo VIII

Distinción de figuras afines

48.-Planteamiento del problema: Las garantías navales contractuales.-

Con ocasión del examen de los antecedentes históricos de los privilegios hemos podido ya constatar la existencia de figuras jurídicas diversas, diseñadas y elaboradas con la finalidad común de reforzar la posición de los acreedores del propietario de la nave.

La deuda contraída por este podía ser consecuencia de cualquier negocio , pero frecuentemente obedecía a la necesidad de financiar la preparación y realización de la expedición marítima. En éste último caso ocupaba un lugar destacado la *pecunia traiecticia*, luego préstamo a cambio marítimo , a riesgo marítimo o a la gruesa, que normalmente era garantizado mediante pacto accesorio de prenda (registral o sin desplazamiento de la posesión) o hipoteca.

Desde luego existieron y existen otras figuras jurídicas para asegurar el cumplimiento de una obligación personal del deudor con la garantía real y especial de la nave. Ya habíamos visto que en Roma, y precisamente como antecedente del *pignus* , existía la *fiducia cum creditore*. Esta y otras modalidades que ponían el acento de la garantía en el desplazamiento de la propiedad del buque se desarrollaron y subsistieron, con variable fortuna e intensidad, a lo largo de toda la historia del tráfico marítimo, llegando hasta nuestros días.

En efecto, la realidad muestra como junto a la protección *ope legis* que dispensan los privilegios a los créditos marítimos,

existen formas negociales que permiten también su salvaguardia, esta vez en virtud de la autonomía de la voluntad. Y como ocurre con los privilegios, esta tutela convencional del crédito marítimo se actúa con técnica real , mediante la afectación especial del buque. Podemos así hablar de las garantías navales contractuales⁴⁶.

Sin duda el criterio básico para la diferenciación entre privilegios y garantías navales contractuales es su distinto origen (legal en aquellos y contractual en estas) . Pero existen también algunas diferencias en cuanto a la función económica y social que desempeñan en el tráfico. Así, mientras que los privilegios encuentran su justificación en la necesidad de favorecer variados intereses vinculados a la navegación, todas las figuras encuadrables en la genérica denominación de garantías navales contractuales se dirigen fundamentalmente a la protección de quienes, con la prestación de sus recursos de capital, financian la actividad marítima permitiendo su inicio o su normal desenvolvimiento.

Claro es que la técnica jurídica empleada para la eficacia y actuación de la garantía ha sido y sigue siendo diversa. Mientras que algunas veces es la propia titularidad dominical de la nave la que directamente se pone a disposición del acreedor para el caso de incumplimiento, otras veces queda articulada la seguridad mediante técnica de derecho real de garantía.

Cual haya de ser la figura que ,en concreto, sirva para

⁴⁶ El recurso a la garantía real sobre el buque del deudor ha sido preciso siempre que el crédito personal se ha mostrado insuficiente para despertar la suficiente confianza de los prestamistas y acreedores. V. BOUTHELIER ESPASA, *La Hipoteca Naval (Estudio de Derecho Sustantivo)*, RCDI, p. 174.

producir un mejor ajuste de los distintos intereses en presencia es algo que deberá ser decidido por las partes a la vista de las circunstancias concurrentes en cada momento y dentro de los cauces imperativamente establecidos por el Ordenamiento para la defensa de terceros. Como ha observado VALLET, se trata aquí de dar respuesta a los conflictos que pueden plantearse entre la "seguridad crediticia", la "seguridad estática" de la propiedad y la "seguridad dinámica" del comercio jurídico⁴⁷.

Sin perder de vista los anteriores criterios y en el bien entendido de que no resulta posible una teoría unitaria de todas ellas ⁴⁸, clasificamos las garantías navales contractuales según que sea el dominio o un *res in re aliena* el título de garantía

⁴⁷ Señala VALLET DE GOYTISOLO que una cabal resolución de los problemas jurídicos planteados cuando se aborda el estudio de las garantías reales requiere de la observancia de dos principios básicos : a) La necesidad de conciliar justamente los supuestos en que colisionan la "seguridad crediticia" con la "seguridad estática" de la propiedad o posesión y con la "seguridad dinámica" del comercio jurídico; y b) La necesidad de que la seguridad crediticia, conseguida con la afección real, no anule ni mengue la utilización o explotación del bien gravado por el deudor en aquellos casos en que se trate de bienes de producción, pues de otro modo se produciría un resultado perjudicial, no solo para el deudor, sino para el propio acreedor cuyas posibilidades de cobro serían tanto mas remotas cuanto que el deudor fuese incapaz de generar riqueza a través de aquella explotación. De estos dos principios se deducen algunos criterios prácticos que han de tenerse presente a la hora de configurar figuras jurídicas adecuadas para sujetar bienes de producción como objetos de garantía real. Estos son los siguientes : 1º) Debe instaurarse un sistema de publicidad capaz de advertir a los terceros de la presencia de una garantía real y , en su virtud, hacer dicha garantía oponible *erga omnes*; 2º) Debe evitarse el desplazamiento posesorio de los bienes dados en garantía a fin de permitir la continuación de su explotación; 3º) Las posibilidades crediticias del deudor no deber ser mermadas mas allá de lo que estrictamente requiera la debida protección de los intereses del acreedor, por lo que conviene evitar la concesión a éste de un derecho que cualitativamente exceda de lo preciso para el aseguramiento de su crédito. V. VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios...cit.* , pp.206-207.

⁴⁸ Como ya señalara DUQUE, no es posible realizar una teoría unitaria en el análisis de las normas del ordenamiento español dedicadas a la responsabilidad del buque. Son varias las circunstancias que se oponen a una estructuración sistemática de sus rasgos comunes. Por una parte tenemos la diversidad de fechas de origen de las distintas instituciones: los privilegios marítimos proceden de épocas anteriores al código , mientras que la hipoteca es posterior; existen normas de clara ascendencia romanística y normas vinculadas a su procedencia anglosajona; algunas normas poseen carácter estrictamente nacional mientras que otras proceden y se enmarcan en el fenómeno de la elaboración internacional del derecho marítimo. V. DUQUE, *La responsabilidad...cit.*, pp.27-28.

ofrecido al acreedor. Y dentro de cada uno de estos grupos distinguiremos entre las diversas figuras de Derecho que, de acuerdo con nuestra terminología y concepciones jurídicas, resultan aptas para dejar realmente afecto el buque como seguridad del pago de las obligaciones contraídas para la financiación naval.

a) *Figuras que emplean el dominio como título de garantía*

Desde antiguo se conocen figuras negociales que incorporan una facultad del acreedor consistente en que este pueda hacer suya la propiedad del buque para el caso de incumplimiento de una obligación personal. Aunque algunas de ellas están especialmente concebidas para garantizar el crédito dimanante de la adquisición del buque, la mayoría puede cumplir su función de garantía respecto de todo tipo de préstamos concedidos a su propietario.

Entre estas figuras destacan la transmisión fiduciaria, la reserva de dominio y el pacto de retro. Tan sólo recientemente aparecerían otras nuevas, como el arrendamiento financiero de buque y la especial reserva de dominio y prohibición de disponer propias de la legislación especial de las ventas a plazos.

49.- La transmisión fiduciaria del buque.

Como ya sabemos la transmisión fiduciaria o *fiducia cum creditore* fue practicada en Roma como figura negocial general

para asegurar la devolución de un préstamo⁴⁹.

Durante la edad media, la venta fiduciaria del buque fue muy empleada en Francia como medio de garantía sustitutorio del préstamo a la gruesa y de la prenda naval. En el primer caso, por los altos costos que conllevaba y en el segundo para salir al paso de la dificultad del desplazamiento de la posesión propia de la prenda naval.

En su virtud, el naviero vendía su buque al prestamista ,reconociendo éste ,en una contraescritura, que la venta no era en realidad sino una dación en prenda y comprometiéndose a dejar al deudor la libre posesión del buque. Esta venta se inscribía ,como tal, en todos los documentos del buque y en los registros.

Ahora bien, aparte de la irregularidad que suponía la coexistencia de un doble régimen contractual, uno ficticio y otro real, los intereses del acreedor quedaban expuestos a importantes riesgos, cuales eran los de tener que responder ante terceros del cumplimiento de todas las obligaciones que el Derecho impone a los propietarios de los buques. Sin embargo, a pesar de todas estas disfunciones la jurisprudencia sancionó la validez de aquellos pactos , probablemente debido al convencimiento de los tribunales de la necesidad de favorecer el comercio marítimo y

⁴⁹V. sup. § 2. Parece conveniente insistir aquí en que el primer medio jurídico de constituir una garantía real en Roma fue la *fiducia*, en virtud de la cual el deudor transmitía la propiedad de una cosa al acreedor (por *mancipatio* o *in iure cessio*), quedando éste último obligado a retransmitírsela una vez satisfecha la deuda. Este pacto de *fiducia* entrañaba la cláusula de comiso, en cuya virtud el acreedor adquiría la propiedad de la cosa si la deuda no era pagada a su vencimiento. De este modo el deudor quedaba desprovisto de la posesión , la cual ,no obstante, podía mantener si se estipulaba una cláusula de arrendamiento. Pero , aún en éste caso, la enajenación de la cosa por el acreedor a un tercero, privaba definitivamente de ella al deudor, ya que no podía reivindicarla, si bien podía ejercer una acción personal contra el acreedor de carácter infamante (la *actio fiduciae*). V. NART, Ignacio, Los derechos reales de garantía y las cosas del mar en el Derecho vigente español, RDPPr., n°. 346, 1946, pp.15 y 21.

de la imposibilidad de practicar cualquier otro modo de prenda que fuese compatible con sus necesidades⁵⁰.

Sea como fuere, la fiducia , aún cuando, en palabras de NART, nació «en el pecado de la simulación» , y era ,por ello, «fuente de dudas, de cuestiones y de litigios», ha sobrevivido y puede encontrarse hoy en nuestra práctica jurídica refugiada sobre todo en la venta con pacto de retro por los años de duración del préstamo y por precio igual al de la deuda más sus intereses.

Los inconvenientes de la desposesión se pueden evitar mediante la instauración de un pacto de retrocesión de la posesión, o, simplemente de conservación de la misma mediante *constitutum possessorium*. Pero el régimen contractual ordinario consiste en acompañar la compraventa con un arrendamiento que garantiza al deudor-vendedor la posesión del buque, siendo la merced los intereses disfrazados. Pagada la deuda el deudor retrae ,no la propiedad (que en realidad nunca se transmitió intencionalmente), sino la titularidad formal de la propiedad. En caso de impago caduca el derecho a retraer y se da un autentico caso de comiso⁵¹.

A pesar de todo queda sin resolver satisfactoriamente el problema de la debida proporción del medio utilizado con la finalidad perseguida. En los términos explicados, los efectos

⁵⁰V.GONZÁLEZ REVILLA, *op.cit.*, pp.11-12. También MONFORT BELENGUER, quien se refiere a las evidentes ventajas e indudables inconvenientes que la institución comportaba para el deudor y el acreedor ,respectivamente. Mediante la inscripción del contrato el deudor quedaba legitimado para proseguir en el disfrute de la nave. Sin embargo el prestamista se colocaba en una situación muy difícil ya que, como propietario aparente, quedaba responsable ante terceros de las consecuencias dañosas producidas por el buque.V.MONFORT BELENGUER, *En torno a la eficacia...cit.*, p. 436.

⁵¹V.NART, *op.cit.* p.21.

jurídicos de la venta fiduciaria impiden prácticamente, por una parte, que el naviero pueda obtener ulterior crédito con la garantía del buque y ,por otra, dejan el deudor desprotegido, sobre todo frente a terceros, ante posibles abusos del acreedor en la utilización del derecho de propiedad que formalmente tiene conferido⁵².

Por ello, esta institución no se revela como medio especialmente idóneo para resolver justamente los problemas derivados de la financiación naval. Sin embargo, y al margen del *mortgage* al que luego nos referiremos, algún Ordenamiento marítimo moderno ha recogido y regulado la transmisión fiduciaria de buques como medio de garantía real⁵³.

50.- La reserva de dominio.

La reserva de dominio es una estipulación que suele ser utilizada para garantizar el pago del precio aplazado de la adquisición del buque. Para su concreta construcción son posibles diversas técnicas. Así, junto a la cláusula de reserva de dominio formulada en dichos términos, se puede someter la transmisión a la condición suspensiva del pago del precio aplazado. También cabe la transmisión a título de arrendamiento con opción de compra, supuesto al que, por su creciente importancia y novedad, dedicamos punto aparte.

El pacto de reserva de dominio en garantía de los pagos del precio de enajenación del buque produce como efecto principal el

⁵²V. VALLET, *op.cit.*, pp. 207-208.

⁵³Este es el caso del «Código Griego de Derecho Marítimo Privado», que en su Título VII (arts. 190-194) regula: *L'alienation fiduciaire de la propriete du navire*, V. IMO, Doc. JIGE (II) WP.1, 11 May 1987.

de que el comprador no adquiriera la propiedad del buque transmitido. Tan sólo adquiere la posesión material para su uso, sin que la misma pueda originar ni legitimar el dominio, ni privar al dueño de acción para reivindicarlo⁵⁴.

La necesidad de este tipo de pacto en relación con la construcción o venta de un buque puede verse disminuida en aquellos supuestos en que el Derecho aplicable ofrezca directamente al constructor o al vendedor un privilegio marítimo por la parte aplazada del precio, con ocurre en nuestro C.de c. (art. 580.8°), con tal de que el crédito conste inscrito en el Registro Mercantil⁵⁵.

51.-El arrendamiento con opción de compra y el *leasing* de buque.

Ya hemos señalado que la transmisión del buque a título de arriendo con opción de compra para el arrendatario, ejercitable una vez satisfecho el precio aplazado, equivale a una modalidad de aplicación del pacto de reserva de dominio⁵⁶.

En la práctica moderna se halla muy extendida la adquisición de buques a través de contrato de arrendamiento con opción de compra. En este caso desaparece para el vendedor el riesgo de impago del precio de la venta, ya que ésta no se produce sino hasta el momento en que ,cumplidos fielmente los pagos periódicos

⁵⁴Así, STS (Cont.Ad.) de 18.02.61 (Col.Leg. n°. 117, p. 516), buque "RADA DE SAN FELIU". V. ARROYO, Ignacio, *Jurisprudencia Marítima (1865-1987)*, Barcelona, Bosch, 1989, V.II, p.881.

⁵⁵V.esta observación en VALLET, *op.cit.*, p.208.

⁵⁶Este es ,según VALLET, el sistema de la *conditional sale* norteamericano y del *hire purchase agreement* inglés. *Ibid.*, p.208.

del arrendamiento, el arrendatario ejercita la opción de compra mediante el pago de la cantidad residual pactada.

Por otra parte, las últimas décadas han presenciado el nacimiento y desarrollo de una figura contractual trilateral, en la que tienen entrada el vendedor (propietario inicial o astillero constructor), el comprador o adquirente (frecuentemente un banco), y un tercero, que explota el buque en concepto de naviero-arrendatario y en virtud del oportuno contrato de arrendamiento a largo plazo suscrito con el comprador. Este último adquiere el buque con la finalidad de cederlo seguidamente en arrendamiento.

Esta práctica ha sido y es un recurso corriente para garantizar, sobre todo, la financiación de los buques de nueva construcción⁵⁷.

La construcción tripartita del arrendamiento de buque constituye, en realidad, una aplicación sectorial del llamado arrendamiento financiero con opción de compra o *leasing*. Se trata de una modalidad contractual compleja cuya utilización ha sido promovida tributariamente por los legisladores y gobiernos nacionales, que la han considerado un instrumento eficaz para contribuir al desarrollo económico⁵⁸.

⁵⁷Una forma típica de documentar este tipo de contratos era la póliza "BARECON B", recientemente sustituida por la BIMCO. El éxito y la aceptación de esta modalidad de garantía hizo afirmar a ASSER, en 1965, que muchas veces era preferida por las entidades de crédito a la hipoteca registrada. V. ASSER, Informe preliminar...cit., p.258. V. GORINA Y SERN, Monserrat, Consideraciones sobre «Bareboat Charter» y «Time Charter by Demise», Bosch, Barcelona, 1986, quien utiliza la expresión de «financiamiento bareboat» y realiza un estudio de las cláusulas pertinentes de la "BARECON B", pp.66-67, 88 y 132-133. V. MATILLA ALEGRE, Rafael, Contrato de Utilización del Buque. Lecciones, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 24-25.

⁵⁸El *leasing* aparece en Estados Unidos a comienzos de la década de los años cincuenta como figura específica de financiación de los bienes de producción. Rápidamente se introduce en la mayoría de los países industrializados en los que hoy en día juega un papel importante como forma

A pesar de sus evidentes ventajas económicas el legislador español no ha regulado convenientemente la figura y se ha limitado a disciplinar determinados aspectos parciales de la misma a efectos fiscales y en el contexto del Derecho público económico⁵⁹.

de financiación. En Europa comienzan las operaciones de *leasing* en los años sesenta y, desde entonces, su importancia ha sido siempre creciente. La función económica principal de la figura estriba en que depara un medio de sustituir los bienes de equipo obsoletos sin necesidad de grandes inversiones de capital propio, pues el pago de los nuevos bienes se realiza al ritmo que permiten los beneficios generados por su explotación. A través del arrendamiento financiero, las empresas pueden disponer de los bienes de equipo y de producción necesarios para su actividad, mediante el pago mensual de una determinada cuota y durante un período fijo de tiempo estipulado en el contrato. Al término del arrendamiento el arrendatario dispone, en general, de tres opciones: devolver los bienes de producción a la sociedad de *leasing*; convenir un nuevo contrato de *leasing* sobre la base de cuotas predeterminadas más reducidas; y adquirir los referidos bienes de producción por un valor residual. Además y con el fin de incentivar el desarrollo industrial, los Estados suelen conceder al *leasing* importantes beneficios de naturaleza fiscal. Para una visión actualizada del arrendamiento financiero, V. PEREZ-SERRABONA, José Luis, en *Derecho Mercantil*, (Coord. JIMENEZ SANCHEZ), Ariel, Barcelona, 1990, pp. 938-944.

⁵⁹El R. Decreto-Ley 15/77, de 25 de febrero, de Ordenación Económica contenía disposiciones fiscales, financieras y de inversión pública y en dicho contexto se ocupaba del arrendamiento financiero de bienes muebles. Más tarde, el R.D. de 31 de julio de 1980 extendía las operaciones de *leasing* también a los bienes inmuebles objeto del tráfico empresarial habitual. Finalmente la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e intervención de las entidades de crédito derogó el título II del R.D-Ley 15/77 y dedicó sus Disposiciones Adicionales Sexta y Séptima a una lacónica regulación de las operaciones de arrendamiento financiero. El concepto legal de este contrato se encuentra en la D.A. Séptima 1: «Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el n.º 2 (rectius n.º 3,) de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra a su término en favor del usuario». De la anterior definición y de las demás normas contenidas en la Ley 26/1988 pueden señalarse las siguientes características del *leasing* en el Derecho español: 1º) Es un contrato trilateral. En la operación han de intervenir un fabricante o suministrador (vendedor), una empresa que financia la adquisición del bien (arrendador o empresa de *leasing*) y un futuro usuario (arrendatario o financiado). La empresa de *leasing* adquiere en propiedad los bienes del vendedor de acuerdo con los deseos del usuario, a quien se los cede en arrendamiento inmediatamente después de dicha adquisición. 2º) La empresa de *leasing* debe ser necesariamente una sociedad cuyo objeto social sea exclusivamente la realización de operaciones de arrendamiento financiero. Sin embargo, las entidades de financiación pueden asimismo actuar como empresas de *leasing*, previa autorización del Ministerio de Economía y Hacienda (D.A. Séptima. 10); 3º) Los bienes objeto de adquisición y cesión pueden ser muebles o inmuebles; 4º) La contraprestación del derecho de uso se efectúa mediante el pago de cuotas periódicas; 5º) El usuario debe destinar los bienes a la

En cualquier caso ,y con independencia de la postura que se mantenga acerca de la naturaleza jurídica de contrato⁶⁰, su estructura negocial permite que la empresa arrendadora goce de una sólida garantía real: el derecho de propiedad que ostenta sobre los bienes cedidos durante todo el tiempo de duración del contrato. El ejercicio de la opción de compra con pago de la cantidad diferencial resultante del descuento de las cuotas abonadas, supone la adquisición de la propiedad por el arrendatario y pone fin a la garantía.

Así las cosas nada parece oponerse en nuestro Derecho a que la adquisición del buque, bien mueble, y su posterior cesión en arrendamiento a un naviero que lo explote dentro de su actividad empresarial de servicios quede conformada como operación de *leasing*, con los consiguientes beneficios fiscales prescritos por la Ley.

El problema reside en la restricción que aquella impone, según la cual el arrendador no puede ser sino una sociedad con objeto social y exclusiva dedicación a las operaciones de *leasing* (salvo la excepción de las entidades de financiación). Claro es

actividad económica propia de su empresa;6°)La cláusula de opción de compra a favor del usuario(arrendatario), ejercitable al término del arrendamiento, se constituye en requisito obligatorio; 6°)La duración mínima del contrato ha de ser de dos años cuando tenga por objeto bienes muebles o de diez, cuando se trate de bienes inmuebles o establecimientos industriales, si bien el gobierno queda facultado para modificar estos plazos (D.A. Séptima. 2). V. un reciente comentario del régimen jurídico del arrendamiento financiero en España y de la situación y perspectivas(oscuro e incierto) de este negocio en España en: BUSQUETS LE MONNIER,G., El «leasing» español : su situación actual y su futuro,RJG, n°. 6°./1 991, Noviembre-Diciembre,pp.15-30.

⁶⁰Muchas han sido las soluciones ofrecidas por la doctrina(mandato,arrendamiento, compraventa, y préstamo), si bien parece que últimamente prevalece la consideración del arrendamiento financiero como contrato autónomo, complejo(en el sentido de que conecta un contrato previo de adquisición con otro de arrendamiento y con una posible compraventa opcional) y atípico, postura por la que asimismo parece inclinarse la jurisprudencia. V. BOUZA VIDAL, Nuria, *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Pons, Madrid, 1991, pp.62 a 67 y jurisprudencia allí citada. V.también PEREZ-SERRABONA, op.cit., pp. 940-941.

que dicha configuración restrictiva , que se explica por la necesidad pública de limitar los beneficios y ventajas tributarias que comporta la calificación de una operación como de *leasing*, no tienen otro ámbito que el previsto en su legislación específica.

Naturalmente, nada impide que las partes construyan contractualmente las figuras de arrendamiento financiero que mejor convengan a sus intereses. Lo que ocurre es que no podrán beneficiarse de las ventajas previstas en la Ley 26/88 aquellos negocios que no se ajusten a la definición y regulación que en la misma se establecen.

Sea como fuere y refiriendonos al ámbito internacional en general, el "leasing" , aplicado a la financiación de la adquisición de buques ha tenido una suerte fluctuante. Siempre ha corrido pareja a la posibilidad de disfrute las ventajas fiscales establecidas en cada momento por las diversas legislaciones nacionales y a la intensidad de aquellas.

Aunque fue utilizado ampliamente en las pasadas décadas, la segunda mitad de los ochenta contempló un cierto declive , consecuencia fundamental de la profunda crisis del sector naviero internacional, unida al paulatino arraigo de las concepciones mas liberales de la economía, en base a cuyos principios un sector en crisis sólo puede sobrevivir a través del mayor desarrollo tecnológico y la mejora de la productividad y nunca a cargo del sistema impositivo, principios que han llegado a ser calificados como el talón de aquiles de la financiación

"leasing" para la adquisición de buques⁶¹.

52.-La venta con condición.-

La transmisión del buque al acreedor bajo la condición suspensiva o resolutoria del pago de la deuda, sin perjuicio de la retrotradición de la posesión del buque al deudor o de su mantenimiento mediante *constituto posesorio* ha sido destacada por VALLET como una modalidad más de estipulación para la garantía del crédito marítimo.

El problema radicaría también aquí en la desproporción de la formula jurídica y de la finalidad perseguida. Sin embargo, y a diferencia de la fiducia, el deudor evita aquí el riesgo de pérdida de la propiedad por razón de su adquisición por tercero de buena fe, supuesto que la condición va ínsita y con efectos reales a la transmisión⁶².

53.-La reserva especial de dominio y la prohibición de disponer.

Para las embarcaciones de recreo existe también la forma especial de garantía estructurada a través de la inscripción registral de la reserva de dominio o de la prohibición de disponer prevista en la Ley de Venta de bienes muebles a Plazos de 17 de Julio de 1.965.

⁶¹Sobre las posibilidades del *leasing* en el negocio naviero, V. RODRIGUEZ ANDIA, Antonio: *Leasing y arrendamiento de buques como sistema de financiación*, "I Seminario de financiación de buques", Asociación Española de Derecho Marítimo, Madrid, 1.984. Por otra parte, conviene tener en cuenta que el *leasing* de buque ha quedado incluido dentro de las prescripciones del Convenio de UNIDROIT sobre *International Financial Leasing*, Otawa, 28 de mayo de 1988. Y ello a pesar de las tesis mantenidas por el CMI, más proclives a una regulación especial del *leasing* naval. V., sobre esta materia, PHILIP, Allan, *Convention on Financial Leasing*, *CMI Newsletter*, Winter 1988 (January 89), pp. 2-14.

⁶²V. VALLET, *Ibíd.*, pp. 208-209.

En efecto, la aparición de la Ley 50/1.965 , de 17 de julio, sobre ventas de bienes muebles a plazos, suscitó la cuestión de si el buque podría ser considerado, a tales efectos, como un bien mueble corporal no consumible, a efectos de la citada ley, y por tanto si podían serle de aplicación sus disposiciones . En caso afirmativo tendríamos en nuestro derecho positivo una nueva modalidad de garantía de los créditos marítimos surgidos de la adquisición de buques o de capitales prestados para tal finalidad⁶³.

En esta materia, y , en particular, en su vertiente registral, destacan las reflexiones de FOSSAR, quien del análisis de las disposiciones reglamentarias dictadas para su desarrollo, obtiene la conclusión de que la aplicación de este régimen especial de garantía de créditos relativos a la adquisición de buques debe considerarse inadmisibile por cuando produciría serias disfunciones en el sistema general que regula su publicidad registral.

Ello salvo la excepción de las embarcaciones de recreo que, por disposición reglamentaria expresa, se incluyeron entre los bienes muebles a que se refiere la ley y fueron declaradas objeto de inscripción en el Registro especial de reservas de dominio y de prohibiciones de disponer⁶⁴.

⁶³El artículo primero de la citada ley , señala que constituye su objeto, «la regulación de las ventas a plazos de bienes muebles corporales no consumibles, de los préstamos destinados a facilitar su adquisición, y de las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de aquellos contratos».

⁶⁴El análisis de este autor ha girado en torno a la posibilidad de que los contratos de financiación y venta a plazos de los buques tengan acceso al registro especial de reservas de dominio y prohibición de disponer creado por el artículo 23 §2 de la Ley y llamado a ser integrado en el futuro Registro de la Propiedad Mobiliara, en virtud de la Disposición Adicional de la Ley 6/1.990, de 2 de Julio, en relación con la Disposición Final segunda de la

b) Figuras contractuales que emplean la garantía
real de buque ajeno

Corresponde ahora el examen de las figuras que procuran la financiación del propietario del buque con técnica de derecho

Ley 19/1.989, de 15 de julio. Al respecto, parte FOSSAR de la norma reglamentaria de desarrollo de la ley (Decreto 1193/66) que en su artículo 1º somete a las prescripciones de aquella a los contratos de ventas a plazos y los préstamos de financiación destinados a facilitar la adquisición ,entre otros, de los siguientes bienes muebles corporales no consumibles: bienes de equipo capital productivo en general y específicamente los tractores, maquinaria agrícola pesada, motores destinados a fines industriales, camiones , autobuses y maquinaria. Por su parte, el artículo 2º considera bienes identificables, a los efectos del Registro, a todos aquellos en que conste la marca y el número de serie o fabricación de forma indeleble o inseparable en una o varias de sus piezas fundamentales. A partir de aquí, distingue entre el buque («universitas facti» y los bienes de equipo (meras cosas compuestas, sin aquella calificación jurídica ni anejos que sigan su régimen jurídico.), y niega la posibilidad de que el buque pueda identificarse por la marca y "el número de serie o de fabricación que conste de forma indeleble", pues aquel se identifica por el registro de su nombre y de sus características esenciales. En cualquier caso admite que el Gobierno podría, haciendo uso de la habilitación que le confiere el artículo 20 de la ley, incluir expresamente los buques como bienes objeto de los contratos sujetos a la ley, si bien su admisión en los Registros de reservas de dominio y prohibiciones de disponer, además de plantear importantes problemas prácticos , chocaría con multitud de preceptos y sería contraria a los principios generales que configuran el sistema de publicidad de los buques. En particular cita la paradoja que supondría que el buque fuese inmueble a efectos de la L.H.N. (art.1º) y mueble para garantizar las obligaciones nacidas de otros tipos de contratos. Asimismo, se resentiría el principio de plenitud de la fe pública que ampara el folio de la inscripción del buque en el Registro Mercantil, pues el adquirente de un derecho sobre el buque debería examinar, además el Registro especial de reservas de dominio y prohibiciones de disponer si quisiera estar seguro de la inexistencia de gravámenes inscritos relativos al buque. Con todo señala como la Ordenanza de este Registro especial, aprobada por orden de 8 de julio de 1.966, vino a permitir ,en su Disposición Adicional 5ª, la venta a plazos de una clase de buques: las embarcaciones de recreo, estableciendo para tal supuesto la anotación de la reserva de dominio y la prohibición de disponer en el Registro de la Comandancia de Marina. Esta posibilidad, que posee la indudable justificación de que estas embarcaciones pueden ser construidas en serie , debe entenderse, desde luego y a contrario sensu que quedan excluidos de las disposiciones de la ley los actos que se refieran a todas las demás embarcaciones que no sean de recreo. FOSSAR, Enrique, *Problemática notarial y registral del buque en la moderna legislación marítima*, RCDI, T. XLII, 1.969, pp.1.566-1567.

En el mismo sentido VALLET , quien sigue a FOSAR en este punto y además explica como el Decreto de 12 de Mayo de 1.966 , que desarrolló la mencionada Ley , estimó sometidos a la misma los "vehículos de toda clase, excepto los de uso comercial, industrial o agrícola", con precio al contado no inferior a 5.000 pesetas ni superior a 300.000 pesetas, mientras que la Disposición adicional 5ª de la Ordenanza para el Registro de venta a plazos de bienes muebles, aprobado por Orden del Ministerio de Justicia de 8 de Julio de 1.966 dispuso que "En la venta a plazos de embarcaciones de recreo se seguirán análogas normas a los de la disposición anterior (que se ocupa de vehículos automóviles), respecto al reglamento administrativo de buques de las Comandancias y Ayudantías de Marina para la constancia en la "Lista de embarcaciones de recreo", de la reserva de dominio o prohibición de disponer. V. VALLET DE GOYTISOLO, *op.cit.*, pp. 212-213.

real de garantía. La prenda y la hipoteca naval ,figuras arquetípicas de garantía naval convencional , han conocido una evolución histórica tortuosa, medrando una a costa de la otra y quedando ambas frecuentemente entrelazadas con el propio devenir del préstamo a la gruesa hasta que éste se convierte en privilegio⁶⁵.

En la actualidad la prenda naval es prácticamente desconocida, mientras que la hipoteca se ha erigido ,ya desde hace décadas, como figura imprescindible para la adquisición de

⁶⁵Sin perjuicio de que a continuación nos ocupemos con más detalle del desarrollo de ambas instituciones, parece conveniente ofrecer ya aquí una visión sintética de la interconexión e interdependencia del préstamo a la gruesa, la prenda naval y la hipoteca naval. Recordemos que la financiación de la expedición marítima mediante el préstamo de capital ajeno era ya una práctica frecuente en el *foenus nauticum* y en la *pecunia traiecticia*. Más tarde el préstamo marítimo a la gruesa ,bien fuera necesario o voluntario y con independencia de la concreta denominación que recibiese en cada momento, seguiría constituyendo el eje crediticio del naviero, su instrumento imprescindible para obtener los recursos necesarios para armar y hacer navegar el buque en su aventura especulativa. Como contrapunto a los intereses del naviero prestatario, el prestamista aseguraba su crédito con una garantía real y convencional sobre la nave (o sobre las mercancías). El *pignus* y la hipoteca fueron las figuras clásicas para ofrecer las naves en garantía de toda clase de créditos, entre ellos el marítimo. Pero la influencia germánica posterior determinaría que algunos ordenamientos negasen la posibilidad de hipotecar bienes muebles ,situación que dejó cercenada la hipoteca naval. Y de aquí que surgieran diversas formas negociales de prenda naval sin desplazamiento de posesión, que pronta y preferentemente fueran empleadas para el aseguramiento del préstamo a la gruesa. Más adelante éste sufre una importante mutación, que acaba cristalizando en la Ordenanza francesa. La garantía real queda incorporada a la propia esencia y estructura del préstamo. El prestamista ya no tiene por que ocuparse de pactar la afectación del buque. Esta se produce *ope legis*. El préstamo a la gruesa queda convertido en crédito marítimo privilegiado. Pero aún así, la figura dejaría pronto de ser el negocio nuclear para la financiación de la expedición marítima. Sus enormes intereses y el alto riesgo que comportaba irían progresivamente mermando el interés de la institución. Las operaciones de préstamo marítimo a secas ,i.e., sin subordinación de la obligación de devolver al feliz arribo y con intereses normales, van ganando terreno y la decadencia del préstamo a la gruesa (aún con privilegio incorporado) se hace más y más evidente. Finalmente , los cambios producidos en las modalidades de explotación naviera determinarían la desaparición práctica de esta vetusta institución. La prenda naval sin desplazamiento se constituye así como el negocio jurídico característico para la garantía de los créditos marítimos y aún de todos aquellos que ,con independencia de su finalidad, tienen por acreedor al propietario del buque. El prejuicio contra la hipoteca naval perdura hasta la codificación, de modo que los Códigos no recogen el instituto. Pero la siempre creciente necesidad de facilitar el crédito marítimo y ,sobre todo, la construcción naval hace que, la hipoteca naval vea su consagración legislativa antes de coronar el siglo y se incorpore así al sistema de financiación, logrando después un notable éxito al ponerse al servicio del llamado crédito naval.

buques, sobre todo de buques de nueva construcción. Mucho más relativo, por no decir inexistente, resulta, en cambio, el papel de la hipoteca naval como instrumento de obtención de capital para subvenir los gastos operativos de la navegación.

54.-La prenda naval.

La figura de la prenda naval, en su concepción clásica romanística no ha resultado nunca satisfactoria como garantía accesoria de una obligación personal del propietario del buque. Fácil es comprender que la dificultad ha estribado en el desplazamiento de la posesión, que es inmanente a la figura.

El deudor se ve privado de generar riqueza con que pagar la deuda si se le despoja de su bien de producción que es el buque. Sólo en los casos en que la explotación es un dato irrelevante o, en los muy especiales, en que no sea temporalmente posible por razones de fuerza mayor u otras que impidan su normal disposición, puede la prenda con traslado de posesión constituirse en instrumento idóneo para procurar la concesión de crédito con garantía real del buque⁶⁶.

Así las cosas, y como tantas veces se ha dicho, la institución halló fortuna sólo al abrigo del rechazo de la hipoteca naval, que tendría lugar al consagrarse la nave como

⁶⁶ Desde luego nada se opone a la prenda naval de los buques de recreo o de otros no destinados a actividades generadoras de riqueza. Por otra parte, y como ejemplo de un caso muy especial, se ha mencionado el supuesto de prenda que contemplaba el derecho danés ("Paut iskibet"), con detentación efectiva por parte del acreedor prendario, justificada en aquellas latitudes durante el invierno en que los hielos paralizan los buques e impiden la navegación. V. GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, p.63.

bien mueble y vincularse la hipoteca únicamente a los inmuebles⁶⁷.

Y, aún entonces, fue para ello preciso modificar-más bien desnaturalizar- la estructura clásica de la prenda para permitir al deudor que prosiguiese con la explotación de su buque. Nacen así ,ya en la Edad Media, diversas formas de prenda naval irregular, que sustituían la tradición material por la tradición ficticia o *per chartam*. Y ,como se ha preocupado de anotar GARRIGUES, estas peculiares figuras prendarias navales aparecen tanto en los derechos latinos como en los derechos germánicos.

Así, según una antigua costumbre francesa, se recurría a un contrato de venta del buque acompañado de otro en virtud del cual el acreedor pignoraticio concedía al deudor el mantenimiento de la posesión, situación que más bien hay que asimilar a la *fiducia*.

En Italia se empleó un sistema, mediante el cual, se

⁶⁷El problema se origina al chocar la prenda sobre bienes muebles con el principio germánico *Hand where Hand*, en cuyo momento se estima que la eficacia de aquella sólo es posible mediante el mantenimiento por el acreedor de la posesión de la cosa pignorada. Se recurrió entonces a la hipoteca naval. Pero ,como ésta estaba entonces reservada para los bienes inmuebles, se considero que los buques poseían tal naturaleza. Ello planteó los problemas ya señalados (V.*sup.* §12), relativos a los derechos feudales señoriales. Para evitarlos, se produjo, en Francia, a finales del siglo XVI, una fuerte presión de comerciantes marítimos y navieros para que los buques fuesen declarados muebles , solicitud que fue atendida por Luis XIV mediante su famoso edicto de Octubre de 1666. Esta naturaleza mueble fue también recogida en la Ordenanza de 1681 y de ahí paso al Code de Napoleón y a la mayoría de los Códigos posteriores. El resultado fue que la prenda quedo caracterizada por la persistencia de la puesta en posesión y por la naturaleza mueble de su objeto, y la hipoteca por recaer sobre bienes inmuebles y por la ausencia de desplazamiento de la posesión , suplido por la anotación registral del gravamen.V. DE GIOANNIS GIANQUINTO, Giovanni, *op.cit.*, p.37.

Respecto al Derecho histórico español, éste ,como ya sabemos, recogió la concepción romana de la hipoteca en las Partidas (5ª, Tít. XIII), que la incluye en el nombre genérico de los "peños" , pudiendo recaer tanto sobre bienes muebles como sobre bienes inmuebles y, desde luego, sobre las naves. V.*sup.*, § 7. Sin embargo, la influencia francesa se hizo sentir en los Códigos de Comercio y en la legislación hipotecaria, primero en el Proyecto de 1.851 y luego, arraigando ya definitivamente, en la Ley Hipotecaria de 1.860 y en el Código Civil (art. 1.874), situación que luego resultaría determinante para que el legislador recurriera a la ficción del art. 1º de la L.H.N. V.VALLET, *op.cit.*, pp.210-212.

equiparaba el buque a un bien perfectamente movilizable, de modo que se hacía posible un contrato de prenda con sólo su transcripción en los registros de la matrícula del buque. Esta transcripción suponía para el acreedor una posesión ficticia⁶⁸.

Pero la figura más característica y conocida en el Derecho italiano histórico fue la del *custode*. Consagrada en el Código de 1.865, la idea descansaba en la designación de una persona (*custode*) que, mediante su presencia constante y material en el buque, habría de velar por los intereses del acreedor. El Capitán era la persona elegida para realizar dicha custodia, salvo que se diese en el mismo la condición de propietario o copropietario, en cuyo caso se designaba *custode* a un tercero que se embarcaba en el buque.

El problema de la representación de intereses contradictorios estaba servido cuando recaía en una misma persona la condición de capitán y de *custode*. En caso contrario, la presencia a bordo de un tercero, que ejercía una "vigilancia molesta" y generaba gastos, tampoco resultaba conforme con los intereses del deudor⁶⁹.

⁶⁸La crítica a este sistema descansaba en la afirmación de que no cabía equiparar al buque con un título valor, siendo aconsejable que, por su cualidad de mueble corporal, no quepa su transmisión sino mediante tradición real o cualquier otro acto equivalente. GONZÁLEZ REVILLA, *op.cit.*, p.13.

⁶⁹ Se trataba de un ingenioso método para hacer posible la prenda del buque sin desplazamiento de la posesión. El nombramiento del "custode" constituía un requisito adicional a ciertas formalidades que debían cumplirse para la regular constitución de la prenda (como la oportuna escritura, la transcripción en los registros marítimos y la anotación en el acta de nacionalidad que debía llevar a bordo la nave). El "custode", llamado a velar por los intereses de los acreedores, debería de estar constantemente a bordo y, como se ha dicho, podía ser el mismo capitán, si no era al propio tiempo propietario o co-propietario, o bien un tercero. Claro es que esta solución acarrearba algunos notables problemas, cuales eran el de la incompatibilidad del capitán para representar simultáneamente los intereses de su naviero (deudor) y del acreedor, así como el de los gastos derivados de la continua presencia en el buque de un tercero, cuando el capitán no era designado *custode* por ser a la vez propietario. GONZALEZ REVILLA nos explica plásticamente los

En el Derecho alemán de la Edad Media se entregaba al acreedor el título de propiedad o bien se anotaba la prenda en dicho título o en el libro de a bordo (los libros municipales del sur de Alemania registran , a partir del siglo XIII , a los buques como una de las cosas objeto de empeño sin tradición). También en el Código prusiano se preveía la anotación judicial o notarial de la prenda en el título de propiedad del buque. Posteriormente alcanzó alguna extensión en Alemania la prenda del buque con tradición simbólica por medio de su inscripción registral y la entrega al acreedor de un título transmisible, configurado con cupones a modo de "warrant", quedando así el buque en cierto modo asimilado a un documento negociable⁷⁰.

La solución que finalmente se implanto en los distintos Ordenamientos fue la de sustituir la tradición del buque , en sus diversas formas, por la publicidad registral del derecho real de garantía. Tal inscripción de la prenda tenía por efecto

reparos que le suscita esta idea: «El "custode" de la nave debía permanecer a bordo de ésta, en tanto la deuda no fuese pagada y hasta la extinción de la prenda...el caso mas frecuente y, por decirlo así, ordinario , sería el de encomendar la custodia de la nave a un extraño, porque el capitán , con arreglo a los principios de una sabia administración y a fin de que atienda mejor al cuidado y conservación del buque, tiene casi siempre parte en éste. Por tanto ¿quién habrá de pagar las expensas y la retribución de la custodia?; ¿el acreedor o el deudor?. En todo caso, el préstamo habrá de recargarse onerosamente con esos gastos. Y si por no tener la propiedad el capitán fuese éste nombrado "custode" , claro es que resultaría un absurdo jurídico, porque siendo por la ley el capitán representante del armador y formando una sola persona con el, aparecería que el "custode" representaba a la vez al acreedor y al deudor y que éste retenía en sus manos la nave empeñada, contra el objeto mismo de tan ingeniosa ficción». V. GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, p.13.

⁷⁰El sistema de los "warrants", estaba admitido por las leyes para los efectos mercantiles que se hallaban depositados en los almacenes generales. El acta de nacionalidad de un buque se dividiría en cupones transmisibles por endoso. A cada cupón iría anexo un billete endosable , denominado "Boletín de prenda". La transferencia de estos boletines , a título de venta o como prenda, podría oponerse y perjudicar a terceros y ser inscrita en el registro del puerto de salida. Aunque el sistema permitiría distinguir perfectamente los derechos de los acreedores y los de los propietarios del buque, fue considerado como muy complicado y carente de utilidad. V. algunas menciones de defensores y detractores que tuvo ésta idea en GONZÁLEZ REVILLA, *ibíd.*, p.14: solución que "tampoco podía admitirse". También, MONFORT BELENGUER, *op.cit.*, p. 436.

contrarrestar la publicidad de la posesión , de la que sigue gozando el deudor. Se trataba de una "contrapublicidad" que permitía a todos conocer la situación jurídica en que el buque se encontraba. Se produce así una asimilación de la prenda naval a la hipoteca.

La prenda registral se inicia en Francia con la ley de 10 de septiembre de 1.874, extendiéndose de allí a las demás legislaciones⁷¹.

Este tipo de construcciones , un tanto artificiosas, son sustituidas generalmente cuando la hipoteca naval acaba por obtener su consagración legislativa. Desde entonces la prenda naval queda constreñida en la práctica al supuesto típico y clásico de la figura, sin que a la misma alcance la modalidad de prenda sin desplazamiento que vería la luz en el discurrir legislativo del presente siglo⁷².

⁷¹Esta modalidad de prenda registrada (equivalente a la hipoteca) es también la que más se ha empleado en Alemania, si bien en dicho país coexiste la prenda propiamente dicha (con desplazamiento de la posesión) para buques no registrados. V., en general, sobre la tradición *per chartam* en la prenda naval: GARRIGUES, *op.cit.*, p.539 ; VALLET, *op.cit.*, pp. 209-210.

⁷²Como es sabido una serie de disposiciones dictadas en nuestro país desde principios del presente siglo (Real Decreto de 22 de septiembre de 1917, regulador de los préstamos con garantía de prenda agrícola; Decreto de 29 de noviembre de 1935, que extendió igual derecho para los tenedores de aceite) vinieron a romper el criterio histórico y doctrinal que diferenciaba la prenda de la hipoteca en función de que se diese el desplazamiento de la posesión del deudor al acreedor. Posteriormente , la Ley de 5 de Diciembre de 1.941 , refundió las referidas disposiciones, que hasta entonces habían mantenido su carácter excepcional, en una regulación general y común que supuso la creación de una segunda sección en el capítulo II, Título XV del Código civil, bajo el epígrafe "De la prenda sin desplazamiento", integrada por los artículos 1.863 bis al 1.873 bis., y de aquí se pasó a la vigente Ley de Hipoteca Mobiliara y Prenda sin desplazamiento de la posesión (LHMPSD) de 16 de diciembre de 1954. V. NART, Ignacio, *op.cit.*, p. 16. Sin embargo no creemos de aplicación el supuesto de prenda sin desplazamiento de máquinas y demás bienes muebles identificables a que se refiere el artículo 53.1° de la LHMPSD. A dicha conclusión nos mueve el hecho de que el legislador ha incluido expresamente como objeto de hipoteca mobiliaria a los vehículos y a las aeronaves (art. 12 LHMPSD). Ello significa que este tipo de bienes de "locomoción" queda fuera del artículo 53.1° de la LHMPSD. Y es razonable pensar que está es la misma solución que ha de seguirse para los buques, supuesto que son bienes de la misma naturaleza. El hecho de que no figuren junto a las aeronaves y demás vehículos como objeto de hipoteca mobiliaria se

De este modo la prenda naval solo resultará de utilidad en los escasísimos supuestos en que la continuidad de la explotación del buque por el deudor constituya un dato irrelevante en la causa del contrato constitutivo de la obligación principal.

55.-La hipoteca naval: Caracterización general.

La hipoteca naval es la figura arquetípica de los gravámenes navales contractuales. Se trata de un derecho real de garantía sobre el buque , que se diferencia de los privilegios en un doble orden, jurídico y económico. En el primer aspecto, es en el nacimiento y en la publicidad donde hay que situar los elementos distintivos básicos. En el segundo, debemos fijarnos en la diversa función de cada una de dichas figuras.

En cualquier caso, el relevante papel que ha desempeñado y desempeña la hipoteca naval hace aconsejable un examen aparte y detallado de las vicisitudes que han rodeado siempre el desarrollo y la implantación de ésta institución.

Asimismo es conveniente detenerse en la importancia que hoy día posee como instrumento de financiación de la adquisición de buques y como mecanismo canalizador de las políticas estatales de promoción de sus flotas mercantes y de apoyo a la actividad industrial de sus astilleros.

a).-Evolución reciente y concepto.

explica por la preexistencia para aquellos de una ley especial, i.e., la LHN.

La superación de viejos prejuicios conceptuales⁷³, producida tan sólo en la segunda mitad del pasado siglo, junto a las crecientes presiones económicas sectoriales, consiguen que finalmente el legislador se decida a proporcionar adecuada vestidura jurídica a los negocios de garantía real sobre naves y aparecen así las leyes especiales sobre hipoteca naval⁷⁴.

Aunque el Código italiano de 1865 ya se ocupaba del *pegno* naval, figura prácticamente equivalente a la hipoteca⁷⁵, sería la Ley francesa de 1874, enmendada luego por la de 1885, la primera que establecería una clara, completa y especial regulación de esta institución, cuyo modelo serviría después de referencia para algunos otros países⁷⁶.

⁷³ No es ocioso insistir en ésta idea, que ésta bien arraigada en nuestra doctrina. Así URÍA atribuye el proceso evolutivo, que condujo a la positivación de la hipoteca naval, precisamente a la necesidad de superar la dificultad técnica que suponía la naturaleza mueble del buque. Se llega así, tras la prenda irregular del buque, a la hipoteca naval, que se revela como institución mas adecuada para obviar la tradición del buque. URÍA, *op.cit.*, p.988.

⁷⁴ Frente a otras figuras de garantía, originadas más a remolque del derecho consuetudinario, señala DUQUE que la hipoteca naval es el producto de la tarea de un "pensamiento reflexivo de un legislador técnico", que, ya en el Siglo XIX se cuestiona racionalmente la idoneidad de las instituciones marítimas tradicionales para hacer frente a las nuevas necesidades que van surgiendo en una cambiante realidad comercial y financiera, y, como consecuencia obligada, la posibilidad de recurrir a otras inéditas, que incluso podrían colisionar con las clásicas. V. DUQUE, *op.cit.*, p.18.

⁷⁵ Observa GONZALEZ REVILLA como el prejuicio de considerar no hipotecables sino bienes inmuebles se tradujo en los términos empleados en el Código italiano, que denomina "*pegno*" a la hipoteca naval. V. GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, p.31; y ALBACAR LOPEZ, *El buque como objeto de garantía: La Hipoteca Naval*, BAEDM, n°s. 6 y 6/1986, p.68. En estos mismos términos MARTUCCIELLO, para quien el *pegno sulla nave*, regulado en los artículos 485-490 del *Código* italiano, posee tales características que se trata en realidad de una hipoteca. Esta es, en realidad, la institución que tuvieron en mente los autores del Código, quienes sin embargo emplearon el nombre de *pegno* para «*conservare nel Codice di Commercio l'armonia con le disposizioni e col liguaggio del Codice Civile*». V. MARTUCCIELLO, *Intorno...cit.*, pp. 241-262.

⁷⁶ Según nos explica TETLEY, las nuevas necesidades financieras propias de la explotación marítima de finales del pasado siglo fueron decisivas para la extinción del préstamo a la gruesa y correlativo nacimiento de la hipoteca naval. El ejemplo de la Ley francesa sería por otros países, como España. V. TETLEY, William, *Ship Mortgages and Hypothecs*, IDM, 1985, p.227. También: PADILLA GONZÁLEZ, en *Derecho Mercantil...cit.*, pp.1164-1165. Sobre éste

Nuestro legislador de 1.885 no quiso contemplar en el Código de Comercio la hipoteca naval, que bien pudo haber tomado de la ley francesa preexistente. Se limitó a recoger y regular de nuevo el préstamo a la gruesa-ya a la sazón obsoleto- como único contrato para la financiación marítima⁷⁷.

Sin embargo, ocho años después habría de dar satisfacción a las demandas procedentes del mundo marítimo, publicando la Ley de 21 de Agosto de 1.893, sobre Hipoteca Naval, en cuyo artículo 1º recurrió a la conocida ficción jurídica de considerar bien inmueble al buque a los efectos de la hipoteca. Con esta técnica, discutible y discutida, se quería salvar la contradicción que habría supuesto la creación de la hipoteca mobiliaria, en un momento en que la radical distinción entre prenda de bienes muebles e hipoteca de bienes inmuebles (arts. 1.874 Cód.civil y art. 106 L.H.) constituía el eje vertebral del derecho patrimonial español⁷⁸.

particular dice FARIÑA que la hipoteca naval entró, sobre el molde romano, en la práctica del siglo XVI, si bien no encontró tan tempranamente su pleno reconocimiento legal. Fue a finales del pasado siglo cuando se dictaron leyes en todos los países con vistas a favorecer la hipoteca marítima como fórmula de financiación llamada a sustituir al préstamo a la gruesa. Esta pugna con el préstamo a cambio marítimo finalizó en Francia con la ley de hipoteca naval de 10 de Diciembre de 1.874, reformada por ley de 1.885, que vinieron a negar el privilegio que tenía a su favor el prestamista a la gruesa. V. FARIÑA, *op.cit.*, pp. 223-224.

⁷⁷ Debe, no obstante anotarse, que la falta de positivación del instituto no equivalía a la ausencia del negocio en la vida del tráfico. Al respecto nos dice GONZÁLEZ REVILLA que la hipoteca naval era practicada desde mucho antes de que las leyes se ocupasen de esta institución, ya que el comercio marítimo vino a suplir las lagunas de la ley a través de ciertos pactos que expresamente gravaban los buques con hipoteca. En concreto comenta este autor un caso de hipoteca convencional de una nave en garantía de la satisfacción del precio de un contrato de compraventa, concluido con anterioridad a la L.H.N., cuyo crédito no podía pretender mayor preferencia que la dimanante del número 8º del art. 580 del C. de c. V. GONZÁLEZ REVILLA, *op.cit.*, pp. 5 y 209.210.

⁷⁸ En este sentido explica el maestro GARRIGUES, que se consiguió así abrir paso al crédito hipotecario en el tráfico marítimo sin necesidad de quebrantar la armonía de nuestro sistema legal. V. GARRIGUES, *op.cit.*, p. 540. También ALBACAR LOPEZ sustenta la opinión de que la conversión del buque en inmueble fue lo que permitió la aparición de

Por lo que respecta al concepto de la hipoteca naval, está se construye en nuestro Derecho exactamente con los mismos moldes que la hipoteca inmobiliaria, sin más particularidades que las derivadas de la especial movilidad y características que presente el buque como objeto gravado y la sustitución del Registro de la Propiedad por el Mercantil. De hecho, el artículo 28 de la LHN calca el artículo 104 de la LH para explicar los efectos de la hipoteca. Por ello no debe extrañar que la doctrina haya venido considerando a la hipoteca naval como una variedad de la hipoteca inmobiliaria, participando por ello de todas las características esenciales a esta última.

No existe por ello inconveniente en aceptar, para la hipoteca naval, el siguiente concepto : «Derecho real de garantía indivisible que grava buques ajenos sin desplazamiento de su posesión, dotado de reipersecutoriedad , realización y preferencia y constituido para asegurar el cumplimiento de una obligación principal respecto a la que se coloca como accesorio»⁷⁹.

Por otra parte, parece que habrá que conceder a la hipoteca naval carácter de mercantil, al menos siempre que el titular del

las legislaciones específicas sobre la hipoteca naval. V. ALBACAR LOPEZ, *op.cit.*, p.68. Pero , como acertadamente señala SANCHEZ CALERO, esta solución, ciertamente forzada, no habría resultado necesaria si se hubiese admitido, ya en 1.893, que el buque, como bien mueble registralmente identificable, podía ser objeto de hipoteca mobiliaria, como finalmente se reconocería en nuestro derecho para la aeronave y otros bienes muebles con las mencionadas características en la LHMPSD de 1.954. V. SANCHEZ CALERO, *op.cit.*, pp.546-547. También MONFORT BELENGUER ha criticado la ficción del art. 1º de la L.H.N. , con las siguientes palabras: Es innecesario «recurrir a conceptos retorcidos para aplicar la hipoteca a los buques». V. MONFORT BELENGUER, *op.cit.*, pp. 432-433.

⁷⁹V. ALBACAR LOPEZ, quien, siguiendo a ROCA SASTRE, nos ofrece un detalle explicativo de estas características de la hipoteca naval., *op.cit.*, pp.69-70. Por su parte GONZÁLEZ REVILLA definía así la hipoteca naval como «un derecho real constituido sobre una nave ajena en garantía de un crédito, en cuya virtud el acreedor, si no se le paga la deuda en el plazo convenido, puede hacer embargar y vender la nave hipotecada». V. GONZÁLEZ REVILLA, *op.cit.*, p. 3.

buque posea la condición de comerciante (empresario)⁸⁰.

b).-Ventajas e inconvenientes.

La doctrina, que, desde finales del pasado siglo, se ocupó de la hipoteca naval, lo hizo, generalmente, para remover los viejos prejuicios que lastraban cualquier iniciativa dirigida a una regulación clara y precisa del instituto.

Destacan en este punto los esfuerzos de la doctrina italiana para desvirtuar la extendida opinión, según la cual existían cuatro grandes obstáculos que se alzaban frente a toda pretensión de positivación de la hipoteca naval, *i.e.*, a) la condición mueble de la nave; b) su movilidad física; c) los graves riesgos a que se hallaba sujeta; d) el menoscabo de la garantía que suponía la existencia de los privilegios marítimos.

Así GIOANNIS GIANQUINTO (seguido más tarde por VIO y MONACCIANI) señaló la artificialidad de los dos primeros problemas aludidos si se reparaba, de un lado en la tradición jurídica romana y, de otro, en el hecho de que la nave no podía ser sustraída u ocultada como cualquier otro bien mueble. Como bien mueble registrable e identificable, se encontraba en todo momento bajo el control de su Estado de pabellón, lo que hacía de ella un bien apto para garantizar el crédito marítimo

⁸⁰En principio, toda hipoteca naval podría ser considerada como un acto de naturaleza "análoga" a los privilegios marítimos, recogidos en el artículo 580 del C.de c, y ser así calificada de acto de comercio. Sin embargo, el artículo 51 de la LHN conduce a entender que la hipoteca será civil o mercantil en función de la condición del propietario del buque. En este sentido se ha dicho que la hipoteca naval constituye una de las formas del crédito general, ya que el buque puede hipotecarse por una obligación civil. Y por esta vía se ha llegado a dudar que la hipoteca naval sea una institución del Derecho marítimo, salvo en cuanto respecta a la necesidad de encontrarla un lugar prelativo cuando, en ejecución, concurren otros créditos de que la nave responde. V. VALLET DE GOYTISOLO, *op.cit.*, p. 155, en cita a VICENTE Y GELLA.

hipotecario.

La identificabilidad era el único dato relevante, no la naturaleza jurídica ni el carácter esencialmente movable de la nave. El seguro servía para obviar el pretendido tercer obstáculo, bien subrogándose el acreedor hipotecario en la indemnización del seguro o bien asegurando éste directamente su crédito para caso de siniestro de la garantía.

Por último, el problema de la prelación de los privilegios dejaría de serlo si se lograba reducir el número de los que podrían anteponerse a la hipoteca, limitándolos a los créditos que ,por su propia naturaleza, resultasen ser inasegurables⁸¹.

Esta corriente, dirigida a demostrar la conveniencia de la positivación de la hipoteca naval y a sentar las bases dogmáticas que habrían de orientar el trabajo del legislador, estuvo asimismo presente en nuestro país, donde se alzaron voces que predicaron las ventajas que, para el tráfico marítimo en general, deberían seguirse de la implantación y regulación del crédito hipotecario naval⁸².

Sin duda el mayor mérito en la defensa de la necesidad de introducir en nuestro ordenamiento una adecuada regulación de la

⁸¹V. DE GIOANNIS, *op.cit.*, pp.24-59; ; VIO, Antonio, *Alcuni cenni sull'ipoteca navale*, *IDM*, 1909, pp.121-132; MONACCIANI, Luigi, *La tutela del crédito navale*, Dott. A. Giuffré, Milano, 1935, p.25.

⁸²La postura dominante en los ambientes marítimos y navieros, y también en la doctrina jurídica, veía en la hipoteca un instrumento idóneo para los intereses del tráfico y solicitaba la introducción de la oportuna regulación en nuestro Ordenamiento. Se decía al respecto que las deficiencias del préstamo a la gruesa hacían patente la conveniencia de recurrir a otra institución que disminuyese el riesgo para el acreedor y la carga financiera del deudor, de modo que fuese capaz de atraer los capitales que el fomento de la marina mercante precisaba. Esta institución no podía ser otra que la hipoteca naval, cuya implantación debería únicamente coexistir con el préstamo concertado durante el viaje en los casos verdaderamente perentorios y urgentes, debiendo quedar relegado el concertado antes del viaje. V. ONDOVILLA Y DURAN, Agustín: "Hipoteca Naval", *RGLJ*, T. L, 1.877.

hipoteca naval corresponde a GONZÁLEZ REVILLA, quien llegó a proponer públicamente diez bases llamadas a servir de guía al legislador, bases que serían asumidas, en forma de recomendación, por un Congreso Mercantil, celebrado en Mayo de 1.886⁸³.

Pero tampoco faltaron detractores, que con mentalidad exageradamente conservadora y escaso pragmatismo, veían en la hipoteca un intruso perjudicial y perturbador del sistema a la sazón vigente en materia de garantías navales y de prelación de créditos. Al respecto se observó que la hipoteca venía a reducir la solvencia comercial que el buque proporcionaba en el tráfico, pues aquel veía disminuido su valor por la existencia del gravamen⁸⁴.

⁸³Comentando los supuestos de hipoteca naval concertados en la práctica contractual y carentes de regulación específica, GONZALEZ REVILLA se hacía las siguientes preguntas: "¿es posible que nuestro derecho continúe en tal indeterminación? ¿Pueden seguir existiendo tales lagunas en nuestras leyes? ¿Es oportuno que los contratantes, los juriconsultos y los tribunales no sepan aún a que atenerse, respecto de una institución de tal importancia? ¿Pueden considerarse adelantado un país cuyo derecho ha de permanecer todavía abandonado a la voluntad de los particulares, sin que estos tengan medios de hacerlo efectivo?. Aludiendo después a la hipoteca naval como remedio para el crecimiento de la flota mercante española decía: «...si bien la hipoteca naval no atraerá por su sola virtud capitales a la construcción naval y a las industrias marítimas, es incontrovertiblemente una institución de garantía necesaria y apropiada para sacar de apuros a los armadores, que hoy no pueden en España proporcionarse los capitales precisos sino sometiendo su propiedad a las usuras enormes del préstamo a la gruesa, y aun así muy imperfectamente. Establecida la hipoteca naval en la ley de tal modo que esta contenga los preceptos convenientes para su eficacia, y cimentada aquella institución sobre las bases de la escasa especialidad y la publicidad en proporción que creara la seguridad de la garantía aumentará la facilidad de obtener capital a préstamo y disminuirá su precio e intereses». V. GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, pp. 210-211 y 237. Las "Bases" pueden verse en pp. 238-243.

⁸⁴En esta línea se llegó a acusar a la hipoteca naval de compaginarse mal con las necesidades e intereses presentes en el derecho marítimo clásico y de suponer un peligro para algunas de sus más preciadas instituciones, como la integridad del patrimonio de mar constituido en garantía de los acreedores marítimos. V. estas reflexiones en LUREAU, Pierre, citado y transcrito por VALLET DE GOYTISOLO del siguiente modo: «La hipoteca, institución terrestre, se integra mal en el cuerpo del derecho marítimo, en el que aparece como uno de esos trasplantes que el ser rechaza cuando no es de su sangre y de su propia naturaleza...atenta, por sí misma, a la noción de fortuna de mar, a la integridad de ese patrimonio que su propietario expone y que es la garantía de sus acreedores marítimos en la concepción clásica». VALLET DE GOYTISOLO, *op.cit.*, pp. 157-158.

56.-Significado económico actual:El llamado crédito naval.

Para el cabal entendimiento del papel jugado por la hipoteca naval como instrumento de financiación de la actividad marítima resulta conveniente distinguir, de una parte, los créditos de construcción o adquisición del buque y , de otra, los llamados créditos de explotación.

Ocurre que no es lo mismo un sistema concebido y destinado a proteger el crédito derivado de la explotación o tráfico del buque y otro llamado a la tutela del crédito en su significado capitalista, es decir el dinero puesto en circulación por las entidades de financiación públicas o privadas. En el primer caso se trata de asegurar el comercio marítimo y la navegación. En el segundo de atender una necesidad previa o antecedente.

Pues bien, mientras que las instituciones clásicas ,como el préstamo a la gruesa (y también en buena medida el préstamo marítimo con garantía accesoria de prenda naval) estaban pensados para acomodarse a las necesidades de financiación del viaje marítimo aislado y respondían a la primera de las señaladas categorías de crédito, la construcción naval o la compraventa de buques precisan de la financiación a largo plazo de enormes sumas de dinero y ,por ello mismo, requieren un sistema de garantía también a largo plazo cual es la hipoteca naval.

La práctica del corriente siglo pronto mostraría el diferente significado económico de ambos sistemas de financiación. Así, las garantías reales convencionales van siendo progresivamente sustituidas en las operaciones de tráfico por

otros medios de financiación⁸⁵.

Y al mismo tiempo el recurso a la hipoteca naval se afianza y generaliza como garantía del crédito contraído en la construcción o adquisición del buque, crédito que ,según observa VALLET, merece y precisa de la protección hipotecaria por fundadas razones "axiológicas y teleológicas"⁸⁶, hasta el punto de que ,sin ella, no cabe concebir, como ya escribiera ARROYO, la viabilidad de la explotación naviera⁸⁷.

⁸⁵GONZÁLEZ REVILLA relata como a finales del pasado siglo era ya frecuente que las sociedades anónimas propietarias de los grandes buques recurriesen a la emisión de obligaciones para conseguir financiación. Por lo que se refiere a los buques mas pequeños, lo normal era que el naviero ,que solía ser también el capitán, apelase al crédito ,con interés mas o menos elevado, y estipulase un seguro sobre el feliz arribo del buque , seguro que constituía la mayor garantía del crédito ,sin necesidad de recurrir a la garantía real. V.GONZÁLEZ REVILLA, *op.cit.*, p.62. Por su parte, observa URÍA que, salvo en los supuestos de construcción naval en que la hipoteca naval se ve potenciada en el marco de las medidas administrativas dirigidas al fomento de aquella, la institución no ha tenido el éxito que de ella cabía esperar como instrumento básico para la obtención de crédito. Atribuye este hecho a dos razones: 1º) En el caso de las grandes empresas navieras, mayores ventajas de otros métodos de financiación, tal como la emisión de obligaciones o el aumento de capital; 2º) Debilitación de la garantía hipotecaria ante la presencia de los privilegios marítimos. V. URÍA, *op.cit.*, pp.988-989. Precisamente en la falta de prioridad de la hipoteca naval es donde sitúa MUÑOZ PLANAS el acento para explicar las razones por las que el instituto resulto inoperante durante décadas. V. MUÑOZ PLANAS, J.M., *Código de Comercio y Derecho Marítimo. Centenario del Código de Comercio*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1.986, V.I., p. 414. Por su parte, señala también FARIÑA que la hipoteca naval no produjo los resultados que de ella se esperaban como instrumento de financiación de la actividad naviera y opina que ello fue debido a los enormes cambios experimentados precisamente a partir de finales del siglo pasado, entre los que cabe mencionar el desarrollo de las comunicaciones inmediatas; la aparición de las grandes compañías navieras, capaces de recurrir a otros medios de obtención de recursos que les deparaba su forma societaria; y la generalización del sistema de agencias consignatarias en todos los puertos. Además, y muy principalmente: «la organización de las grandes empresas de navegación, que en sus balances establecen las reservas anuales suficientes para hacer frente a las eventualidades que pueden surgir, recurriendo en caso necesario a la emisión de obligaciones y contando también con la ayuda del Estado...». V. FARIÑA, *op.cit.*, p.224.

⁸⁶V. VALLET, *op.cit.* pp. 149-151.

⁸⁷Al respecto ha señalado ARROYO que si la capacidad para obtener crédito es importante para cualquier empresa, resulta decisiva para la empresa naviera a la vista del enorme valor de sus activos: los buques. Ello es así hasta el punto de que no es exagerado decir que la posibilidad de obtener empréstito es requisito imprescindible para la propia existencia de la empresa naviera. Ningún naviero del mundo construye buques sin acudir al crédito naval y ninguna entidad bancaria concede crédito para dicha construcción sin incluir entre las garantías exigidas la real hipotecaria. Por ello el Derecho marítimo

Pero el verdadero éxito alcanzado por la hipoteca naval ha de ser situado en el contexto de las políticas desarrolladas por los distintos Estados para la promoción y desarrollo de las flotas mercantes y de pesca, que surgen con pujanza en los últimos siglos y se concretan en disposiciones legales especiales⁸⁸.

En efecto, estas normas suelen situarse en torno al establecimiento de condiciones de crédito ventajosas para la adquisición de buques. Aparece así lo que se ha dado en llamar el "crédito naval", puesto al servicio de los intereses del Estado y para cuya seguridad se impone necesariamente la garantía naval hipotecaria.⁸⁹

ha excepcionado las reglas generales permitiendo , de una parte, la hipoteca sobre bienes muebles, y, de otra, la hipoteca sobre bienes futuros: los buques antes de ser construidos, o al menos sobre sus dos terceras partes (art. 16 L.H.N.). V. ARROYO, Ignacio, *Reflexiones sobre la reforma del Código de la Navegación (Segunda parte)*, *Anuario de Derecho Marítimo*, V. VII, 1989, p. 37.

⁸⁸En este sentido señala RIOS SALMERON que sólo la política de reconstrucción de la flota mercante seguida después de nuestra guerra civil hizo cobrar nuevos bríos a la hipoteca naval cuya vida había sido ciertamente decadente en el primer cuarto del siglo.V. RIOS SALMERON , *op.cit.*, p.138. En el mismo sentido, MONFORT BELENGUER nos dice que el empleo de la hipoteca naval en España atravesó una época de decadencia que terminaría al iniciarse la política de reconstrucción de nuestra flota mercante y pesquera , en particular, con la instauración, en 1.939 del crédito naval oficial a través del "Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional" . A su amparo nacieron multitud de contratos de hipoteca naval, sobre todo en la modalidad de buque en construcción.V. MONFORT BELENGUER, J. B., *En torno a la eficacia...cit.*, 431-432.

⁸⁹La realidad muestra como en los distintos países se han establecido y regulado la concesión de crédito por entidades de financiación de pertenencia estatal y en condiciones financieras más ventajosas que las ofrecidas por el mercado privado de capitales. Como garantía de pago de tales créditos se constituye hipoteca sobre el buque objeto de construcción. Sin remontarnos a antecedentes más remotos, el fenómeno que comentamos fue inaugurado en España por la Ley de 2 de junio de 1939. Posteriormente, la Ley de 12 de Mayo de 1.956, de Protección y Renovación de la Marina Mercante, y la Ley de 23 de Diciembre de 1.961, de Renovación y Protección de la Flota Pesquera incluyeron beneficios para el crédito naval, siempre que este estuviera debidamente garantizado con hipoteca. Dichas prescripciones fueron derogadas ya por el Real Decreto Ley 9/1.981, de 5 de Junio, a cuyo amparo se dictó el Real Decreto 643/1.982, de 26 de Febrero , sobre medidas de reconversión del sector de Construcción Naval, complementado por el Real Decreto 736/1.983. Más tarde se dictó el Real Decreto Ley 8/1.983, de 30 de noviembre, de Reconversión y Reindustrialización, que deroga todas las disposiciones anteriores que se opongan a las normas que en el mismo se establecen sobre la materia. Entre

Claro es que la notable importancia económica y jurídica que caracteriza hoy a la institución no debe confundirse con la bondad e idoneidad de nuestra legislación positiva.

Mientras que los Ordenamientos que nos son más próximos han evolucionado sensiblemente regulando la hipoteca naval de un modo acorde con las actuales exigencias y en clara sintonía con los compromisos internacionales (Convenio de Bruselas de 1926)⁹⁰, la regulación material del instituto sigue descansando en nuestro

dichas normas se autoriza al Gobierno para que declare en reconversión un sector determinado, estableciendo el plan, beneficios y medidas correspondientes para llevarlo a buen fin. A partir de esta habilitación se promulgó el Real Decreto 1271/1.984, de 13 de Junio, sobre medidas de reconversión del sector de construcción naval. En su Capítulo V "Medidas de apoyo a la demanda" se regulaba todo lo concerniente al crédito naval. En materia de garantía, el art. 22. d) decía literalmente: "Garantía: Se afianzará primordialmente con la hipoteca sobre el objeto del contrato y contemplará la solvencia profesional del solicitante y la rentabilidad de la explotación, a cuyo efecto se solicitará informe del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones. La entidad de crédito podrá solicitar del armador la necesaria capitalización de la empresa para poder hacer frente a los pagos no cubiertos por la financiación". La Ley 27/1.984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización respetó las normas y los planes de reconversión sectorial vigentes en el momento de su promulgación (D.T. Primera.1) por lo que no afectó al anterior régimen de crédito naval, el cual fue sustituido después por el R. Decreto 1239/1.987, de 31 de Julio, sobre medidas de carácter financiero de apoyo a la demanda de buques, cuyo art. 2º c) regulaba las garantías en forma análoga a como lo hacía la disposición anteriormente citadas, si bien precisa que la hipoteca "cubrirá entre el 60 por 100 y el 65 por 100 del valor que haya servido de base para la concesión del crédito". La vigencia de esta disposición terminó el 31 de diciembre de 1990, siendo sustituida por el R.D. 1331/1991, de 2 de agosto, dictado en aplicación de la Directiva del Consejo (CEE), de 21 de Diciembre de 1.990, sobre ayudas a la construcción naval - (90/684/CEE) - DOCE 31.12.90-vigente hasta el 31 de Diciembre de 1.993. Como en las disposiciones anteriores, la hipoteca naval se establece como principal garantía para el afianzamiento del crédito, si bien la entidad de financiación puede exigir cualesquiera otras garantías complementarias (art. 2º. d). V. CORA RODRIGUEZ, *op.cit.*, pp.95-97, donde se contiene una referencia sobre las normas del crédito naval. También, para un rápido examen de las distintas condiciones nacionales para la financiación de la adquisición de buques a mediados de los ochenta puede verse LARRUMBIDE, Eduardo, : *La financiación de buques y los medios de crédito en la hora actual, I Seminario de Financiación de Buques*, AEDM, Madrid, 1.984. V., igualmente, ECHEVARRIA, Luis, *Credito Naval*, RDM, nº 65, julio-sept., 1.957, pp.103-109.

⁹⁰En Francia, la Ley de 10 de diciembre de 1874 sería pronto modificada por la Ley de 19 de julio de 1885 (que entre otras cosas, eliminó la preferencia sobre la hipoteca del privilegio por préstamo a la gruesa voluntario). En la actualidad, la hipoteca naval viene regulada en la Ley nº. 67, de 3 de Enero, y por el Decreto nº. 67-967, de 27 de octubre. V., sobre el régimen actual de la hipoteca naval en Francia: DU PONTAVICE, Emmanuel, *Le statut des navires*, Librairies Techniques, París, pp. 179-225. En Italia, la institución fue incluida en el *Codice della Navigazione* (arts. 565-577). Para la hipoteca naval en Italia, V. BERLINGUERI, F., *I Diritti...cit.*, pp. 272-340.

Derecho (al margen de la legislación especial sobre crédito naval) en la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893. Resulta claro que esta requiere de una revisión, aunque sólo sea para adaptarla a la vigente legislación hipotecaria y a la disciplina internacional sobre privilegios e hipotecas⁹¹.

57.-El mortgage.

El *maritime mortgage*, consagrado "estatutariamente" ,por primera vez, en la *Merchant Shipping Act* de 1854 y recogido después en la de 1894 (*sects.31-46*) es una institución procedente directamente del *common law*⁹² y no de la *lex marítima* ni *mercatoria*, como ocurre con los *maritime liens*. El instituto cumple en Derecho inglés una función económica equivalente a la de la hipoteca naval continental pero obedece a una estructura jurídica distinta. En su virtud, el buque queda contractualmente constituido en garantía real para asegurar el pago de una suma prestada. Ello se consigue mediante la transferencia de la

⁹¹Así, FOSSAR, para quien el sólo hecho de que la LHN se inspirase, lógicamente, en la doctrina hipotecaria de su época, supone que, hoy día, resulte, además de fragmentarla, técnicamente anticuada en materia jurídico registral. V. FOSSAR, *op.cit.*, p. 1512.

⁹²El Common Law ha distinguido tradicionalmente entre la "prenda viva" (*vivum vadium*) y la "prenda muerta" (*mortum vadium* o *mortgage*). La primera se daba cuando la cosa en garantía se entregaba al acreedor para que éste aprovechase sus frutos, los cuales debía aplicar a la satisfacción de su crédito. La calificación de prenda viva procede del hecho de que la propiedad del deudor siempre sobrevivía, recuperando la posesión tan pronto como el acreedor había terminado de satisfacer su crédito (para nosotros sería una especie de anticresis). Por el contrario la prenda era muerta (*mortgage*) cuando en caso de no devolverse la suma prestada en el caso convenido, el dominio de la cosa transmitida en garantía moría definitivamente para el deudor, convirtiéndose el acreedor en su absoluto propietario sin que para ello precisase de un nuevo acto de posesión. Este era el sentido del *mortgage* en el Derecho común inglés hipotecario. La propiedad se transmitía por el deudor al acreedor como si se tratase de una transferencia ordinaria y definitiva pero con la condición de que la misma será retransmitida en virtud de una cláusula especial (*proviso for reconveyance*) en el supuesto de que el deudor realizase el pago en los términos pactados. Sin embargo, era común estipular, mediante un pacto accesorio, que el deudor conservaría el uso de la cosa hasta el vencimiento de la deuda. V. GONZÁLEZ REVILLA, *op.cit.*, pp. 50-51.

propiedad al acreedor (*mortgagee* o *mortgagiste*) bajo la condición de que el deudor (*mortgagor* o *mortgageur*) la recuperará si reembolsa la suma debida en el plazo estipulado.

El *mortgage* se constituye mediante el oportuno convenio, que ,para poder ser inscrito y cualificarse de *legal*, debe ajustarse a los modelos anexos a la *Merchant Shipping Act*⁹³. Esta formalidad no impide que pueden acompañarse pactos adicionales de garantía (*collateral securities*).

Como se ha dicho, el *mortgage* produce el efecto de transferir el derecho de propiedad sobre el buque. El deudor (*mortgagor*) puede redimirla una vez pagada la deuda con sus intereses en los plazos estipulados. Sin embargo esta facultad de redención decae si, antes del momento del pago, el acreedor (*mortgagee*) ha hecho uso de su derecho de vender el buque⁹⁴.

La constitución del *mortgage* no impide al deudor seguir disfrutando del uso del buque. Este continúa en su posesión y responde frente a terceros de todos los hechos derivados de la explotación y navegación. El acreedor, aún siendo propietario formal, queda al resguardo de las responsabilidades dimanantes

⁹³Un *mortgage* sólo será *legal*, *registered* or *statutory* y quedará regulado por la *Merchant Shipping Act* de 1984 si reúne los requisitos, incluso de forma, previstos en dicha Ley y se encuentra inscrito en el correspondiente registro de buques pertenecientes a ciudadanos británicos. En los demás supuestos se habla de *mortgages* excluidos del ámbito de la ley o de *equitable mortgages*, según los casos. La principal consecuencia de esta calificación estriba en el orden prelativo que la ley concede a una u otra clase de gravamen. En general, todo *mortgage* es de peor rango que los *maritime liens* y los *possessory liens*. A continuación siguen los *registered mortgages* y ,después, los demás *mortgages*. V. sobre las distintas clases de *mortgage* y sobre la preferencia entre ellos: CONSTANT, *The Law relating ...cit.*, pp.12-14 y pp. 46-62. También, TETLEY, *op.cit.*, pp.208-213.

⁹⁴Como veremos inmediatamente tal derecho puede ser ejercitado, no sólo en caso de impago, sino también cuando el deudor está utilizando el buque de un modo que suponga menoscabo de la garantía.

de la utilización del buque⁹⁵.

Sin embargo puede tomar posesión del buque, bien al producirse el incumplimiento de pago en los términos acordados o bien si el empleo que del buque hace el deudor pone en riesgo la integridad de su valor como garantía (bien sea por una situación similar a la que legitima nuestra acción hipotecaria de devastación, o bien por consentir la creación de privilegios marítimos preferentes a la hipoteca)⁹⁶.

En tal caso puede optar entre enajenarlo, reteniendo el producto de la venta hasta el importe de la deuda no pagada, o utilizarlo como un prudente comerciante percibiendo los frutos (fletes) hasta el límite del importe de su crédito. Naturalmente si opta por éste último sólo el responderá ante tercero de las consecuencias de su actividad⁹⁷.

⁹⁵Trasladada la institución a los buques, la jurisprudencia se mostró contraria a conferir al acreedor derechos que realmente no tenía, por lo que consideró existente la obligación de retroventa aun en ausencia de cláusula resolutoria en el contrato. Por otra parte, y conforme a esta misma doctrina, los tribunales resolvieron en sentido negativo la cuestión de si el acreedor podía reputarse propietario y quedar así sometido a las consecuencias inherentes a dicha propiedad aún sin haber entrado en posesión de la nave. La tesis sentada fué la de que el deudor (*mortgagor*) debe ser reputado propietario *erga omnes* en tanto en cuanto no se desprenda de aquella posesión. Esta doctrina pasaría luego a la *Merchant Shipping Act* de 1.854, en cuyo artículo 70 se disponía que el acreedor no es reputado propietario de un buque en razón del *mortgage* sino en la medida necesaria para hacer efectiva la afectación real que garantiza el crédito. Luego está misma norma sería incorporada como artículo 37 del "Acta" de 1894. Por otra parte, si bien es cierto que en rigor el acreedor adquiere la propiedad definitiva en caso de impago, se permite que el deudor pueda recuperarla pagando el capital y los intereses aun después de expirado el plazo, siempre y cuando aparezca evidente que la verdadera voluntad de las partes no era la de transferir la propiedad sino simplemente la de constituir un *mortgage*. V. GONZÁLEZ REVILLA, *op.cit.*, pp.51-53.

⁹⁶El derecho del acreedor para tomar posesión del buque se pacta normalmente en una *collateral security (collateral deed)*, pero puede ejercitarse aún en defecto de pacto. V. RUIZ SOROA, *Manual...cit.*, p. 64 y CONSTANT, *op.cit.*, p.27.

⁹⁷V. CONSTANT, *op.cit.* pp.22,27 y 43. También: OMI y UNCTAD, Informe de las Secretarías, Breve informe en el que se indican las semejanzas y diferencias entre los *mortgages* con arreglo al derecho consuetudinario inglés (*common law*) y las hipotecas con arreglo al derecho civil (de tradición románica), Doc. LEG/MLM/6, de 9 de abril de 1987.

La comparación de los rasgos fundamentales del *mortgage* con los de la hipoteca permite deducir que el *mortgagee* posee , como el acreedor hipotecario, derechos de realización y prelación sobre el buque del *mortgagor* pero , a diferencia del acreedor por hipoteca, el *mortgagee* adquiere por el hecho de registrar su garantía un derecho formal de propiedad sobre el buque. Ahora bien, dicho título dominical se mantiene "durmiente" mientras el deudor no incumpla su obligación personal y el deudor mantiene la posesión del buque durante todo el tiempo del contrato. Además, mientras que el acreedor hipotecario no puede nunca tomar posesión del buque sin que medie la intervención judicial, el *mortgagee* puede hacerlo en virtud de una simple notificación al deudor⁹⁸.

A la vista de la fisonomía descrita, y si se quiere transponer la figura dentro de los moldes propios de las instituciones del *civil law*, parece que habrá de calificarse como un derecho real que emplea el dominio como título de garantía y ,en particular, como transmisión fiduciaria con reserva de la posesión. Esta parece ser la postura mayoritaria⁹⁹. Sin embargo GARRIGUES lo califica de anticresis¹⁰⁰.

En Estados Unidos , la figura del *ship mortgage* se toma del *common law* inglés y, sin importantes variaciones estructurales, pasa luego a la *Ship Mortgage Act* de 1920.

⁹⁸V. TETLEY, *Ship mortgages and hyphotecs...cit.*, p. 228.

⁹⁹Así, VALLET, *op.cit.*, p. 208; RUIZ SOROA, *Manual...cit.*, p.64; GONZÁLEZ REVILLA, quien se aproxima al calificarlo de venta con pacto de retro , *op.cit.*, p.50. Sin pronunciarse acerca de su naturaleza, TETLEY observa que la institución proviene probablemente de la fiducia romana, *Ship mortgages...cit.*, p. 228.

¹⁰⁰V. GARRIGUES, *op.cit.*, p.539.

Si el gravamen cumple los requisitos de constitución y de inscripción previstos en la Ley es un *preferred ship mortgage*, dotado de una preferencia vigorosa, hasta el punto de anteponerse al poderoso privilegio marítimo de los provisionistas y suministradores de buques (*maritime lien for necessities*) siempre que éste último crédito sea de fecha posterior y el buque gravado sea norteamericano.

Por el contrario, el simple *mortgage* y el *preferred mortgage* sobre buque extranjero, ceden en todo caso ante las *necessaries*. En cualquier caso, los llamados *preferred maritime liens* (los nacidos antes de la inscripción del *mortgage*; y, cualquiera que sea su fecha, los provenientes de daños extracontractuales; salarios, avería gruesa y salvamento) son siempre preferidos al *mortgage*¹⁰¹.

¹⁰¹La figura se toma en Estados Unidos del *common law* inglés. Como ocurría en Inglaterra, antes de los "Estatutos" de 1840 y 1861, los *mortgages* navales no caían, en un primer momento, dentro de la competencia de la jurisdicción norteamericana del almirantazgo. Ello suponía la preterición del *mortgagee* por todos los acreedores marítimos a la hora de distribuir el precio obtenido por el buque en la venta forzosa realizada ante los órganos de aquella jurisdicción especial. En esta situación la eficacia del *mortgage* como medio de garantía era ciertamente escasa. Para remediarlo se dictó la *Ship Mortgage Act* de 1920, según la cual todo *mortgage* que cumpliera los requisitos en ella establecidos podría ser reconocido y ejecutado en la jurisdicción del almirantazgo y obtener una prioridad muy fuerte. Nació así el *preferred ship mortgage*. El hecho de que este fuese mejor en rango que los créditos de la industria norteamericana para la provisión de bienes y servicios a los buques, determinó una airada reacción de estos intereses, que llegaron a recurrir la Ley de 1920 tachándola de inconstitucional. Sin embargo el Tribunal Supremo rechazó el recurso y afirmó su constitucionalidad (*Detroit Trust Co. v. The Thomas Barlum*, 1.934). Uno de los requisitos que imponía la *Ship Mortgage Act* de 1920 (46 U.S. Code 911-981) consistía en que el buque gravado fuese de nacionalidad norteamericana (o mejor, *documented* en Estados Unidos). Sin embargo, en 1954 se enmendó la Ley para conceder el estatuto de *preferred mortgage* también a los gravámenes de esta naturaleza sobre buques extranjeros, siempre que se hubieran constituido y registrado de acuerdo con la ley de su pabellón. Este cambio legislativo se hizo para dispensar al propio gobierno del país una garantía naval sobre todos los buques que (procedentes de sus reservas navales de guerra) habían sido vendidos a crédito a sociedades domiciliadas en Liberia, Panamá y Honduras y generalmente controladas por ciudadanos norteamericanos. Sin embargo la ley no llegó a parangonar en rango los *preferred mortgages* sobre buque extranjero y buque norteamericano, pues sólo estos últimos son preferidos a las *necessaries* de acreedores de los Estados Unidos. V. TETLEY, *Ship mortgages...cit.*, p.228 y *Maritime Claims...cit.*, pp.216-226.

Capítulo IX

Justificación de la institución

58.- La razón de ser de los privilegios.

Se ha dicho que todavía hoy, al igual que en la época de la codificación, son los créditos marítimos privilegiados los que constituyen el centro de gravedad del sistema de garantías constituidas sobre los buques **en punto a su explotación**. Como ya habíamos señalado, tras la desaparición, el pasado siglo, del préstamo a la gruesa, la hipoteca naval se consolida como figura de garantía del crédito naval pero no logra alcanzar el suficiente desarrollo como para conseguir desplazar el protagonismo que asumen determinados créditos marítimos privilegiados en la tarea de proporcionar solvencia a la actividad naviera¹⁰².

Por otra parte, la presencia de intereses de índole social, administrativo o ,incluso, de orden público, contribuyen también al mantenimiento del sistema de los privilegios.

Ante esta realidad, que tiende a perpetuarse, preciso es preguntarse por su fundamento. En otras palabras, se trata de examinar las razones que han asistido y que asisten al legislador para justificar la concesión de una medida especial de protección del derecho de crédito a los acreedores marítimos, medida que se añade y superpone al criterio general de responsabilidad

¹⁰²V. DUQUE, *op.cit.*, p. 32.

patrimonial universal¹⁰³.

Resulta pertinene, pues, detenernos en recoger las diversas. opiniones que se han venido expresando sobre esta cuestión y examinar su válidez a la luz de la realidad actual y de la tendencia del tráfico marítimo.

59.-La función de garantía y la doctrina de su conservación.

La opinión clásica ,que cuenta con general aceptación, encuentra el fundamento de los privilegios marítimos en la necesidad de ofrecer a los acreedores , muchas veces residentes en países distantes, la garantía especial de la nave (fortuna de mar) con el objeto de despejar los posibles recelos y reticencias que pudieran aquellos tener acerca del pago de las deudas derivadas de sus prestaciones. Estas prestaciones, por otra parte, resultan imprescindibles para el seguro y eficiente

¹⁰³Recordemos que, dentro de las medidas de protección del derecho de crédito, suele distinguirse entre las generales y las específicas. Las primeras acompañan a todo derecho de crédito por disposición legal (art. 1.911 C.c.). La expresión utilizada por el anterior precepto -el deudor responde- significa que el sujeto pasivo de la obligación ha de soportar las consecuencias del incumplimiento o defectuoso cumplimiento que se le impute. Ahora bien, dicha responsabilidad no significa que las consecuencias adversas del incumplimiento hayan de recaer sobre la persona misma del deudor (Los valores de la personalidad son inmunes a la responsabilidad civil). Por el contrario, el mismo precepto se encarga de precisar que el objeto de la responsabilidad esta constituido por "todos los bienes presentes y futuros" del deudor, es decir por su patrimonio. De este modo resulta que, si bien el sujeto responsable es el deudor , el objeto de la responsabilidad esta constituido por su patrimonio, por todo su patrimonio. Se habla así del principio de "responsabilidad patrimonial universal", que se califica de "personal" para contraponerla y diferenciarla de la responsabilidad "real", empleándose esta última para significar supuestos de medidas de protección del crédito que se imponen específicamente sobre bienes determinados. Por su parte, el término "universal" se utiliza doctrinalmente para designar que es todo el patrimonio del deudor ,en su conjunto, el que queda afecto como objeto de responsabilidad y que la agresión de los acreedores puede recaer sobre cualesquiera bienes o derechos que lo integran. Es más, a los efectos de la responsabilidad universal, forman parte del patrimonio del deudor, no solo los bienes que lo integren en el momento de la realización de la responsabilidad, sino también los que puedan integrarlo en el futuro. Ello significa que la responsabilidad se mantiene ,por la parte insatisfecha, siempre que los bienes actuales no alcancen a la satisfacción de los créditos de todos los acreedores. Sobre estas ideas generales , V. LASARTE, *op.cit.*, pp.487-489.

ejercicio de la navegación y contribuyen al reforzamiento de la propia fortuna de mar.

Así, para VALLET, la preferencia de los acreedores marítimos respecto de la fortuna de mar tiene su fundamento en que aquellos, al financiar al naviero, han contribuido a robustecer el patrimonio naval¹⁰⁴.

Por su parte, señala DUQUE que cuando el interprete trata de averiguar la causa o fundamento de la existencia de los privilegios marítimos encuentra la mención de la inherencia del crédito privilegiado al buque, justificada por el hecho de que el titular del crédito ha cooperado a la conservación o mejora de la cosa gravada, es decir del buque¹⁰⁵. También FARIÑA ve el fundamento del privilegio marítimo en la necesidad de crédito que precisa el buque para su explotación o durante su expedición, necesidad que exige la garantía del propio buque y la concesión de unos derechos preferentes para el cobro.¹⁰⁶

Ocurre, ciertamente, que es muy común opinión la de atribuir como función principal de los privilegios marítimos la de reforzar el crédito del naviero en el ejercicio de su actividad navegatoria. Y como justificación de ésta extraordinaria protección de los acreedores se invoca el hecho de que los mismos hacen posible, con sus prestaciones de bienes o de servicios, que aquella navegación se lleve a efecto sin interrupción y en las

¹⁰⁴VALLET, *op.cit.*, pp. 141-142.

¹⁰⁵DUQUE, *op.cit.*, pp.29-30.

¹⁰⁶FARIÑA: *op.cit.*, p.231.

debidas condiciones de seguridad¹⁰⁷.

La doctrina pone así el acento en la función de garantía que corresponde desempeñar a la fortuna de mar cara a las obligaciones en que incurre el naviero como consecuencia de la navegación. Estas pueden ser de origen contractual (construcción, aprovisionamiento, prácticaje, salvamento, etc.) o extracontractual (daños a terceros, salvamento, etc.).

Pero el papel jugado por la garantía trasciende en buena medida del estricto ámbito de los intereses del deudor y llega a revestir gran importancia para tráfico marítimo en general. Por ello, y con el fin de potenciar esta función, el Derecho Marítimo ha creado y preservado la institución¹⁰⁸.

Es más, se ha dicho, y con acierto, que los privilegios marítimos juegan también a favor de los navieros, por cuanto a mayor generosidad de la ley para otorgarlos mayor será la confianza de que gocen aquellos a la hora de llevar a cabo la explotación de sus buques¹⁰⁹.

Consecuencia natural y obligada de esta concepción es la aplicación de la regla de cronología inversa para gobernar el orden de prelación interna de los créditos marítimos privilegiados.

Como señalara GONZALEZ REVILLA, el papel de garantía que desempeña el buque halla su fundamento en la máxima romana :

¹⁰⁷Observa GOÑI el fundamento de los privilegios marítimos sufre un cambio al desplazarse de la necesidad de crédito para el lanzamiento de la aventura marítima (necesidad satisfecha con la implantación de la hipoteca naval) a la necesidad de crédito para el fomento de la rapidez y seguridad en la movilidad internacional del buque. V. GOÑI, *La hipoteca... cit.*

¹⁰⁸V. RUIZ SOROA, *Manual... cit.*, p. 53.

¹⁰⁹V. GIMENEZ DE LA CUADRA, *El embargo... cit.*, p. 158.

hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam, en cuya virtud los actos que originaron los correspondientes créditos privilegiados tuvieron por objeto o por efecto preservar el buque, garantía común de todos los acreedores, y de aquí lo justo de considerarles preferentes a cualesquiera otros, debiendo graduarse entre si en atención al orden inverso de la fecha de su realización¹¹⁰.

El criterio resulta especialmente adecuado en relación con los gastos necesarios para la conservación del buque incurridos desde su llegada a puerto hasta el momento de su venta judicial. Al respecto ha observado HERNANDEZ YZAL que el fundamento ético de estos créditos reside en el hecho de que tienen por finalidad evitar que resulten defraudados los intereses de quienes han prestado de buena fe servicios al buque, contribuyendo al mantenimiento de su integridad patrimonial, con el consiguiente beneficio para todos los demás acreedores¹¹¹.

60.- El patrimonio naval y la doctrina de la compensación.

Semejante pero no idéntica a la anterior es la doctrina que pone el énfasis en la necesidad de contrarrestar el beneficio de limitación que para el naviero conlleva un consecuente entendimiento de la noción del patrimonio naval.

La idea de la existencia de un patrimonio naval separado y ,en cierto modo, autónomo del patrimonio terrestre está bien

¹¹⁰V. GONZÁLEZ REVILLA, *op. cit.*, p. 383.

¹¹¹Generalmente se trata de gastos sobrevenidos con posterioridad a la demanda de venta judicial del buque ,beneficiándose de la preferencia acreedores ,cuya actividad es imprescindible para la actualización de los derechos de quienes instaron la venta y de los demás acreedores preexistentes. V. HERNÁNDEZ YZAL, *Privilegios...cit.*, p. 51.

arraigada desde antiguo en el tráfico marítimo. En efecto, este patrimonio naval (o, si se quiere, marítimo), compuesto por los bienes y derechos puestos en riesgo para la realización de la aventura marítima (buque y fletes), ha venido siendo considerado por el derecho como un patrimonio del naviero, independiente y delimitado *a priori* (*fortune de mer*).

Desde la perspectiva del naviero, la institución encuentra su explicación histórica en la conveniencia de fomentar las empresas marítimas. Para ello era preciso dejar los bienes terrestres de los empresarios al resguardo de las grandes responsabilidades que podrían derivarse de la navegación.

Desde los intereses de los acreedores, nuestra mejor doctrina ha visto el origen de la acotación patrimonial en la necesidad de ofrecer seguridad a aquellos, quienes, dado el carácter itinerante y la consiguiente indomiciliación de la empresa-viaje, no contaban con una organización y establecimientos fijos y accesibles contra los que poder dirigirse para la satisfacción de su crédito¹¹².

¹¹²La aportación principal se debe a GIRON TENA, para quien el acotamiento patrimonial del buque y la consiguiente artículación de mecanismos jurídico-reales en torno suyo deben situarse en la incomunicación del buque, propia del viaje empresa. En efecto, una peculiaridad muy notable del viaje empresa reside en su "indomiciliación" o ausencia de establecimiento fijo. Por el contrario, el buque constituye un establecimiento itinerante que es producto de la incomunicación de la expedición marítima con toda organización naviera o comercial en tierra y en cuya base se han montado tanto las particularidades funciones del personal como el acotamiento patrimonial del buque. Es así como el concepto de naviero no interesa al derecho para que se observen las normas sobre *status* del comerciante, pensado para una organización permanente que usa del crédito, sino para que se sepa quien es. El crédito viene asegurado alrededor del buque con técnica jurídico-real. Por la tradición ininterrumpida proveniente de lo que habíamos llamado indomiciliación de la empresa-viaje, las relaciones crediticias procedentes del tráfico naviero no han contado con la organización de tierra y se han ido adaptando al objeto-buque: es toda la materia de los derechos de crédito de los acreedores marítimos mas o menos anticuada pero vigente en el Derecho interno e internacional y que no puede eliminarse porque la realidad del tráfico y las condiciones de la navegación aún la sostienen. V. GIRON TENA, *La evolución...op.cit.*, p.29 y 52-53.

Sea como fuere, se trata de una institución ,que de uno u otro modo, se vería recogida en todas las legislaciones marítimas nacionales y que, en palabras de MONFORT BELENGUER, constituye «uno de los principios fundamentales del Derecho Marítimo»¹¹³.

Al contraponerse la idea del patrimonio naval a la del patrimonio terrestre (*fortune de terre*), aparecen dos grupos diferenciados de acreedores del naviero: los marítimos, que podrán satisfacer sus créditos con cargo al patrimonio naval y con absoluta preferencia frente a los terrestres, y éstos últimos ,que ven subordinadas sus posibilidades de satisfacer su crédito con cargo a los buques¹¹⁴.

Es a partir de la noción de fortuna de mar o patrimonio naval como pueden explicarse dos principios también clásicos del Derecho Marítimo, cuales son el de limitación de la responsabilidad del naviero y el de la afección real del buque para el pago de sus deudas¹¹⁵.

¹¹³ V. MONFORT BELENGUER, *Algunas consideraciones sobre la llamada «fortuna de mar»*, REDM., n°s.9 y 10, enero/junio, 1965, p.12.

¹¹⁴ Los bienes que constituyen el patrimonio de mar aparecen dotados de una autonomía "negativa" respecto al patrimonio terrestre que se ha expresado con las siguientes palabras: «lo que siendo propio de la fortuna de tierra, la perjudique , perjudica también a la fortuna de mar; pero lo que siendo propio de esta fortuna la perjudique, no puede perjudicar a la primera. Se arriesga una suma máxima a la navegación comercial; más de lo que se arriesgó no puede perderse». V. BOUTHELIER ESPASA, Antonio, *La Hipoteca Naval (Estudio de Derecho sustantivo)*, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, T. IX, 1.933, p.166.

¹¹⁵ Aunque no podemos ocuparnos ahora del régimen vigente en materia de limitación de la responsabilidad del naviero, valga ahora decir que la modalidad latina de abandono cobraría carta de naturaleza definitiva a partir de la Ordenanza de la Marina de 1.681, que por el prestigio francés de la época y por su autoridad reconocida ,habría de constituirse como la referencia histórica obligada. El texto de la Ordenanza decía así : «*Les propriétaires des navires seront responsables des faits du maître; mais ils en demeureront déchargés en abandonant leur bâtiment et le fret*» (Lib. II, tit.art.2.). V. GIRON TENA, *El Naviero...cit.*, p.61. El Derecho moderno depararía después distintas modalidades de aplicación del principio de limitación de responsabilidad. Así, junto a la forma facultativa del abandono propia del sistema latino , se conocen varias que operan de un modo "automático", cuales son la limitación *pro viribus* a una suma determinada por la cabida del buque

Limitación y afección real del buque, dan a su vez origen a dos clases de acreedores marítimos. Por una parte los limitatarios, *i.e.*, aquellos cuyo derecho de crédito se topa con un límite cuantitativo, legal e infranqueable. Por otra los privilegiados con la sujeción real y preferente del patrimonio naval para el pago de su crédito. La cuestión consiste entonces en establecer los criterios de interrelación.

Se llega así a la posición que ha visto los privilegios marítimos como un corolario necesario del principio de limitación, impuesto por la identidad que debe darse entre limitatarios y privilegiados. Dicho de otra manera, los acreedores que sufren la limitación, y sólo ellos, deben recibir a cambio el privilegio en justa "compensación".

La doctrina de la compensación justifica la institución de los privilegios marítimos en atención a la correlación que ha de darse entre créditos dotados de derecho de persecución y limitación de responsabilidad del naviero. La caracterización medieval de la empresa-viaje está, una vez más, en sus orígenes¹¹⁶. Así, señala GIRON TENA que, dadas las

(sistema inglés) o equivalente al valor de éste (sistema norteamericano), o *cum viribus*, al buque y el flete (sistema alemán de pura responsabilidad real). V. VALLET DE GOYTISOLO, *op.cit.*, p. 165. Una rápida pero bastante completa descripción general de los distintos sistemas de limitación de responsabilidad que ofrece el Derecho comparado y sus aplicaciones en el Derecho interno español, puede verse en MONFORT BELENGUER, *Algunas consideraciones...*, *cit.*, pp.11-27.

¹¹⁶Como sabemos (V. *sup.*, § 16), el modelo clásico de la navegación comercial marítima, presente desde la alta edad media y recogido todavía por los Códigos de Comercio del pasado siglo, responde a la realidad económica del viaje empresa. Aunque los buques eran de tamaño más bien pequeño, su construcción, armamento y expedición era una empresa cuyo acometimiento precisaba de la movilización de importantes capitales. De ahí las formulas de comunidad de riesgos y de limitación de responsabilidad que se acuñan en un momento en que son desconocidas las entidades de crédito y las formulas societarias que permiten limitar la responsabilidad. Finalizado el viaje se producía la liquidación económica de la empresa, pagándose las deudas y repartiéndose entre los partícipes los posibles beneficios. En el supuesto de que la empresa produjese pérdidas, los acreedores que con sus prestaciones

circunstancias en que se desenvuelve la navegación en la época medieval, resulta justificado que, por razones prácticas y económicas, se una la responsabilidad de quien ejerce la navegación a la del propio buque por vía de la afectación real de éste al cumplimiento de las obligaciones de aquel.

La incomunicación material y jurídica con el responsable de la expedición hace que sus lejanos acreedores precisen de un patrimonio material accesible en su propia jurisdicción que sirva de garantía general para la satisfacción de sus créditos. Resulta así normal que se establezca una correlación entre responsabilidad y la afectación real de la cosa de que aquella proviene, correlación que es típica en el derecho germánico y que puede apreciarse también en las disposiciones contenidas en el

contribuyeron a su realización tenían preferencia sobre los acreedores por deudas personales del naviero ajenas a la expedición marítima. Surge así la noción de acreedores marítimos en contraposición a la de acreedores terrestres. Por otra parte era bastante frecuente que, una vez terminada la empresa marítima y como parte de su proceso de liquidación, el buque fuese vendido, como dice GONI, «en un proceso análogo a lo que se hace con los caballos al terminar la carrera», viniendo avalada la idoneidad del buque por el hecho de haber sido capaz de afrontar con éxito los riesgos de mar. Desde luego esta venta podía ser instada por los acreedores marítimos. Ahora bien, si el buque quedaba así afecto a la satisfacción de los créditos originados con ocasión de la expedición, no es extraño que no se considerase al naviero responsable mas allá de hasta donde alcanzaba el patrimonio por el movilizad para la misma expedición. Es así como su responsabilidad quedaba limitada al buque y al flete. En este contexto resultaba bastante lógico que el procedimiento de liquidación de la empresa viaje operase con independencia de que el buque hubiera sido transferido a terceros, conservando los acreedores marítimos su derecho a proceder contra el buque, único modo de que no viesen burladas sus expectativas de resarcimiento. Se llega así a la noción del privilegio marítimo, consistente en el singular trato otorgado a los acreedores de la empresa marítima, a los que se concede una preferencia y un derecho de venta del buque, que opera al margen de la personalidad de su propietario. Este privilegio tiene por contrapunto la imposibilidad de que el crédito que refuerza pueda ser realizada con cargo a otros bienes distintos de los puestos en riesgo y que, como tales, forman la llamada fortuna de mar. Esta configuración histórica del viaje-empresa resulta fundamental para la cabal comprensión de muchas de las instituciones marítimas clásicas y, muy en particular, de los privilegios marítimos. (nota: V. estas ideas en GONI ETCHEVERS, J.L., *La hipoteca y los créditos privilegiados, problemas de prelación y regulación nacional e internacional, I Seminario de Financiación de Buques*, AEDM, Madrid, 1984.

Consulado del Mar que tratan sobre privilegios¹¹⁷.

Por su parte GARRIGUES explica que el principio de patrimonio naval separado especialmente afecto a los acreedores marítimos ,tradicional en todas las fuentes históricas del derecho marítimo, encuentra su fundamento, entre otras cosas, en la necesidad de compensar con la separación y la preferencia otro de los principios típicos del derecho marítimo: el de la limitación de la responsabilidad del naviero. Si en atención a la entidad de los riesgos de mar, se concede a éste el derecho a limitar la responsabilidad dimanante de la expedición marítima a la "fortuna de mar", justo es que, a cambio, se otorgue a los acreedores una facultad de preferente ejecución frente a ese patrimonio de limitación. Es así como la idea de limitación y la de afectación especial de la nave a los acreedores marítimos han corrido siempre paralelas en las fuentes históricas¹¹⁸.

Naturalmente, la concepción latina de la doctrina se ha fijado tradicionalmente en el abandono, como concreta modalidad de limitación, para oponerlo y compensarlo al beneficio de la afección real¹¹⁹.

Pero ,en plano positivo, tan sólo el Derecho germánico

¹¹⁷V. GIRON TENA, quien, en particular, cita los capítulos XXXII, XXXIII, XXXIV y, "en cierto modo", el 194. *El Naviero...cit.*, pp. 58-59.

¹¹⁸V. GARRIGUES, *op.cit.*, pp. 550-551. V. también, CORA RODRIGUEZ, *op.cit.*, p. 93 y 99.

¹¹⁹Así, señala DUQUE que la mención de la responsabilidad real del buque evoca, inmediatamente, la noción del patrimonio marítimo, que constituye el núcleo tradicional en torno al cual se organiza la responsabilidad del naviero , con una intensidad que varía según las distintas épocas y lugares. Son estos conceptos los que permiten explicar, por una parte el *droit de suit* de los acreedores privilegiados y, por otra, el abandono del buque y flete , como institución diseñada para hacer frente a algunas de las responsabilidades en que puede incurrir el titular de la explotación naviera. V. DUQUE, *La responsabilidad real...cit.*, pp. 19-20.

llegaría a consagrar legislativamente una cabal correlatividad entre acreedores limitatarios y privilegiados, pues sólo en el Código de Comercio germánico se optó por una técnica pura de limitación real de responsabilidad contraída al patrimonio naval¹²⁰.

Con todo la idea de la compensación sigue latiendo y no ha dejado de ser empleada por la dogmática jurídica para dar sentido y justificar recíprocamente la limitación y los privilegios¹²¹.

Así, ARROYO ha recordado recientemente que la amplitud del número de privilegios ha sido explicada y justificada en atención a la cabal consideración de los privilegios como una suerte de contrapeso frente al que en verdad constituye el mayor de los privilegios del Derecho marítimo, *i.e.*, la limitación de la responsabilidad del naviero. Por ello, y empleando sus propias palabras: «Valga por tanto lo uno por lo otro , a modo de compensación. Y es justo que así sea porque el acreedor que sabe

¹²⁰v. *sup.*, §18. En Alemania es clásica la consideración de la nave en manos del capitán como un patrimonio separado, que opera a modo de *peculium* y , de ahí, la despersonalización de la responsabilidad y la preferencia de los acreedores marítimos sobre cualesquiera otros. A partir de aquí se configura , primero en el Código de 1.861 y luego en el de 1.897, el sistema alemán caracterizado por la idea central de la "correlatividad", según la cual todo supuesto de limitación de responsabilidad es compensado por la concesión al acreedor de la garantía real del buque. Esta idea resulta posible por cuanto cabe apreciar la previa existencia de un fundamento común para la justificación de ambas instituciones. Son los riesgos marítimos, las grandes valores comprometidos en las expediciones y la incomunicación con tierra lo que explica, por una parte la necesidad de limitar la responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, y, por otra, la de otorgar garantía real si se quiere hacer posible el crédito a distancia o la facilidad de auxilios al buque. Aquí está el centro de gravedad del sistema de "pura responsabilidad real". V. GIRON TENA, *El Naviero...cit.*, 62-63.

¹²¹v. VALLET pp. 152-153. Opina el autor en dicho lugar que ya el Libro del Consulado del Mar establecía la limitación a la fortuna de mar (caps. 141 y 142). También HERNÁNDEZ MARTI, para quien la indemnidad del patrimonio de tierra debe ser compensada favoreciendo a los acreedores con un derecho real sobre el buque por las deudas originadas con ocasión de su explotación. Incluso alude éste autor al privilegio del fletante (arts. 665 y 667 del C.de c.) como situación de ventaja del naviero que requiere la contrapartida de la afección real del buque. V. HERNÁNDEZ MARTI, *El embargo...cit.*, p. 117.

que cobra poco, al menos que cobre pronto y con seguridad. En el fondo , ahí radica la razón de ser de la institución de los privilegios marítimos»¹²².

61.-Posturas contrarias a la institución.

Las dudas acerca de la bondad del sistema de los privilegios marítimos han venido siendo expresadas desde dos tipos de posicionamientos doctrinales. Así, de una parte, la institución ha sido objeto de ataque por quienes veían en los privilegios una traba para la seguridad del tráfico , un serio obstáculo para la hipoteca naval o, incluso, un atentado para los principios generales que han de regir, en general, el Derecho hipotecario. Junto a esta postura de abierto rechazo, la línea de pensamiento predominante, más moderada, se ha limitado a poner de relieve la insuficiencia e inadecuación actual de las teorías clásicas de justificación de los privilegios.

Entre nosotros, corresponde a GAMECHOGOICOECHEA la crítica más radical en el primero de los sentidos apuntados. Dicho autor rechaza la institución de los privilegios, por cuanto crea al comprador del buque una situación de inseguridad jurídica , en la medida en que sus derechos dominicales pueden resultar perturbados o impedidos por la intervención de los acreedores que instan la detención o embargo de su propiedad naval¹²³.

Por otra parte, la bondad de los privilegios (al menos del

¹²²V. ARROYO, Ignacio, *Reflexiones sobre la reforma del Código de la Navegación (Segunda parte)*, cit., p.36.

¹²³GAMECHOGOICOECHEA alude por ello a un descredito de esta institución y afirma, sin duda con poco acierto, que va desapareciendo en la mayor parte de las legislaciones extranjeras. V. op.cit.,p. 71.

elevado número que figuraba en los Códigos) fue ya puesta en tela de juicio a finales del pasado siglo y en el calor de la polémica sobre la introducción de la hipoteca naval.

Así, GONZÁLEZ REVILLA, afirmaba que no existía ninguna razón de peso para el mantenimiento de los privilegios marítimos, los cuales no podían, desde luego, encontrar su exclusiva justificación a través del principio de preservación del buque. El legislador había pretendido defender determinados intereses de la navegación y con tal motivo había reforzado algunos créditos marítimos con privilegio. Pero ello no justificaba que, necesaria y precisamente, hubiese de dotar de un derecho real a prácticamente todos los acreedores marítimos¹²⁴.

Para esta corriente de opinión, la función de garantía que juegan los privilegios marítimos puede ser desempeñada por otros mecanismos que no tendrían porqué descansar en la afectación real del buque. Esta sustitución se muestra particularmente conveniente en aquellos casos en que la explotación es realizada por un naviero no propietario.

Así, se dice, respecto a la responsabilidad derivada de contrato, bien podría reemplazarse la sujeción del buque por un sistema de publicidad legal del naviero, que permita a todo el mundo conocer la identidad de la persona con quien contratan. La presunción de solvencia de éste haría entonces innecesaria la

¹²⁴ En consecuencia, consideraba el citado autor que, del mismo modo que en el Derecho común se habían prácticamente suprimido las hipotecas legales tácitas, debían abolirse del Código de comercio los privilegios marítimos en su forma actual de hipotecas legales tácitas, dejando subsistentes tan sólo aquellos que verdaderamente se funden en un interés público o en una protección especial necesaria a la navegación que, por su naturaleza, no sean susceptibles de inscripción registral. En vista de los principios vigentes en el Derecho hipotecario, la ley no puede privilegiar sino ciertos intereses que no sean susceptibles de mejor defensa. GONZÁLEZ REVILLA, *op.cit.*, pp. 383-388.

adicional garantía real del buque. Por otra parte, si la responsabilidad extracontractual se limita por relación al valor del buque, tampoco se ve la necesidad de dispensar ulterior protección real a los acreedores. Pero con ésta última idea entramos ya en el siguiente orden de críticas.

Desde hace ya tiempo se viene observando la falta de idoneidad de las teorías tradicionalmente empleadas para la justificación del instituto. Particularmente se ha insistido en la falta de sintonía entre limitación real de responsabilidad y afección real del buque que muestra el Derecho comparado. Ciertamente, la doctrina de la fortuna de mar, concebida como patrimonio separado de ejecución y empleada para la simultánea y recíproca justificación de privilegios y limitación de responsabilidad no logró positivación, ni en el conjunto de los Derechos domésticos ni en los Convenios internacionales. De hecho, el Derecho positivo ofrece no pocas situaciones de acreedores privilegiados no limitatarios y viceversa¹²⁵.

¹²⁵Como ya habíamos dicho, semejante sintonía solo se dió, de un modo puro, en el derecho alemán. Por su parte, el *Códe* francés carece de una conexión sistemática, si bien ofrece una amplia zona de coincidencia entre unos créditos y otros gracias a la amplísima concepción del abandono contenida en su art. 216, que permite al propietario del buque utilizar dicho medio de limitación, con carácter general y real, para liberarse de las obligaciones contraídas en la expedición marítima por causa de las faltas del capitán. Pero esa franja de coincidencia desaparece en nuestros Códigos de Comercio ya que, si bien tomaron los supuestos de créditos privilegiados del Código francés, no siguieron a este en materia de abandono, sino que recogieron sólo los dos conocidos supuestos de limitación de responsabilidad del naviero (arts. 587 y 837), descuidando así la conveniencia de establecer una armónica relación entre acreedores privilegiados y abandonatarios. V. RUIZ SOROA, *op.cit.*, p.180-181. La consecuencia es que, en nuestro Derecho, la situación normal es la de que haya créditos privilegiados que corresponden a acreedores no limitatarios y acreedores limitatarios no privilegiados. V. DUQUE, *op.cit.*, p. 27. Sobre el particular observa BONNECASE, que la fisonomía ideal de la responsabilidad real del buque no se refleja plenamente en los cuerpos legislativos, manifestándose en estos bajo formas imperfectas o "atenuadas". Una de ellas sería la de los acreedores marítimos privilegiados, para cuya satisfacción queda afectado realmente el buque, pero sin que su crédito quede limitado a dicho elemento patrimonial, ya que, en caso de que el mismo resulte insuficiente, se podrá accionar sobre el resto del patrimonio del deudor. V. BONNECASE, *Traité de Droit commercial maritime*, París, 1.923, pp.450 y ss.

En realidad, el debate sobre el encaje del sistema de limitación de responsabilidad y créditos marítimos privilegiados se ha visto vigorizado doctrinalmente según ha ido cobrando carta de naturaleza internacional el método de limitación *ad valorem*, con correlativa superación legislativa del método latino del abandono y del germánico de ejecución real¹²⁶.

Al triunfar la concepción *ad valorem* como un sistema de limitación de deuda y no de responsabilidad surgen problemas de difícil resolución en torno a la ordenación de los acreedores privilegiados y los destinatarios de la deuda limitada. De hecho, la propia naturaleza *ad valorem* quiebra la sintonía entre el buque como garantía y determinados créditos privilegiados¹²⁷. Y en dicha quiebra se han visto serias dificultades para la defensa del fundamento de la garantía y de la "compensación"¹²⁸.

Además, el hecho de que la limitación se desvincula de la noción del patrimonio naval se manifiesta bien a las claras en

¹²⁶La comparación de la lista de acreedores limitatarios del art. 1 del Convenio de 1.924, sobre limitación de responsabilidad, y la créditos marítimos privilegiados del art. 2° del Convenio de 1.926 evidencia una manifiesta coordinación entre ambas instituciones, coordinación que también puede encontrarse en la norma del art. 7 de la última de las citadas convenciones, la cual establece las reglas de calculo para el reparto entre los privilegiados sometidos a limitación. Esta coherente coordinación se rompe definitivamente en el plano internacional una vez que entra el vigor el Convenio de 1.957 sobre limitación de responsabilidad, sustituido después por el LLMC de 1976.

¹²⁷Si la necesidad de coordinación entre limitación de responsabilidad y créditos marítimos privilegiados resulta coherente y justificada en los sistemas en que aquella limitación es concebida como autentica limitación real a la fortuna de mar (con o sin abandono), la situación cambia cuando nos encontramos en presencia de regímenes de limitación por el valor (de la fortuna de mar o forfatario). En efecto, en el primer caso resulta impecable exigir una correlación entre ambas instituciones, pues si los acreedores del naviero no pueden hacerse cobro mas que con la fortuna de mar, justo es que respecto a ella posean una garantía real que asegure su conservación frente a acreedores no limitatarios. Pero cuando la técnica limitataria se desplaza desde el buque como cosa hacía un valor dinerario, la correlación pierde todo su sentido pues la limitación no se funda ya en un patrimonio de mar sino en otro tipo de consideraciones. V. RUIZ SOROA, *Manual...cit.*, p. 121.

¹²⁸V. DUQUE, *op.cit.*, p. 27.

la técnica de sustitución del viaje por el acontecimiento. Es éste último el que se toma ahora como unidad que hace surgir la deuda máxima del naviero. Ello supone la posibilidad de formación ,durante el viaje, de múltiples pasivos afectos a la responsabilidad, uno por cada acontecimiento que la genere. De un modo congruente el viaje deja de tener sentido como criterio delimitador a la hora de proceder a la clasificación de los créditos¹²⁹.

En definitiva, la sustitución de la entrega material de la fortuna de mar por la limitación *ad valorem* provoca la crisis definitiva de la institución del patrimonio naval¹³⁰ y hace desaparecer la armonía entre el pasivo afecto a la limitación y el pasivo afecto a la realización del privilegio.

Como certeramente ha observado RUIZ SOROA, la razón de ésta evolución debe encontrarse en el hecho de que las dos instituciones, limitación y privilegios, responden mas a postulados de política legislativa dirigidas a la protección de determinados intereses , que a la pureza de construcciones técnicas en torno a la ya superada dogmática de la fortuna de mar¹³¹. De este modo se consagra ,también en el plano

¹²⁹V. DUQUE, *Ibíd.*, p. 21.

¹³⁰ Así cobra sentido y se explica la cautela que se aprecia en los últimos manuales a la hora de acometer el problema del significado del patrimonio naval y el hecho de que se cuiden de relativizar sus consecuencias, circunscribiéndolas a un privilegio preferencial. En efecto, últimamente se precisa que la separación entre patrimonio naval y patrimonio de tierra no es, ni mucho menos, absoluta. El patrimonio total del deudor (marítimo y terrestre), sigue constituyendo, de acuerdo con el principio general, la garantía para el cobro de los créditos de todos los acreedores. Significa ello, se dice, que los acreedores terrestres pueden dirigirse contra el patrimonio naval y los marítimos contra el terrestre. Lo que ocurre es que éstos últimos son siempre preferentes para cobrar de la liquidación del naval. V. URÍA, *op.cit.*, p. 986; y BROSETA, *op.cit.*, p. 737.

¹³¹ V RUIZ SOROA, *Manual...op.cit.*, p. 181.

internacional, la coexistencia de acreedores limitatarios no privilegiados y de privilegiados no limitatarios.

Ahora bien, el hecho de que haya prevalecido un sistema de responsabilidad desvinculado de la institución de la fortuna de mar no es por si mismo suficiente para desacreditar la función de garantía que cumplen los privilegios. El crédito de los terceros será siempre más consistente si cuentan con la seguridad real que les ofrece el buque y dicha seguridad podrá jugar también en el propio beneficio del naviero necesitado de obtener prontas prestaciones para el alistamiento y la navegación de su buque¹³². Y ,con menor razón aún, puede esgrimirse la nueva técnica *ad valorem* para atacar la bondad de la regla de la conservación de la garantía común.

Del mismo modo, la inexistencia de una perfecta y genuina correlación entre privilegiarios y limitatarios -consecuencia también del deterioro de la fortuna de mar- no conlleva un demérito de la doctrina de la compensación. El hecho es que el naviero sigue disfrutando del privilegio de la limitación y a dicho privilegio bien puede contraponerse el de determinados acreedores marítimos cuyos intereses han merecido una especial tutela del legislador.

Que la limitación se actúe con técnica distinta del privilegio marítimo y que aquella no comporte-a diferencia de éste-una afección real no se opone a la precedente consideración. Y ,ciertamente, ocurre que limitación y privilegio operan en la actualidad en planos independientes e ,incluso, complementarios.

¹³²Esta es la opinión mantenida por GIRON TENA, quien, precisamente, centra el interés de la institución en la facilidad de obtención de crédito que proporciona al naviero. V. GIRON TENA, *El Naviero...cit.*, p.42.

En efecto, mientras que el acreedor limitatario (sea o no al mismo tiempo privilegiado) obtiene la garantía de su crédito a través de la constitución del fondo de limitación, el privilegiado no limitatario sigue contando con la acción real contra el buque, complementándose así ambos tipos de instituciones¹³³.

62.-Disparidad de intereses e insuficiencia de las teorías unitarias.

La idea de que los privilegios marítimos sólo pueden ser justificados en atención a la existencia de una pluralidad de intereses dignos de especial protección es el resultado al que necesariamente hay que llegar tras el examen de la heterogénea lista de créditos privilegiados reconocidos por la Ley.

Es en la diversidad de esos intereses tutelados donde hay que encontrar las correlativas causas de fundamentación de los privilegios. Estas son plurales y ,como tales, opuestas a cualquier intento de justificación unitaria, *i.e.*, centrada en la defensa de una determinada clase de intereses.

Consecuencia de ese carácter variopinto que se da en el tráfico marítimo es también la dificultad que se presenta a la hora de intentar entender la *ratio* del orden prelativo *inter se* establecido por el legislador.

En efecto, un somero examen de las listas de créditos privilegiados indica rápidamente que no todos los allí contenidos

¹³³v., al respecto, RUIZ SOROA, quien, no obstante, observa como esta independencia en el funcionamiento de las dos instituciones sólo se da cuando la constitución del fondo de limitación se convierte en requisito obligatorio, quedando, en caso contrario, "un margen abierto de posible injusticia". *Manual...*, pp. 121-122.

pueden ser justificados en atención a un mismo principio.

Piénsese, e.g., en la inadecuación del principio de conservación de la garantía como fundamento del crédito del último vendedor por el precio aplazado de la venta o en el del titular de las mercancías por indemnizaciones debidas de que sea responsable el buque). Tampoco el rango otorgado a cada crédito en los varios sistemas prelativos parece ajustarse a una misma regla. Así, ni el principio de conservación de la garantía ni el de la compensación pueden explicar, e.g., la absoluta preferencia de la Hacienda pública, o el elevado rango de los derechos de puerto¹³⁴.

Ocurre, en efecto, que junto a los intereses netamente privados y comerciales incardinados en las actividades propias y conexas a la navegación marítima, han concurrido siempre otros, bien de naturaleza pública de distinta índole, bien propios de la política social, cuya tutela especial por vía de afectación real del buque ha sido considerada pertinente por el legislador. Esta presencia de intereses públicos y sociales ha sido una constante en el panorama comparado¹³⁵.

Resulta así que la justificación debe, con frecuencia, buscarse, simplemente, en la necesidad de potenciar la seguridad

¹³⁴V. GONZÁLEZ REVILLA, *op.cit.*, p. 383.

¹³⁵Ni siquiera la prístina correlatividad del sistema germano ha escapado a esta realidad. Así GIRON TENA hace notar como, al margen del beneficio de la limitación de la responsabilidad del naviero, puede que se quiera proteger un determinado crédito con afectación real. Lo relevante entonces es la razón por la cual se ha dispensado dicho tratamiento de favor, razón que no puede encontrarse en la "zona común" de justificación simultánea de limitación y afectación real, sino fuera de ella. En concreto dichas razones o fundamentos "especiales" que justifican la afectación y no la limitación son: haber beneficiado al buque; fiscales o de política social, supuestos que ya aparecían recogidos en el Código alemán (núms. 1, 2, 3 y 4 del art. 754 y art. 762-II). V. GIRON TENA, *El Naviero...cit.*, p. 65.

de estos créditos ,merecedores de un trato singularmente favorable por razones sociales o humanitarias (crédito de los trabajadores o por daños personales); administrativas o fiscales(derechos de puerto, impuestos) ; o de seguridad de la navegación y del medio ambiente (prácticaje, salvamento)¹³⁶.

Frente a cualquier intento de justificación general e indiscriminada, cada privilegio marítimo debe ser analizado a la luz de los intereses que representa. La relevancia económica, social o pública del crédito del cual dimana será el criterio decisivo para fundar el trato de favor con el que se le beneficia.

Se trata de un sistema plural de fundamentación que, por lo demás, se halla bien acuñado en la doctrina, a través de distintas formulaciones y con mayor o menor acierto sistemático¹³⁷.

En cualquier caso, el propio signo plural de intereses en

¹³⁶RUIZ SOROA, *Manual...cit.*, p.65.

¹³⁷Así, refiriéndose a nuestro Derecho, RIOS SALMERON divide en dos grupos los créditos que figuran en la lista del art. 580 del Cód. de Co., en atención a su distinta fundamentación. Los cinco primeros números responden a un gasto o servicio que viene exigido por la misma operación de la venta y que, por ello, se produce en interés de la masa constituida por los acreedores (conservación de la garantía común). En realidad se trata de deducciones imprescindibles para hacer posible el procedimiento de la venta judicial. Los cinco siguientes números se explican por haber hecho posible el último viaje y se fundamentan en la confianza de ciertos acreedores en el propio buque o bien en los sacrificios aceptados en favor de la realización de la expedición marítima. V. RIOS SALMERON, *Los créditos...cit.*, p. 137.

Por su parte, BOUTHELIER ESPASA alude también a una pluralidad de razones justificativas. Estas son sus palabras: «¿Cuales son estas razones?. Tres principalmente : primera, una razón de índole moral, de defensa de los acreedores más modestos que al mismo tiempo tienen a su favor la importancia de su intervención. Segunda, una razón utilitaria : los créditos que se consideran privilegiados han contribuido a la conservación de la nave en el patrimonio del naviero, bien evitando que pereciera, bien conservando en las mejores condiciones de valor los elementos integrantes de la fortuna de mar. Tercera y última razón, es la que se aduce en apoyo de los gastos de justicia, absolutamente indispensables para hacer posible la ejecución sobre la nave en los créditos anteriormente existentes.» V. BOUTHELIER ESPASA, Antonio, *Los créditos privilegiados sobre el buque. (La Convención de Bruselas de 1.926 y el nuevo Proyecto de Código Marítimo Italiano)*, RCDI, T. XI, 1.935, p.192.

presencia exige un esfuerzo de selección y de reducción si no se quiere correr el riesgo de crear un régimen exorbitado de protección del crédito marítimo. El privilegio es y debe de seguir siendo un recurso excepcional.

De hecho, como ya sabemos, la propia dinámica de creación y revisión de las fuentes internacionales ha descansado y descansa en esta necesidad de restricción, sobre todo con vistas a la potenciación del crédito naval hipotecario.

En el mismo sentido -y precisamente acompañándose a las soluciones internacionales- ha de caminar el Derecho español de origen interno.

Baste recordar al respecto que ,entre nosotros, existe una práctica unanimidad doctrinal que propugna-para la imperiosa e ineludible reforma- una línea de actuación orientada en el principio de la mengua del privilegio a costa del incremento de la eficacia de los derechos reales de garantía de origen convencional¹³⁸.

¹³⁸ La conveniencia de reducir el número de privilegios a favor de la hipoteca naval ha sido repetidamente puesta de manifiesto por nuestra doctrina mercantilista. Así URÍA, extendiendo su visión de la necesitada reforma a la hipoteca nos decía que «acaso convenga restringir el actual sistema legal de los privilegios ,buscando la fortificación de la hipoteca naval...que a su vez tendrá que ser objeto de revisión, tanto por los defectos que indudablemente ofrece nuestra ley de Hipoteca Naval de 1.893, como porque la actual regulación de la hipoteca de aeronave como hipoteca mobiliaria plantea el problema de decidir si hemos de continuar o no con la ficción de considerar al buque bien inmueble a los efectos de la hipoteca o si será mejor, por el contrario, extender a él el régimen de la hipoteca mobiliaria». V. URÍA GONZALEZ, Rodrigo, *En torno a la reforma de la legislación marítima. Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, Técnos, Madrid, 1.971, p.439. La misma sugerencia de restringir los créditos marítimos privilegiados en aras a la potenciación del hipotecario fue pocos años después recogida por POLO en sus reflexiones sobre la reforma del Derecho Mercantil :POLO, Antonio, *Reflexiones sobre la reforma del Derecho Mercantil. Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uria*, Civitas , Madrid, 1.978, pp.641-642. Y mucho más recientemente, con ocasión del centenario del C.de c., podemos ver idéntica postura en MUÑOZ PLANAS, quien, no obstante y sensatamente, estima que la deseable reforma deberá esperar al término de los trabajos emprendidos por la UNCTAD, a fin de que nuestro Derecho pueda recoger los frutos y acompañarse al Derecho uniforme.Estas son algunas de sus palabras: «La situación normativa vigente de los privilegios marítimos y de la hipoteca naval se encuentra asimismo necesitada de una profunda reforma . La generosidad del Código en el reconocimiento de aquellos , la sombra histórica que todavía se advierte en él del efecto purgativo del nuevo viaje, la problemática ordenación de los mismos mediante una completa coordinación de sus preceptos con los de la Ley de Hipoteca naval ...toda ésta situación anticuada ,confusa e insegura es incompatible con las exigencias de una ordenación moderna, aceptable y eficaz del crédito marítimo... Contar con los resultados de éstos trabajos [los de la UNCTAD] parece, pues, prudente en orden a la siempre deseable adaptación de nuestro Derecho al Derecho uniforme». V. MUÑOZ PLANAS, *Código de Comercio y Derecho Marítimo...cit.*, pp.414-415. Tampoco ha pasado desapercibida ésta cuestión a GIRON TENA, quien ha puesto de manifiesto la necesidad de revisar el instituto de las garantías reales de los acreedores marítimos en la misma línea de potenciación del crédito naval hipotecario seguida por el Convenio de 1.967, ya que la reforma viene impuesta por «los cambios de la tecnología y de la organización económica, con la red mundial de acción y gestión de las empresas navieras». V. GIRON TENA, *Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil (Estudios)*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 181-182.

PARTE CUARTA
CARACTERIZACIÓN DE LOS PRIVILEGIOS MARÍTIMOS

Capítulo X

Caracteres relativos a la constitución , a la transmisión y al objeto de la garantía

63.-Criterios caracterológicos.

El examen de las notas características de los privilegios marítimos debe hacerse teniendo muy presentes su concepto y su naturaleza jurídica. Pero, asimismo, ha de tomarse en consideración la función que aquellos cumplen en el tráfico y la manera en que en el se desenvuelven y operan. A partir de todos estos datos podemos ir desgranando ,en los sucesivos capítulos, una serie de rasgos y elementos que conforman e imprimen su peculiar fisonomía a nuestra institución.

Para realizar ésta labor hemos seguido un criterio mixto de ordenación, dinámico y estructural. Dinámico por cuanto nos hemos fijado en los diversos momentos de la vida del privilegio, desde su nacimiento hasta su realización y extinción. Estructural, en la medida en que hemos prestado atención a las principales facultades que son inmanentes a la propia idea del crédito marítimo privilegiado.

En atención a todo ello ordenamos el estudio de ésta materia refiriéndonos, en primer lugar ,al origen legal y el carácter oculto de los privilegios, a su accesoriedad y a su especialidad e indivisibilidad. Para capítulos aparte dejamos la reipersecutoriedad y realización, la preferencia , y la precariedad.

a) Caracteres relativos a la constitución

64.-Origen legal: La relación deudor propietario.

A diferencia de la hipoteca, que es un gravamen creado negocialmente, los privilegios vienen determinados por el título generador del crédito al que la ley confiere tal cualidad.

Su nacimiento se produce de forma automática y *ope legis*, sin intervención de la voluntad de las partes. Es la ley directamente quien ha querido favorecer a determinados acreedores marítimos. Con tal finalidad ha creado los privilegios y ha hecho que éstos acompañen a sus créditos¹.

La consecuencia inmediata es que ,al contrario de lo que ocurre con las garantías navales contractuales, que sólo pueden ser constituidos por el propietario del buque, el privilegio marítimo se origina y despliega sus efectos aunque el deudor personal, responsable de su explotación o navegación, sea un naviero no propietario².

Refiriéndonos en primer lugar a nuestras fuentes de origen interno, conviene previamente aclarar que al hablar aquí de naviero no propietario, no nos referimos precisamente a la fosilizada realidad del naviero gestor o representante ,*alter ego* del propietario ,contemplado y regulado en los artículos 586 y ss. del C. de c. y que agota sus efectos en el ámbito de una

¹v. DUQUE, *La responsabilidad...*, cit., p.28. También, FARIÑA, *op.cit.*, pp.231-232; y HERNANDEZ YZAL, *Privilegios...*, p.12.

²Se trata, en definitiva, de averiguar cual es la repercusión del hecho de que el sujeto pasivo de la obligación personal sea una persona distinta del propietario del buque. Y éste último puede ocurrir ,bien en los supuestos de naviero no propietario, o bien en otros casos, cual es ,e.g. el de los créditos por combustible adquirido por el fletador por tiempo, quien ,ciertamente no es ni naviero ni propietario.

relación de representación, sino a la actual y típica disociación entre propietario no naviero (titular dominical del buque, colocado en una posición estática respecto a su explotación) y naviero no propietario, que, careciendo de aquella titularidad, lleva a cabo su activa y dinámica explotación³.

Pues bien, aunque nuestra jurisprudencia ha sabido discernir entre una y otra situación a los efectos de la correcta y actual conceptualización de la figura del naviero y consiguiente aplicación

³Como ha puesto de manifiesto la doctrina, para nuestro Código el naviero es la persona que, con la capacidad de obrar necesaria para ello, ejerce el comercio marítimo. Es pues el naviero el comerciante marítimo, quien a la vez puede ser propietario del buque o bien, cuando este carece de capacidad de obrar, un representante suyo. Por ello, cuando el Código habla de "propietario y naviero" no está pensando en el supuesto de disociación entre titular dominical y titular de la explotación, sino en la presencia de un comerciante individual -naviero- que lleva a cabo la explotación en nombre propio pero por cuenta del propietarios o copropietarios del buque. Es por ello que de las obligaciones nacidas en el tráfico marítimo y con ocasión de dicha explotación responde, no sólo el naviero, sino también el propietario, pues éste es quien, en definitiva, obtiene las ventajas patrimoniales de la actividad comercial del buque. V. por todos, VICENT CHULIA, quien afirma que el propietario es siempre, en nuestro Código, el empresario de la navegación, mientras que el naviero, cuando no es el mismo propietario, es quien aparece como comerciante marítimo, situación que se traduce en "un verdadero sistema de responsabilidad en cascada", conforme al cual de los actos de los miembros de la dotación responde, en primer lugar, el propio sujeto, a continuación el capitán, y después, civilmente y frente a terceros, el naviero y, finalmente, el propietario, según dispone el artículo 586 § 1 del Código. VICENT CHULIA, Naviero, propietario del buque y empresario de la navegación en el Código de comercio español, *RJC*, julio-sep., 1976, pp. 570-571.

El mismo autor cita y comenta la postura que, sobre este punto, mantuvo el profesor OLIVENCIA, en conferencia pronunciada en 1.967, donde afirmaba que el naviero, en el pensamiento del legislador, no es otra cosa que el alter ego del propietario, el gestor que, en su nombre y en uso de las facultades por el conferidas, ejercita el tráfico, siendo así que el propietario es al mismo tiempo el verdadero comerciante. En resumen, el "propietario" es en el Código un naviero y el "naviero" es tan sólo un gestor, por lo que cuando el artículo 586 establece una dualidad de sujetos responsables se está refiriendo al propietario-naviero y al naviero-gestor. Por ello, OLIVENCIA se muestra contrario a aplicar este mismo criterio de doble responsabilidad personal en aquellos casos en que, como en el arrendamiento de buque, aparece un propietario no naviero, pues el propietario sólo debe responder en la medida en que el capitán sea su representante, con la sola excepción de los créditos derivados de las cantidades invertidas en beneficio del buque-que contrapone a las invertidas en beneficio de la expedición-. En este último caso, y apoyándose en la noción del cuasicontrato de gestión de negocios invocada en la exposición de motivos, entiende justo que, por encima de la tesis de la representación, responda también el propietario del buque. V. V. CHULIA, *ibíd*, p. 581, donde se menciona la conferencia pronunciada por OLIVENCIA el 2 de Junio de 1.967 y en el marco de la "I Semana de Derecho Marítimo, organizada por el Comité Regional de Derecho Marítimo de Andalucía" y que llevaba por título: La responsabilidad del propietario no naviero.

del régimen de responsabilidad que deriva de dichos preceptos⁴,

⁴La STS de 12.06.61, continuadora de la anterior doctrina jurisprudencial, distinguía correctamente la figura del propietario y la del naviero (o armador, del que habla indistintamente). El supuesto de hecho contemplado era el de avituallamiento de carbón a un buque arrendado. En tal ocasión, nuestro Alto Tribunal, aludiendo a una doctrina jurisprudencial ya consolidada en este sentido dijo que: «son de distinguir, entre el propietario del buque y el naviero...ya que si bien es cierto que tanto uno como otro intervienen en el comercio marítimo, y sus funciones pueden coexistir, la intervención, de aquél puede quedar reducida a ceder su buque a otro, que lo explotará en concepto de empresario, por ser esta la cualidad esencial para atribuirle la condición de comerciante y armador, y en tal caso, uno y otro, ostentan personalidad diferente, con tratamiento diverso, tanto en la legislación positiva, artículos 595 y 586 del Código de comercio, como en la doctrina jurisprudencial, sentencias de 18 de junio de 1902, 29 de noviembre de 1927 y 7 de junio de 1948, ...arrendamiento, contrato que hace asumir por tal razón, al cesionario, desde la fecha de su celebración, las responsabilidades que sus derechos son correlativa consecuencia, ante la separación existente entre la propiedad y la empresa como organización, debiendo entonces, el naviero, ser reputado a todos los efectos, señor de la nave o maestre del navío, según la denominación que le eran dadas, respectivamente, por el Consulado del mar y las Ordenanzas de Bilbao, pero con las obligaciones que hoy le están asignadas en el artículo 595 antes mencionado, representando al propietario del buque y gestionando, para sí, con tal carácter cuanto interese al comercio a que se viene dedicando»..

Respecto a la aplicación del artículo 586 del C. de c., la misma sentencia declaro que, cuando hay disociación de la persona del propietario y de la del naviero por razón de arrendamiento, la responsabilidad del primero desaparece siempre que éste haya notificado al tercero la existencia del contrato de arrendamiento. Y ello, aún cuando el contrato no disponga de publicidad registral. En tal supuesto, al ser la verdadera identidad del naviero conocida por el tercero, decae la razón de ofrecer la propiedad como garantía, que no es otra que la de velar por la seguridad y facilidades del tráfico mercantil. Estos son algunos de sus párrafos: «acreditado que la cesión del buque, si bien hecha en documento privado, su celebración fue hecha saber al recurrente, aun cuando su inscripción fuera omitida en el Registro Mercantil, aquel conocimiento, de modo directo realizado, priva de la cualidad de tercero al acreedor...el hecho del arriendo está demostrado, no dándose, por tanto, las razones que implica la protección de los terceros, en cuanto a las prestaciones que al buque realizan, de servir éste de garantía de aquellos, a fin de dar seguridad y facilidades al tráfico mercantil, cómo se dice en la exposición de motivos que precede al Código de comercio». STS de 12.06.61 (arz. n.º. 2.362, p. 1.519), buque "Clarín". V. ARROYO, *Jurisp...cit.*, pp.829-830.

DUQUE resume el significado de esta Sentencia afirmando que «la legitimación pasiva del naviero excluye la del propietario cuando el tercero conoció oportunamente que existía una situación de desdoblamiento de ambas titularidades», si bien corresponde al propietario la prueba de que el tercero poseía dicho conocimiento. Sin embargo, y a pesar del fallo comentado, opina el mismo autor que prevalece siempre el mandato contenido del artículo 586 del C. de c., lo que significa que la anterior conclusión debe ser matizada en el sentido de que cuando los créditos contraídos por el Capitán - y probablemente también por el naviero- hayan redundado en beneficio del buque, el propietario permanece responsable personal ante el acreedor en todo caso, incluso cuando éste último conociese el hecho de explotación del buque por otra persona. Ante el supuesto de hecho contemplado por el artículo 586 del C. de c., el propietario queda impedido de probar que el acreedor era conocedor de la existencia de un naviero no propietario, por lo que el mencionado acreedor dispone no sólo de la acción real contra el buque, sino de acción personal contra el propietario no naviero. V. DUQUE, "Notas...cit.", pp. 220-221.

ocurre que la misma doctrina jurisprudencial⁵, avalada después por algún relevante autor⁶, no ha distinguido con la suficiente claridad entre la responsabilidad personal que los referidos preceptos anudan al propietario del buque y la garantía real que el propio Código atribuye a los acreedores marítimos, confundiéndose así los planos de la responsabilidad real y personal.

Evidentemente no podemos estar de acuerdo con esta posición doctrinal, cuya construcción se realiza a partir de una falta de comprensión de cual es la verdadera naturaleza del derecho que

⁵Así, la STS de 7 de junio de 1948, que fundamenta la obligación directa del propietario, ex art. 586 C. de c.en el papel que juega el buque como garantía frente a los terceros. Dice la sentencia : «Que por las especiales características del comercio marítimo, es preciso que los terceros que realizan prestaciones para el buque cuenten con la garantía de éste a fin de dar seguridad y facilidades al tráfico mercantil, y este principio de garantía del buque frente a terceros, recogido en la exposición de motivos del Código de comercio y en reiterada doctrina jurisprudencial, tiene su desenvolvimiento principal, aunque no completo, en los artículos 586 y 588 de dicho Código». V. STS de 7.06.48 (arz. n°. 784), buques "Navemar" y "Motomar". V. ARROYO, *Jurisp...cit.*, p.542. V., también, VINCENT CHULIA, *Naviero...cit.*, p.631.

En el mismo sentido pueden interpretarse la STS de 12.6.61, ya comentada, y también la STS de 14 de marzo de 1.975. Esta última se refería a un supuesto de hecho en el que el propietario del buque "Mari Loli" lo había fletado por tiempo a otra compañía española -Transportes Fruteros del Mediterráneo, S.A.- quien a su vez lo había subfletado , en las mismas condiciones- a la compañía alemana "Rhein Maas See". "Rhein Mass See" concertó contrato de transporte marítimo con los cargadores "Lapro S.G.", quienes demandaron a los propietarios del buque -"Clemente y Cía."- por daños y perjuicios sufridos en el transporte, alegando, entre otros, los artículos 580.10 y 584 del C. de c., pretensión que fue rechazada en la Sentencia sobre la base de que, el privilegio de los acreedores marítimos contemplados en los mencionados preceptos no puede nacer al no representar la compañía alemana transportista al propietario del buque.

⁶En su comentario a la STS de 14 de marzo de 1975, VICENT CHULIA afirma que la doctrina sentada , al igual que en el caso de la Sentencia de 12 de Junio de 1.961, significa que cuando el buque es explotado por empresario distinto del propietario del buque nacen una obligaciones que no se encuentran protegidas por los privilegios marítimos. Estos quedan reservados para los acreedores que avituallan, pertrechan o reparan el buque de propiedad del empresario marítimo, o para los cargadores damnificados por la conducta del empresario de transportes que transporta las mercancías en buque de su propiedad. «Hacer responder al buque (y , con él, a su propietario) de las obligaciones contraídas por el empresario, de la navegación , y por el empresario del transporte, cuando son personas distintas de aquél , es realmente injusto, ilógico, contrario a una recta interpretación del Código de Comercio y, en definitiva, contrario a la doctrina legal sentada por las Sentencias de 12 de junio de 1.961 y 14 de Marzo de 1.975». V. VICENT CHULIA, *Naviero...cit.*, pp.640-641 y 645-646.

asiste a los acreedores titulares de privilegios marítimos.

No puede confundirse entre la afectación real del buque, que opera al margen de la identidad de su propietario, con la problemática de la determinación del sujeto **personalmente** responsable cuando no se da la coincidencia entre propiedad del buque, empresa de navegación o empresa de transporte.

Cuando el propio Código obliga al propietario del buque, incluso en relación con obligaciones adquiridas por un anterior propietario, debe *a fortiori* el titular dominical soportar con su buque las consecuencias patrimoniales de las obligaciones contraídas por quienes, en virtud de título dimanante de relación contractual con aquel, llevan a cabo la explotación de la nave en el tráfico marítimo.

Por ello la doctrina predominante ha considerado indiferente el título en cuya virtud se explota el buque cara al nacimiento de los privilegios marítimos legalmente tipificados⁷. Y ello con

⁷Según explica DUQUE, los arts. 586 y 588 contemplan supuestos en que una serie de créditos se imputan al propietario que no explota el buque y a la persona (naviero) a quien aquel ha confiado la explotación.

Respecto a estos preceptos se han subrayado algunos aspectos relevantes en materia de privilegios marítimos. Al respecto hay que destacar que el Cód. de Co. no establece en ellos ninguna vinculación real del buque para responder de las obligaciones que allí se cita.

Ello es así sin perjuicio de que la amplia formulación de tales obligaciones: "actos del capitán y obligaciones contraídas por éste para reparar, habilitar y avituallar el buque"; cantidades invertidas "en beneficio del buque", pueda dar lugar a que los correspondientes créditos sean encuadrados dentro de los enumerados en el art. 580 del Cód. de Comercio. En tal caso surgirá el privilegio marítimo, pero sólo en virtud de éste último y no por los artículos 586 y 588. V., al respecto, DUQUE, para quien las obligaciones enunciadas por los arts. 586 y 588 del Cód. de Co. son las propias para proseguir la expedición marítima, y, como tales, generadoras de créditos que, sintética y descriptivamente, pueden denominarse "para suministros y reparaciones".

Consecuentemente, nos dice DUQUE que en derecho español hay deudas de las que responden simultáneamente el propietario y el naviero, algunas de las cuales son garantizadas con los privilegios del art. 580, que, en tales casos, garantizan una deuda propia y una deuda ajena. Estos privilegios nacen, por ministerio de la ley, simultáneamente con la constitución del debido y afectan desde el principio al propietario no naviero. V. DUQUE, *op.cit.*, pp. 45-47, donde se cita la ley venezolana de 1.983, que, con clara inspiración en el Convenio de 1.967, distingue con cierta precisión entre los aspectos personales y los reales. Así, el art. 10, establece que el proceso de

independencia de que el acreedor conociese o no el hecho de la disociación propietario-naviero⁸.

En suma, en nuestro Derecho positivo quedan reguladas en forma separada y distinta la responsabilidad real del buque, que opera por vía del privilegio marítimo y sin atención a quien sea el sujeto pasivo de la obligación garantizada, y la responsabilidad personal del propietario y del naviero no propietario, que básicamente vienen reguladas -en su aspecto contractual y «en su confluencia y división»- en los artículos 586 y 588 del C. de c⁹, y -en su vertiente extracontractual- en los artículos 826 y ss. de C. de c. y 1902 y ss. del C.c.¹⁰.

La misma solución encontramos en las fuentes internacionales. Así, el Convenio de 1.926 establece que sus disposiciones son aplicables «a los buques explotados por un armador no propietario o por un fletador principal, salvo cuando

nacimiento es distinto para los créditos privilegiados y para los privilegios: «...los privilegios indicados ...surgen con independencia de que los créditos garantizados vayan contra el propietario, armador o cualquier otra persona que tenga a su cargo la explotación de la nave».

⁸La publicidad de hecho del buque es ineficaz para enervar o eliminar la validez del privilegio, dado el sistema legal de estos. V. DUQUE, *Ibíd.*, p.48.

⁹V. RUIZ SOROA, *Manual...cit.*, p.71.

¹⁰La disociación entre las personas de propietario y naviero posee una indudable relevancia en el plano de la responsabilidad extracontractual. Al respecto se ha mantenido por nuestra doctrina que el propietario no naviero ha de quedar indemne frente a las reclamaciones que le dirijan los terceros perjudicados por los actos cometidos por el naviero que explota el buque, única persona que debe entenderse legitimada pasivamente para responder de los daños y perjuicios causados en la esfera extracontractual. Así, DUQUE, para quien, la pretensión del acreedor contra quien no tiene la cualidad de naviero ha de verse desestimada, debiendo prosperar, por el contrario, la oposición del demandado que hace valer su cualidad de mero propietario del buque explotado por otro. Claro es que sobre dicho demandado recae la carga de la alegación y de la prueba de tal extremo. No obstante, como bien señala el mismo autor, la indemnidad del propietario en tales casos resulta relativa por el juego de otras instituciones típicas del tráfico marítimo, cuales son los privilegios de los acreedores marítimos, que hacen que el propietario quede afectado en su condición de tal "y al margen de toda idea de titularidad de la empresa de navegación". V. DUQUE, *Notas...cit.*, p. 230.

el propietario se encuentra desposeído por un acto ilícito y cuando ,además, el acreedor no lo sea de buena fe»¹¹.

La técnica empleada por el Convenio de 1.967 es distinta. Allí el problema se ha tratado de resolver a través de una amplia definición del termino "propietario", capaz de dar cabida al «arrendatario a casco desnudo y al cualquier otro fletador, naviero gestor o naviero del buque»¹².

El proyecto de Lisboa, aún siguiendo la misma técnica, introduce una importante novedad al no mencionar a "todo otro fletador". Con ello se deja sin resolver el problema de los créditos que surgen como consecuencia de las obligaciones contraídas por el fletador por tiempo en la esfera de las facultades que, cara a la explotación del buque, tiene conferidas en virtud del contrato de fletamento¹³.

Otro aspecto de gran interés ,que ha desaparecido en el Convenio de 1.967 y que no se ha vuelto a reincorporar en los proyectos posteriores, es el relativo a los efectos que produce en el nacimiento del privilegio la situación de posesión ilícita del buque por quien contrae la deuda personal, situación que

¹¹Cfr. artículo 13 del Convenio. Cuesta entender la expresión "fletador principal", traducida fielmente al español de los textos originales francés e inglés: «*armateur non propriétaire ou par un affréteur principal*» ; «*under the management of a person who operates them without owning them or to the principal charterer*».

¹²Cfr. Art. 4.1 *in fine*, cuyos textos originales rezan así: «*Le terme <propriétaire> ,au sens du présent article, comprend le locataire coque-nue et tout autre affréteur, l'armateur gérant ou l'exploitant du navire*»; «*The word <owner> mentioned in this paragraph shall be deemed to include the demise or other charterer, manager or operator of the vessel*».

¹³El primer párrafo del art. 4.1 del proyecto comienza así: «Los siguientes créditos contra el propietario, el arrendatario a casco desnudo, el gestor o el naviero del buque, estarán garantizados...». En el texto inglés: «*Each of the following claims against the owner, demise charterer, manager or operator of the vessel shall be secured ...*». Idéntica redacción se mantiene el proyecto OMI/CNUCDE.

parece debe resolverse a favor del acreedor ,siempre que éste haya actuado de buena fe¹⁴ y sin perjuicio de las acciones civiles y penales de que dispondrá el propietario despojado contra el poseedor ilegítimo.

65.-Carácter oculto: La publicidad en las normas de origen interno.

Por otra parte, y también en contraste con la hipoteca (y con el común de los derechos reales de garantía), la validez del privilegio no queda condicionada a la publicidad registral¹⁵.

Esta circunstancia ha hecho afirmar que los privilegios marítimos permanecen ocultos, en el sentido de que carecen de publicidad. No precisan de inscripción registral ni para su nacimiento ni para su oponibilidad *erga omnes*. Y ello es así hasta el punto de que los terceros que pudieran tener interés en su conocimiento (e.g., un posible comprador del buque), carecen de medios para comprobar su existencia¹⁶.

Pero si bien es cierto ,en términos generales, que la

¹⁴ Tal y como hemos visto, el Convenio de Bruselas exigía ,para que operase tal límite,el doble requisito de acto ilícito de desposesión y mala fe del acreedor, es decir el conocimiento por el tercero de la anómala situación de ilicitud en que se encontraba la explotación del buque.Los nuevos textos internacionales guardan silencio sobre esta materia.

Al respecto hay que tener en cuenta que un cierto sector doctrinal ni siquiera ha reconocido la situación de posesión ilícita como elemento paralizador del nacimiento y operatividad del privilegio.V.DUQUE,La responsabilidad...cit.,p.47, donde cita a WUSTENDORFER,Seehandlsrecht,y a ABRAHAM, Dass Seerecht.

¹⁵El contraste es aquí claro con la figura más próxima. Nos referimos a la hipoteca naval, que no nace sino en virtud de inscripción en el Registro Mercantil(art. 14 L.H.N.). Supone ello, según GARRIGUES, la formulación del principio de la publicidad en el sentido mas riguroso, es decir en el de que la hipoteca no inscrita carece de valor,incluso entre los interesados.V.GARRIGUES,op.cit.,p. 541.

¹⁶Así DUQUE ha afirmado que,con algunas excepciones, estamos ante una garantía carente de publicidad y,como tal, secreta. V.DUQUE,op.cit., p.28-29.

publicidad exigida por la ley para el crédito hipotecario no rige ni para la creación ni para la conservación ni para la extinción del privilegio, esta realidad debe ser matizada pues conoce importantes excepciones, particularmente en nuestras normas de origen interno.

En efecto, ya de entrada, el principio general de nuestra legislación mercantil descansa en un criterio general de inscripción registral de los "gravámenes de cualquier género" que pesen sobre el buque¹⁷.

Además, y con la finalidad de solventar las dificultades que entrañaba el acceso al Registro Mercantil cuando el buque se encontraba de viaje, el C.de c. y el RRM se cuidaron de establecer y regular con detalle un sistema de "publicidad itinerante" concretado en la certificación de a bordo¹⁸.

¹⁷El artículo 22 del Código de Comercio, antes de ser modificado por la reciente reforma de la legislación mercantil (Ley 19/1.989), señalaba que en el Registro Mercantil habrían de inscribirse, además de las menciones relativas a la identificación de los buques, los «actos y contratos por virtud de los cuales se adquiera o transmita la propiedad de los buques o aeronaves, o se impongan, modifiquen o extingan gravámenes de cualquier clase sobre los mismos, y aquellas otras situaciones jurídicas que se determinen reglamentariamente».

Con una fórmula semejante el art.145 del RRM dispone que en los Libros de Buques se inscribirán, *inter alia*: «la constitución, modificación y cancelación de los gravámenes de cualquier género que pesen sobre el buque».

Y esta obligatoriedad general de inscripción registral de todo gravamen que afecte al buque se encuentra presente en otros preceptos del RRM. Así, e.g., en el art. 152.2°.

¹⁸En efecto, la inscripción de los derechos sobre los buques conoce también una forma especial de inscripción llamada a cumplir una doble función de provisionalidad y de complementariedad. Se trata de la certificación del Registro que acredite la propiedad del buque y de todas las obligaciones que pesen sobre el, cuya tenencia a bordo constituye una de las obligaciones inherentes al cargo de Capitán (art.612.1°).

Esta certificación sirve, por una parte para suplir provisionalmente la inscripción registral, de modo que los derechos sobre el buque que se hagan constar en la misma puedan producir desde entonces efectos frente a terceros. Por otra resulta útil como complemento itinerante del asiento registral del buque, que al viajar a bordo, resulta accesible a todos quienes, en el curso de la expedición, tengan interés en conocer la situación patrimonial de aquel y en inscribir los derechos que respecto al mismo pudieran adquirir en virtud de sus relaciones negociales con su capitán o naviero.

A la certificación registral se refieren diversos preceptos del C.de c., de la LHN y del RRM. Así el art.152.4° del R.R.M. dispone que «Cuando no se trate de primera inscripción se expresará que se ha anotado el asiento que se

Naturalmente de estas disposiciones no cabe deducir que los privilegios marítimos deben ser en todo caso objeto de inscripción y mucho menos que ésta posea siempre carácter constitutivo.

Y es que la respuesta a los requisitos de publicidad que la ley exige a cada privilegio hay que encontrarla en el artículo 580 del C.de c. El examen del precepto muestra bien a las claras que la publicidad registral es constitutiva del privilegio sólo en relación con los créditos señalados en los números 7°; 8° y 9° (excepto la prima de seguro).

Y esta publicidad se consigue de un modo diverso según que la obligación haya sido contraída en el puerto de matrícula o encontrándose el buque en viaje y como consecuencia de las contingencias propias de éste. Así, en el primer supuesto procede la inscripción directa en el Registro Mercantil¹⁹. En el segundo

practique en la certificación de la hoja del buque que debe llevar a bordo el Capitán, o de no haberse anotado, la causa de ello». Por su parte, el art. 174 obliga a que toda cancelación practicada en el Registro se haga constar en la certificación de a bordo, expresando el derecho cancelado, la causa de la cancelación, el documento en virtud del cual se haya practicado, la fecha de su presentación y la del asiento cancelatorio.

Pero es el art. 154 el que contiene el núcleo regulador de esta certificación. Conforme a su primer párrafo, la certificación ha de ser «literal de la inscripción de propiedad del buque y de todos los asientos de gravámenes constituidos sobre el mismo, que se hallen vigentes en la fecha en que se expida, y se considerará como título bastante para la justificación del dominio y para su transmisión e imposición de gravámenes por el dueño, armador, naviero o capitán del buque en los casos autorizados por el Código de comercio». Señala el párrafo que comentamos que los actos dispositivos «constarán por diligencia escrita y firmada por los contratantes, extendida en la misma certificación, con intervención de notario en España o de cónsul o de la autoridad local a quien corresponda en el extranjero que aseveren la certeza del hecho y la identidad de los interesados. El notario o cónsul extenderán un acta que conservarán en su protocolo, insertando en ella literalmente la expresada diligencia».

¹⁹ Este es el caso de la parte del precio no satisfecha al último vendedor; de los créditos pendientes de pago por materiales y mano de obra de la construcción del buque cuando no hubiere navegado y de las reparaciones y suministros realizados y préstamos tomados antes de la salida.

basta con la anotación en el certificado de a bordo²⁰.

Esta última formalidad es también la que habrá de seguirse para los mismos créditos de necesidad y de viaje (incluido aquí además el derivado de avería gruesa) cada vez que, por concurrir acreedor hipotecario, entre en juego el artículo 32 de la ley especial. Y siempre que se trate de créditos de viaje, sean del C. de c. o de la LHN, las normas del RRM completan las contenidas , respectivamente, en el los artículos 580 y 583 y 33 a 35 , en relación con las circunstancias de la inscripción en la certificación de a bordo²¹.

En cualquier caso hay que advertir que , en la práctica, no sólo no se cumplen las obligación previstas en el RRM para la renovación periódica de la certificación de a bordo²², sino que

²⁰Supuestos de venta judicial de los efectos del cargamento para obtener fondos; reparaciones; suministros y préstamos a la gruesa.

²¹Así, el segundo párrafo del art.154, reproduce , casi literalmente, lo dispuesto en el art. 583 acerca de las formalidades de inscripción en la certificación para los supuestos de contratación de reparaciones, suministro o préstamo a la gruesa, realizada por el Capitán durante el viaje.

Difícil de entender resulta el tercer párrafo, cuando establece que «los contratos celebrados según los párrafos precedentes no surtirán efecto en cuanto a tercero sino desde la fecha de su inscripción en el Registro Mercantil». En efecto, esta afirmación no solo resulta contradictoria con el párrafo precedente (y con el art. 583 del Cód.de co.), que otorga plena eficacia a los contratos a que se refiere, cuando constan anotados provisionalmente en la certificación de a bordo, sino que se opone a las previsiones del art. 720 del Cód.de co. acerca del préstamo a la gruesa, que igualmente hace a este eficaz frente a terceros desde su otorgamiento y anotación en el certificado, con tal de que la inscripción en el Registro se haga antes de trascurrir ocho días desde el arribo del buque al puerto de su matrícula.

Por ello, nos inclinamos a creer que la referida disposición ha de interpretarse sin perjuicio de la eficacia provisional frente a terceros que otorga el Código a determinados negocios realizados durante el viaje e inscritos en la certificación de a bordo, con los requisitos y condiciones que al efecto se establecen. Nos referimos concretamente a los contratos señalados en los números 8° y 9° del art. 580 en relación con el art.583 del Código de comercio. De un modo análogo , la L.H.N. excepciona del principio general de publicidad negativa del registro a aquellos actos y contratos que, aún siendo inscribibles de acuerdo con las disposiciones del Código, lo hallan sido en la hoja de a bordo. Cfr. art.36, último párrafo, de la LHN.

²²Los dos últimos párrafos del art. 154 del R.R.M., unen la vigencia temporal de la certificación a la del viaje. Concluido éste debe renovarse aquella si bien ésta obligación sólo opera para los "viajes de navegación de altura", salvo en el caso de que se hubieren practicado nuevos asientos en el

ésta ni siquiera se lleva en el buque²³, siéndo frecuente encontrarla depositada en la sede de la empresa naviera, con lo que, obviamente, no puede cumplir su finalidad. Y ello equivale a la imposibilidad de que puedan generarse los privilegios de viaje a que nos hemos referido.

El resultado de lo hasta ahora dicho es que el carácter oculto o falta de publicidad de los privilegios marítimos, sólo puede ser predicado en nuestro Derecho marítimo de origen interno respecto a los créditos contenidos en los números 1° a 6° y 10° del artículo 580 del C.de c., además de la prima de seguro, recogida *in fine* en el número 8° del mencionado precepto²⁴.

Esta conclusión no se ve alterada por la normativa que rige

Registro, en cuyo caso el deber de renovación operará siempre. Este curioso texto es el siguiente: «Para cada viaje será necesaria nueva certificación que se extenderá a continuación de la anterior y comprenderá literalmente todos los asientos que aparezcan practicados con posterioridad a la fecha de aquélla y se hallen vigentes. Si no se hubiera practicado ninguno, se hará constar así por certificación negativa extendida también a continuación de la anterior. La expedición de la certificación, con expresión de su fecha, se hará constar al margen del último asiento de la hoja del buque. La obligación de renovar la certificación se entenderá limitada a los viajes de navegación de altura, quedando exceptuadas de tal precepto las navegaciones de cabotaje y gran cabotaje, si bien deberán renovarse aquéllas siempre que se hubiesen practicado con posterioridad en los libros del Registro nuevos asientos que afecten a los buques».

²³Como dice GIMENEZ DE LA CUADRA, refiriéndose a buques de distintos países, es muy frecuente la carencia a bordo de documentación que permita conocer la existencia de las cargas o gravámenes que pesan sobre el buque, y ello a pesar de que algunos Códigos europeos imponen el deber de su llevanza. V. GIMENEZ DE LA CUADRA, Guillermo, *Embargo y venta judicial de buques*, I Congreso Nacional de Derecho Marítimo, Comité Regional de Derecho Marítimo de Andalucía, Sevilla, 1.983, p.158.

²⁴Todos ellos son contemplados en la LHN como créditos no inscritos preferentes a la hipoteca. Sin embargo, el artículo 31.4° de la LHN confiere también prioridad sobre el hipotecario, aunque no consten inscritos en el Registro Mercantil, los créditos señalados en el n° 7 y 10° del artículo 580 del C. de c. Nada que objetar respecto al número 10°, ya hemos dicho que es uno de los privilegios ocultos. Pero en lo que se refiere al número 7°, debemos interpretar que la señalada preferencia sólo opera si el crédito lleva privilegio. Y ello sólo ocurre si ha sido anotado en la certificación de a bordo y se han seguido las demás formalidades prescritas en el Código.

el Registro administrativo de buques²⁵. En efecto, aunque aquella se refiere a la inscripción de todo tipo de "cargas" o "gravámenes" navales²⁶, el régimen allí contenido es, para dichas materias, mimético del que rige el Registro Mercantil²⁷. En consecuencia no supone obligación de inscripción de los privilegios sino en la misma medida en que dicha obligación viene impuesta por la legislación mercantil.

²⁵El Capítulo IV del R.Decreto 1027/1989, de 28 de julio, sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo se intitula "Incidencias en la vida del buque" y contiene tres secciones, la primera dedicada a la "Transferencia de la titularidad y de la propiedad", la segunda a las "Cargas, gravámenes e hipotecas", y la tercera a otras vicisitudes que pueden darse en la vida del buque, tales como el cambio de lista o de nombre, desguace o enajenación al extranjero.

En general puede afirmarse que los preceptos contenidos en las correspondientes secciones vienen a continuar con la línea de intensa intervención administrativa en todo cuanto afecta a la propiedad y gravámenes sobre los buques españoles, entendidos éstos en el amplísimo sentido aludido por el art. 1º del R.Decreto que comentamos: «Todos los buques, embarcaciones y artefactos navales, cualquiera que sea su procedencia, tonelaje o actividad».

Así, la transferencia de titularidad de buques en construcción deberá ser siempre objeto de notificación por el adquirente a la Dirección General de la Marina Mercante (o Jefatura Provincial, según los casos) en el plazo máximo de tres meses. La falta de esta notificación, que resulta también precisa en relación con toda transferencia de la propiedad de un buque "inter vivos", acarrea la consecuencia de que la misma "no podrá surtir efectos administrativos" (arts. 53 a 55).

²⁶En lo que respecta a los gravámenes, el art. 56 dispone que «para que surta plenos efectos administrativos cualquier acto que suponga la creación, modificación o extinción de un gravamen que pese sobre el buque, deberá ser notificado a la Dirección General de la Marina Mercante o Jefatura provincial de la Marina Mercante, según proceda, o autorizado por mandamiento judicial, siendo de aplicación para los mismos lo dispuesto en la sección anterior, en su caso». Entendemos que la remisión a la sección anterior permite conocer que el destinatario de la notificación ha de ser la Dirección General o la Jefatura Provincial correspondiente según que el buque gravado tenga una eslora entre perpendiculares igual o superior a seis metros o menor de dicha longitud. Asimismo aclara que el plazo de notificación ha de estar dentro de los tres meses, desde el día en que se firmó la correspondiente escritura. Menos obvio resulta en cambio la determinación de quien haya de ser el sujeto activo de la obligación administrativa de notificar aunque, podría pensarse analógicamente que lo es el adquirente del derecho sobre el buque.

²⁷La duda de si el precepto en cuestión se está refiriendo a toda clase de gravámenes o únicamente a los inscribibles en el Registro Mercantil se disipa a la vista del texto del art. 57: «Los actos a que se refiere el artículo anterior así como la transferencia de propiedad se anotarán en el asiento de matrícula con carácter definitivo a la vista de la certificación que acredite haberse inscrito los mismos en el Registro Mercantil correspondiente...».

Parece pues que esta normativa impone tan sólo la notificación administrativa de los gravámenes que, por su naturaleza, han de ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil, no incluyendo en tal obligación a los privilegios marítimos no inscribibles.

66.-La ausencia de requisitos de forma en los Convenios internacionales.

La situación es bastante distinta en nuestras fuentes de origen internacional. Aquí resulta crucial la previsión contenida en el artículo 11 del Convenio de 1926. En su virtud, los privilegios internacionales no están sometidos a **formalidad alguna ni a ninguna condición especial de prueba**. Esta norma impide, con carácter general, que la validez y eficacia del privilegio quede subordinada a cualquier requisito de publicidad. Estamos entonces en presencia de privilegios genuinamente ocultos.

Sin embargo, ésta inevitable conclusión viene mitigada por el segundo párrafo del mismo precepto, que deja a salvo los requisitos previstos en las legislaciones internas para que puedan nacer privilegios de viaje²⁸. En su virtud, parece que han de entenderse vigentes y aplicables las prescripciones formales y de publicidad contenidas en nuestro C.de c. y en la LHN en materia de obligaciones contraídas por el Capitán fuera del puerto de matrícula a las que nos hemos ya referido.

Pero puede decirse que ésta excepción está llamada a desaparecer. No figuraba ya en el Convenio de 1967 y, desde luego, tampoco consta en los nuevos Proyectos.

En conclusión, bien puede decirse que el carácter oculto de los privilegios ha resistido todos los ataques de que ha sido objeto y está llamado a reforzarse próximamente en el plano

²⁸ Art. 11 §2 : «Esta disposición no atenta al derecho de cada Estado de mantener en su legislación las disposiciones que exijan al Capitán el cumplimiento de formalidades especiales, sea para ciertos préstamos sobre el buque, sea para la venta del cargamento».

internacional²⁹.

b) *Caracteres relativos a la transmisión*

67.-Accesoriedad.

La accesoriedad respecto a la obligación principal es uno de los rasgos característicos de los derechos reales de garantía en general³⁰ y de los privilegios marítimos en particular.

El concepto resulta extremadamente útil para comprender mejor los efectos de la transmisión o modificación del crédito o de la deuda correspondientes a la obligación principal, *i.e.*, la "dinámica" del privilegio³¹.

²⁹Según nos relata HERNANDEZ YZAL, en la Conferencia de Nueva York se impuso el criterio inglés y quedó rechazada la propuesta de que se hiciese preceptiva la llevanza a bordo de un certificado en el que habrían de hallarse inscritos y al día los gravámenes que afectasen al buque. V.HERNANDEZ YZAL, *Op.cit.*, p. 32.

³⁰El llamado principio de accesoriedad de los Derechos reales se ha construido dogmáticamente a partir del estudio de la hipoteca. Sobre todo ha sido deducido desde el artículo 1.857 del C.c., según el cual la hipoteca nace siempre al servicio de un crédito, pues es requisito esencial que dicho gravamen se constituya «para el cumplimiento de una obligación principal». En el mismo sentido, el artículo 104 de la L.H. dispone que la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone: «al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.»

Esta accesoriedad, que se contrapone al concepto de hipoteca independiente, consiste en que la vida del derecho real sigue siempre la misma suerte que la del crédito a cuya seguridad debe servir, de modo que sin el no puede subsistir.

En el Derecho español, y a diferencia de lo que ocurre en el alemán, la hipoteca tiene siempre carácter accesorio, por lo que funciona como hipoteca de seguridad, es decir, como hipoteca indisolublemente vinculada, en todos los aspectos, a la vida y modificaciones del crédito. El derecho real subsiste con el crédito y con él agota su fuerza y efectividad. Sin embargo, nuestro Derecho positivo no ha admitido en su integridad las consecuencias lógicamente derivadas del principio de accesoriedad, habiendo establecido no pocas limitaciones. V. COSSIO, *op.cit.*, p.658-660.

³¹DIEZ PICAZO y GULLON, utilizan la expresión de "dinámica de los derechos reales" para referirse a las diferentes vicisitudes por las que aquellos pueden atravesar y, especialmente, a su adquisición, transmisión y extinción. Los referidos autores llaman la atención sobre el hecho de que la normativa general y la dogmática sobre esta materia se han construido básicamente sobre el derecho de propiedad, por lo que su aplicación a los demás derechos reales precisa siempre de las oportunas matizaciones, en función de la respectiva naturaleza de aquellos, sin que nunca pueda darse una aplicación automática de las normas y doctrina referentes a la dinámica del

En efecto, la accesoriadad hace que el privilegio marítimo se encuentre en una relación de dependencia con el derecho de obligación, de tal modo que, salvo en los casos expresamente previstos por la ley (e.g., prescripción autónoma del privilegio) no puede desenvolverse de una manera independiente. En otras palabras no puede desvincularse del crédito para cuya seguridad se constituye³².

En suma, nacido el privilegio para asegurar la satisfacción de un crédito marítimo a través de la afectación real del buque, sigue, en virtud de su accesoriadad, las vicisitudes de la vida jurídica de aquel. Existe si éste existe y se transmite, cede, subroga y extingue con el crédito garantizado³³.

A diferencia de nuestro C. de c. y del Convenio de 1926, que guardan silencio en éste punto, el artículo 9 del Convenio de 1967³⁴ (luego reproducido en el Proyecto de Lisboa y en el Proyecto OMI/CNUCDE) se ocupa de la cesión y subrogación de los créditos marítimos privilegiados. Y lo hace aplicando al

derecho de propiedad.V. DIAZ PICAZO Y GULLON, *op.cit.*, p.68.

³²El privilegio se halla fatalmente unido al crédito privilegiado, sin que pueda garantizar otro distinto o ser cedido o transmitido sin que lo sea la obligación principal.V.DIEZ PICAZO Y GULLON, en relación con la hipoteca, *op.cit.*, p.512.

³³Como observa DUQUE, el crédito privilegiado es una figura compleja, en la que el crédito garantizado y la garantía privilegiada se funden en una sola entidad, respondiendo así a la íntima inherencia económica, entre crédito y buque.

El privilegio agrega así la garantía especial del buque a la general representada por el principio de afectación universal del patrimonio del deudor (art. 1911 C.c.). Y este plus de garantía es muy grande a la vista de las considerables facultades que aquel lleva ínsito.V.DUQUE, *op.cit.*, pp.28-29.

³⁴El régimen del art. 9 del Convenio de 1.967 procede ya del proyecto de Amberes, sin que en la Conferencia de Nueva York se introdujesen modificaciones al respecto.V.HERNANDEZ YZAL, *op.cit.*, p. 35.

privilegio el principio de accesoriedad³⁵.

c) Caracteres relativos al objeto de la garantía

68.-Especialidad.

Frente a los privilegios generales, que gravan todo el patrimonio del deudor, los privilegios marítimos son siempre "especiales" en el sentido de que alcanzan tan sólo a uno (o varios) de sus bienes. En nuestro caso al buque y a sus "accesorios"³⁶.

Esta especialidad se explica porque la relación jurídica favorecida ha nacido como consecuencia del ejercicio de la navegación marítima.

Claro es que esta navegación no tiene porque tener necesariamente una finalidad comercial. La actividad navegatoria se basta por si sola, sin ulteriores cualificaciones, para generar créditos privilegiados con la garantía real sobre el buque. Además hay que ser generosos en cuanto al significado de esa actividad,entendiendo que la misma comienza con la construcción de la nave. Ello es obligado si se repara en que pueden existir ,y de hecho existen , créditos marítimos privilegiados nacidos antes de que el buque realice cualquier tipo de navegación (como es el caso de los refaccionarios del

³⁵El artículo 9 de los tres textos internacionales es del siguiente tenor: «La cesión de un crédito garantizado con un privilegio marítimo enumerado en el artículo 4 o la subrogación en los derechos del titular del crédito, entraña simultáneamente la cesión de ese privilegio marítimo o la subrogación en los derechos que éste lleva aparejados».

³⁶V. GAMECHOGOICOECHEA, *Tratado...cit.*, p.73. También, LUCAS FERNÁNDEZ, *Curso...cit.*, p.31.

art. 580.8° del C. de c.).

Se trata, en definitiva (y una vez mas), de la aplicación práctica de la concepción doctrinal dominante acerca del ámbito de aplicación del Derecho Marítimo Mercantil, que, como es sabido, pone el acento en la navegación marítima efectuada por todo tipo de buques³⁷.

³⁷ Nuestra doctrina es prácticamente unánime a la hora de entender sujeta a la disciplina de nuestras normas marítimo-mercantiles cualquier tipo de relación surgida con ocasión de la navegación de buques civiles, con independencia de que ésta posea o no finalidad comercial. Así, GARRIGUES, consideró, ya desde sus primeras obras, que los preceptos del C. de c. se aplican a toda clase de tráfico marítimo, sea o no mercantil. V. GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1940, T.2, pp. 603-604.

La postura mantenida por URÍA coincide con la de GARRIGUES en la medida en que estima que el Código de Comercio no fue creado para contemplar otras relaciones que las estrictamente mercantiles, pero que la fuerza expansiva de las normas reguladoras del comercio marítimo hizo que su dominio se extendiese a situaciones cualitativamente diferentes, alcanzando a todo tipo de navegación con independencia de cual sea su finalidad (comercial, científica, de mero recreo, etc.). Por ello considera conveniente que la reforma mercantil recoja explícitamente el fenómeno global de la navegación cualquiera que sea su finalidad inmediata. V. URÍA: *En torno a la reforma de la legislación marítima...cit.*, p. 430.

En parecidos términos se pronuncia MUÑOZ PLANAS, para quien los codificadores del siglo XIX partieron de la realidad que tenían presente, que no era otra que la de la prevalencia económica del transporte marítimo comercial, de modo que las normas marítimas del Código se configuran para ordenar y regular la navegación mercantil. No obstante ello, «la virtualidad de los principios inspiradores de esas normas se ha ido extendiendo progresivamente a otros sectores de la navegación ajenos a la actividad comercial, lo que viene a justificar un tratamiento, en principio, unitario de la disciplina». Sin embargo, y cara a la reforma, advierte de las posibles disfunciones que produciría la completa aceptación, sin límites, de semejante principio, sobre todo en lo que hace a la navegación militar y a la de recreo, que en no pocos sectores reclaman una disciplina propia y distinta de la que rige la navegación comercial. V. MUÑOZ PLANAS, J.M., *Código de Comercio y Derecho Marítimo...cit.*, p. 410.

Particularmente magistral nos parece la aportación proporcionada por GIRON TENA acerca del prístino ámbito comercial previsto por el legislador en la disciplina jurídica instaurada en el Libro III del C. de c. y la posterior sumisión a aquella disciplina de toda clase de navegación marítima impuesta por la cambiante realidad del tráfico. Estas son algunas de las palabras que nos dejó aquel maestro: «Ni navegación sin Comercio ni Navegación o Comercio con buque ajeno. El Código es más viejo que su tiempo. Y las transformaciones en el sistema económico y en la técnica de la navegación han puesto de manifiesto que la actividad que caracteriza la figura del naviero es la actividad navegatoria, sea para el transporte especulativo sea para otros fines (navegación auxiliar, de remolque o asistencia, rompehielos, de levantamiento de cartas, de recreo, científica, sanitaria de buques hospitales, etc.). V. GIRON TENA, *Tendencias...cit.*, pp. 179-180. Más adelante, en el mismo trabajo, reafirma: «Insistamos en que ser naviero depende de una determinada actividad que es la actividad navegatoria. La finalidad de la actividad añadirá otra calificación más. Pero no porque no se navegue para transportar sino con una finalidad científica, de pesca, de recreo, de explotación, etc., deberán dejar de aplicarse las normas sobre crédito de acreedores marítimos, contenido de la posición del Capitán, responsabilidad por abordaje, asistencia, remolque, seguro marítimo, en definitiva, todas las

Por otra parte, a la hora de valorar acertadamente la intensidad con que una cosa puede servir de garantía en el tráfico jurídico resulta preciso cuestionarse acerca de su identidad en los diversos aspectos. Sólo el examen del conjunto patrimonial que queda especialmente afecto nos dará la medida de la eficacia de la garantía especial que aquel ofrece.

69.- El buque como asiento objetivo de la garantía.

El Código de Comercio no contiene ninguna determinación especial de cual haya de ser el soporte o ámbito material del privilegio, limitándose los artículos 580 a 584 a hablar de los "buques" afectos y de la venta del "buque". Ello ha llevado a considerar aquí aplicable la doctrina general del buque como cosa compuesta, según la cual deben correr la misma suerte jurídica y económica que el buque (partes integrantes) las llamadas pertenencias³⁸.

instituciones contractuales y extracontractuales y de responsabilidad o de índole jurídico-real que no presupongan un *status extramarítimo*». *Ibíd.*, p. 182.

Contrasta con el anterior núcleo doctrinal la posición de RUBIO, quien, con inquebrantable fidelidad a la intención y sentido original del Código, identifica Derecho Marítimo con Derecho Comercial Marítimo en el sentido de no entender aplicables las normas del Libro III más que a la navegación mercantil. V. RUBIO, J., *Derecho Marítimo y Derecho Aéreo*, ADC, abril-junio, 1.952, pp. 559 y ss. Está misma posición vendría después reafirmada por el mencionado autor en su trabajo sobre algunos comentarios al artículo 146 al R.R.M.

Por lo que se refiere, a la aplicación particular de la disciplina de los artículos 580 a 584 del C. de c. a los buques que no navegan con finalidad comercial. V. CORA RODRIGUEZ, *op.cit.*, pp.97-99; DUQUE, *op.cit.*, pp.37-38; pp.15-17; LUCAS FERNANDEZ, *Curso...cit...*, pp.57-59; GAMECHOGOICOECHEA, *op.cit.*, pp.11 y 70; FOSSAR, *op.cit.*, pp. 1525-1526.

³⁸Ya en el derecho romano las naves eran puestas como ejemplo de cosa de naturaleza compuesta, dentro de la vieja clasificación entre cosas simples, compuestas y universalidades. Son partes integrantes o constituyentes, todas aquellas que, como el casco, los mamparos, la cubierta, el timón, la hélice, las máquinas, etc., convergen en una reunión o conjunción de bienes que forman la unidad de destino económico que es el buque. Esta unidad permanece inalterada aún cuando, algunas o todas sus partes integrantes sean sucesivamente sustituidas en una cadena de reparaciones.

Al respecto no hay que olvidar que alguna pista sí nos ofrece el Código, cuando se remite al art. 579 para concretar la forma en que podrán ser embargados y vendidos judicialmente los buques. Al referirse el mencionado precepto a «el casco del buque, su aparejo, máquinas, pertrechos y demás objetos», nos ésta ofreciendo una lista de elementos comprensiva de las partes integrantes y de las pertenencias que permite estimar excluidos los llamados accesorios. Y ésta lista debe situarse en la misma línea que la del artículo 576 para el caso de venta del buque e, incluso, en la seguida por la LHN³⁹.

Las pertenencias son definidas por VALLET como «aquellas cosas que constituyen en sí mismas objeto de derecho, pero que están destinadas a servir la finalidad económica del buque en el que se hallan en una relación situacional adecuada al destino de dependencia económica».

Las pertenencias, junto con las partes integrantes, siguen la misma suerte del buque en caso de abandono para pago de acreedores (art. 587 C. de c.), venta (art. 576 C. de c.) y seguro (art. 745) . Concretamente el art. 576 considera incluidos en la venta del buque sus aparejos , respetos , pertrechos y máquinas , pero no las armas, municiones, los víveres y el combustible. V. VALLET DE GOYTISOLO, *op.cit.*, p.193.

³⁹Decía GONZALEZ REVILLA que la extensión de la hipoteca constituida sobre el buque a las cosas que son necesarias para su normal funcionamiento, tal como el aparejo, las máquinas u otras accesiones semejantes no es sino una aplicación de los principios generales del derecho común hipotecario, según los cuales la hipoteca de la cosa principal, en defecto de restricción expresa, grava también las accesiones *res accesoria sequitur conditionem rei principalis*. De acuerdo con esta regla los objetos adheridos a los inmuebles (como los ornamentos, estatuas, máquinas de una fábrica, etc.), aunque sean muebles por su naturaleza, se consideran inmuebles por destinación o por el servicio que prestan al predio y se estiman hipotecadas con este, sin que se vea razón alguna que impida aplicar a los buques el mismo criterio, con lo que deben entenderse hipotecados con el buque todos los objetos a el unidos accesoriamente y que sirven a su misma destinación. Igualmente, y también por analogía con el derecho común hipotecario, han de entenderse comprendidos en la garantía real los elementos y máquinas necesarias al buque e introducidos en el con posterioridad a la constitución de la hipoteca y en sustitución de otros anteriores. V. GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, pp.253-254.

Posteriormente, la LHN fijaría el ámbito o extensión objetiva de las cosas sobre las que recae el derecho real de garantía. Así, su art. 7° entiende hipotecados, juntamente con el casco del buque y «responsables de los compromisos anejos a la hipoteca», salvo expreso pacto en contrario, el aparejo, respetos pertrechos y máquinas si fuere de vapor , que se hallen a la sazón en el dominio del dueño o dueños de la nave hipotecada, los fletes devengados y no percibidos en el viaje que estuviera haciendo , o el último que hubiera rendido al hacerse efectivo el crédito hipotecario ; las indemnizaciones que al buque correspondan por abordaje u otros accidentes que den lugar a aquellas y por el seguro en caso de siniestro.

Al respecto considera GARRIGUES que el mencionado precepto enumera las llamadas "pertenencias" del buque además de los fletes y las indemnizaciones, que quedan incluidos en el ámbito objetivo de la hipoteca en virtud del

Por otra parte, hay que tener en cuenta que los buques son cosas muebles , compuestas, no fungibles ni consumibles, pero sujetas a deterioro incesante y a depreciación rápida⁴⁰. Ello plantea el problema de si el acreedor privilegiado ha de soportar el riesgo de la desvalorización de la garantía⁴¹.

La cuestión ha sido contestada en sentido afirmativo por BUTHELIER ESPASA para la hipoteca naval y sobre la base de la propia función que el Derecho atribuye al patrimonio en general⁴². Y no vemos ningún inconveniente para que la misma

principio de subrogación legal. V. GARRIGUES, *op.cit.*, p.542.

⁴⁰De hecho, las crisis cíclicas del mercado mundial de transporte marítimo , con las consiguientes caídas de los fletes, repercuten notablemente en los precios de buques nuevos o de segunda mano. En particular hemos asistido , en la última década, a una crisis del mercado de fletes de tal magnitud que ha bajado ostensiblemente los precios de venta de los buques, con tasas de desvalorizaciones de hasta el cincuenta por ciento.

⁴¹Sobre el particular, y en relación con la hipoteca naval, ha llamado la atención VALLET, quien asimismo se ha referido a la consumibilidad y fungibilidad de muchas de las pertenencias del buque. Para salir al paso del problema del deterioro incesante y de la rápida depreciación del buque , propone VALLET, pensando claramente en la hipoteca, que dichos factores sean tenidos muy en cuenta a la hora de valorar el techo crediticio. Al respecto apunta como una posible solución la extensión generalizada de la hipoteca a toda la flota del deudor, con las consiguientes ventajas de compensación de valor derivada de la continua sustitución de buques viejos por buques nuevos (*floating charge* o *fleet mortgage* de Estados Unidos). Sin embargo, como el mismo VALLET reconoce, el art. 11 de nuestra L.H.N. impide toda hipoteca solidaria de una flota y la subsidiaria de los buques que se vayan agregando a ella, respecto a las cuales no cabe sino la promesa de hipotecarlas. Del mismo modo, el art. 14 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria se opone a la extensión genérica de hipoteca a una flota aérea. V. VALLET DE GOYTISOLO, *op.cit.*, pp. 197-198.

⁴²Para éste autor el problema de las fluctuaciones que pueda tener el valor del buque entre el momento del nacimiento de la obligación realmente garantizada y el de la realización de la venta puede resolverse si se repara en la noción de la fortuna de mar como patrimonio autónomo.

En efecto, es evidente que el patrimonio de una persona , como expresión a la vez positiva y negativa de su capacidad económica, comprende tanto los bienes presentes de hecho como los potenciales y se ve afectado tanto por las deudas presentes como por las futuras. Es así, en suma, el patrimonio, una noción variable en cuanto a su contenido en la medida en que esta sujeto a aumentos y disminuciones.

Trasladando esta idea al patrimonio autónomo conformado por la fortuna de mar, tendremos que, asimismo, el buque y sus accesorios son susceptibles de experimentar incrementos o decrementos de valor , sin que por ello se vean desprovistos de su naturaleza y de todas las características que sirven para determinarlos e individualizarlos. En su consecuencia, los acreedores no pueden pretender indemnización alguna por el hecho de que el valor de la fortuna de mar en el momento de la ejecución sea inferior al que tenía cuando

solución pueda predicarse de los privilegios marítimos.

Distinto es el caso de que las disminuciones del valor traigan causa de actos fraudulentos o culpables del deudor. No parece justo que el acreedor, que tiene reforzado su crédito con garantía real, tenga que permanecer entonces en una situación de mero espectador. Más bien debería de estar facultado para poder intervenir activamente a fin de procurar la conservación de la integridad del valor de la cosa sobre la que recae su derecho⁴³.

Nos inclinamos por tanto a favor de una aplicación analógica de la facultad extraordinaria que supone la acción hipotecaria de devastación al supuesto concreto de los privilegios marítimos. Pero hay que advertir acerca de lo dudosa que resulta esta

se origino su crédito, ello, naturalmente, a salvo de los actos fraudulentos del deudor dirigidos precisamente a perjudicarlos.: «Porque admitiendo que el buque y sus accesorios son patrimonios, en buena lógica, y una vez probado que los patrimonios son susceptibles de aumento o disminución, nadie se puede llamar a engaño por el hecho de que la fortuna de mar se haya visto disminuida en el transcurso del lapso de tiempo que medió entre el nacimiento de la obligación y la ejecución del crédito que en la misma encontró su génesis. Lo contrario sería tan absurdo como el que el acreedor de una persona de gran solvencia se dijera engañado al no poder ejecutar su crédito por haber perdido aquella persona todos sus bienes en una operación desgraciada».V. BUTHELIER ESPASA, La Hipoteca Naval (Estudio de Derecho sustantivo), *op.cit.*, pp. 168-169.

⁴³Esta es la solución ofrecida por el legislador al acreedor hipotecario. El titular del crédito goza de la facultad de velar por la conservación del valor del bien hipotecado, pudiendo recabar, a tal efecto, la adopción de las medidas que resulten adecuadas a tal fin, las cuales pueden llegar hasta la puesta en administración judicial de la finca. Se trata de la llamada "acción de devastación", prevista en el art. 117 de la L.H. para el caso de deterioro de la finca hipotecada por dolo o culpa del dueño: «Cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez de primera instancia del partido en que esté situada la finca que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño. Si después insistiere el propietario en el abuso, dictará el Juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial. En todos casos se seguirá el procedimiento establecido en los artículos 720 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

La L.H.N. nada dice respecto a la posibilidad de adopción de este tipo de medida, habiéndose estimado aplicable supletoriamente lo dispuesto al efecto en el derecho general hipotecario. Así parece entenderlo ALBACAR LOPEZ, *op.cit.*, p. 69.

solución que, desde luego, no viene amparada por norma expresa alguna⁴⁴.

Finalmente, cabe también el supuesto inverso de que con posterioridad al nacimiento del gravamen se realicen mejoras y obras de reparación, seguridad o cualesquiera otras semejantes. La realidad del buque como cosa compuesta y su función de garantía especial parecen militar de nuevo a favor de una aplicación analógica de lo previsto para tal caso en la legislación hipotecaria y entender que las plusvalías incorporadas han de quedar también afectas a la seguridad del crédito⁴⁵.

Justo es, por otra parte, que se compense con ésta solución a un acreedor que corre con los riesgos de la desvalorización y del menoscabo fortuito de su garantía.

70.-El flete.

Un problema interesante cara a la determinación del patrimonio afecto a la garantía es el de sí el flete ha de considerarse o no incluido en aquel.

En principio, nuestro Código no menciona para nada al flete como parte integrante de los bienes afectos a la seguridad de

⁴⁴ HERNANDEZ MARTI no se pronuncia claramente sobre esta cuestión, aunque observa la inexistencia de norma que establezca derechos de conservación en relación con los privilegios marítimos, mostrándose partidario de su conveniencia «al menos en la fase patológica de la relación obligacional» y ello, sobre todo, por no existir generalmente publicidad registral que ampare al acreedor. Por otra parte, cita la postura de BERLINGIERI, favorable a la aplicación analógica del derecho de conservación de la hipoteca a los privilegios marítimos. V. HERNANDEZ MARTI, *op.cit.*, pp. 115 y 119.

⁴⁵El supuesto está contemplado en los artículos 109 y 110 de la L.H. en el sentido de extender la hipoteca a las plusvalías generadas con tales obras o mejoras, con la excepción de los terrenos agregados por causas distintas a la accesión material y de los nuevos edificios construidos donde antes no los había.



créditos. Como hemos visto el art. 579 se limita a señalar que se tasarán ,previo inventario : «el casco del buque,su aparejo, máquinas,pertrechos y demás objetos...».

Por ello, nuestra doctrina ha entendido que ,en el régimen del Código , el flete no cuenta a la hora de fijar la masa patrimonial ejecutable por los acreedores, ya que ,cuando nuestro legislador ha querido incorporarlo al patrimonio marítimo del naviero así lo ha hecho constar expresamente⁴⁶.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que los fletes aparecen en nuestro Código colocados junto al buque en frecuentes ocasiones para garantizar los créditos marítimos⁴⁷. Esta inclusión responde tanto a la tradición del patrimonio naval,compuesto de buque y flete, cuanto a la consideración dogmática del flete como un fruto civil del buque⁴⁸.

⁴⁶En este sentido HERNANDEZ YZAL,*op.cit.*,p. 53; RUIZ SOROA,*Manual...cit.*, p.69. Por su parte DUQUE se refiere a la imposibilidad de cualquier aplicación analógica que tienda a una ampliación de los bienes sujetos a la garantía, pues con ello se menoscabarían derechos de terceros. El artículo 580 del C. de c. no tiene por función única la enumeración y clasificación de los privilegios sino que es, además, delimitadora del soporte de los privilegios. V. DUQUE,*op.cit.*,p.41-42. Muy expresivamente, GAMECHOGOICOEHEA, descarta por completo el que en derecho español los acreedores privilegiados puedan ejercitar acción alguna contra los fletes para el pago de sus créditos, estimando que el silencio de la ley en este punto constituye "una prueba inequívoca" de que el legislador no quiso incluir los fletes dentro del ámbito objetivo o soporte material de la garantía real, ya que de haberlo así deseado lo hubiera dicho expresamente, como hizo en otros preceptos del Código. Según sus palabras: «La omisión que se observa en la presente materia es, por lo mismo, preconcebida y, por tanto, en la venta del buque los fletes no están afectos a la responsabilidad en favor de los créditos privilegiados».V. GAMECHOGOICOEHEA,*op.cit.*, p. 82.

⁴⁷Así, en el abandono limitativo de la responsabilidad del artículo 687; en la limitación por el valor en caso de abordaje (art. 837); en los derechos de la tripulación sobre los restos del buque perdido por apresamiento o naufragio (art. 643); en la responsabilidad por los salarios de la tripulación (art. 646); en la responsabilidad de pago del préstamo a la gruesa en caso de naufragio (art. 734); en el abandono a los aseguradores (art. 796). Asimismo, la L.H.N. considera hipotecados juntamente con el buque los fletes devengados y no percibidos (art. 7).

⁴⁸Esta última idea puede verse en la *Curia Philipica* ,donde se dice que si la venta del buque se realiza durante el viaje los fletes aún no se han devengado y los frutos son pendientes por lo que quedan incorporados a la nave. Por el contrario, si la venta se hace terminado el viaje y ganados los

Se configura así en nuestro Derecho clásico un cierto principio de unidad de destino jurídico de buque y flete que obliga a tomar con cautela cualquier solución que propugne la distinta suerte de uno y otro cara a la configuración de la garantía naval que ha de quedar afecta a la responsabilidad especial de los créditos marítimos privilegiados.

De hecho, y a pesar de la posición doctrinal antes mencionada, no creemos que pueda decirse que la ley guarde silencio en esta materia. En efecto, no ha sido la ley la que ha omitido la expresa mención del flete, sino, únicamente, el artículo 580 del C. de c. Y éste precepto no puede ser interpretado con absoluta independencia de todos los demás del Código que conforman el régimen de la afectación real del buque.

Entre dichos preceptos debemos destacar, en primer lugar, el artículo 796, que parece indicar claramente que el flete forma parte de la garantía real de que gozan los créditos enumerados en el artículo 580.⁴⁹

Por otra parte, la afectación del buque y del flete establecida terminantemente para determinados créditos en distintos lugares del Código, no puede ser, sin más, olvidada, so pena de incurrir en una insalvable contradicción. Así ocurre para los créditos por salarios de la tripulación (incluido aquí

fletes-aunque estén sin cobrar- estos son frutos ya cogidos y, como tales, quedan separados de la nave. V. HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica...cit.*, p.460 (§27).

⁴⁹Este precepto considera comprendidos en el abandono del buque el flete, considerándolo de la pertenencia de los aseguradores, «a reserva de los derechos que competan a los demás acreedores, conforme a lo dispuesto en el artículo 580». Téngase en cuenta que el artículo en cuestión contempla exclusivamente el flete por lo que deja escaso margen para entender que la alusión a la "reserva de los derechos" es por referencia al buque y no al flete.

el Capitán) contemplados en los artículos 643 y 646 del C. de c.

No nos parece ,por tanto, tan obvio que nuestro Código de comercio excluya al flete de la masa responsable frente a los acreedores marítimos privilegiados.

Por el contrario, parece haber suficientes argumentos como para considerarlos incluidos y pensamos que tal inclusión procede, en cualquier caso, tratándose de los créditos por salarios del personal de a bordo correspondientes al último viaje⁵⁰. Igualmente, el flete salvado queda afecto al pago del salario en caso de salvamento de restos de naufragio, afección que alcanza también a los restos recuperados, excepto cuando los marineros navegasen a la parte, en cuyo caso sólo disponen de acción contra el flete⁵¹. Cuestión distinta son los problemas prácticos de todo orden que plantea esta solución en el contexto de la moderna explotación naviera⁵².

Por su parte, el Convenio de 1926 extiende expresamente el soporte del privilegio al flete. En efecto, respetuoso con el criterio prevalente en los derechos nacionales imperantes a la sazón, el Convenio considera al "flete del viaje durante el cual

⁵⁰Cfr.art. 646 C. de c.

⁵¹Cfr.art.643 C.de c.

⁵²El problema fundamental reside en la configuración del viaje como unidad delimitadora de la cuantía del flete. Mientras que el viaje resultaba una unidad mas o menos adecuada, a efectos de acotar la extensión de la responsabilidad, en los presupuestos en que generalmente se realizaba la navegación comercial en los tiempos de la empresa - viaje , no sirve en cambio en las actuales condiciones del tráfico marítimo, sobre todo el que se desarrolla en forma de líneas regulares de navegación. En efecto, mientras que el embargo del flete podría resultar relativamente fácil en el caso de un viaje redondo con fletador único, no se ve como puede resultar factible jurídica y económicamente la traba de un pequeño universo de fletes pagaderos o pagados en múltiples lugares , que es lo que constituye la realidad de los modernos servicios de líneas regulares. Y semejantes problemas se plantean , en general, siempre que el contrato de explotación del buque no responda a los moldes típicos del fletamento-viaje (ej. fletamento por tiempo; "c.o.a"; "trip charter", etc. V.GIRON TENA, *op.cit.*,pp. 66-67.

ha nacido el crédito" y a los "accesorios del flete adquiridos después de comenzado el viaje" incluidos en el patrimonio objeto del privilegio (art. 2)⁵³.

Ahora bien, esta extensión de los fletes al ámbito del privilegio fue objeto de una crítica generalizada, por cuanto se entendía que afectaba negativa al crédito del naviero, que solía utilizar la subrogación o cesión del flete como crédito a corto plazo⁵⁴. Y por ello no puede extrañar que el flete fuera ya excluido en las negociaciones conducentes al Convenio de 1967⁵⁵.

⁵³De todos modos no resulta claro si semejante extensión se produce a todos los efectos inherentes al contenido del privilegio, pues, ciertamente, el texto del artículo 10, al delimitar los casos en que éste puede ejercerse en relación con el flete y los accesorios, parece indicar que tal derecho se pierde una vez que los importes correspondientes han salido del patrimonio del naviero. En efecto, el precepto en cuestión dice así: «El privilegio sobre el flete puede ejercitarse tanto si el flete ésta aún debido como si el importe del flete está todavía en poder del Capitán o del agente del propietario. Lo mismo sucede respecto del privilegio sobre los accesorios».

Por otra parte, la extensión del soporte material del privilegio al flete por obra del artículo 2 del Convenio de 1926 está simultáneamente sujeta a una restricción y a una ampliación.

La restricción se produce por el hecho de que únicamente resultan afectados los fletes correspondientes al viaje durante el cual ha nacido el crédito privilegiado, excepción hecha del crédito laboral de los marinos, cuyo privilegio comprende todos los fletes generados durante la vigencia del mismo contrato de enrolamiento (último párrafo del art. 4).

La ampliación opera por cuanto el precio del pasaje es asimilado al flete en concepto de accesorio de éste. El art. 4 del Convenio considera accesorios del flete: «El precio del pasaje y, eventualmente, las cantidades debidas en virtud del artículo 4º del Convenio para la limitación de la responsabilidad de los propietarios de buques, quedan asimilados al flete». El Convenio de limitación en cuestión es el de 28 de Agosto de 1.924 (Gaceta de 1 de Agosto de 1.930), cuyo artículo 4 dice así: «A los efectos del artículo 1, se entiende por flete, incluyendo en él el precio del pasaje para los buques de todas las categorías, una cantidad alzada y en todo caso del 10% del valor del buque al comienzo del viaje. Esta indemnización se deberá aún cuando el buque no haya ganado flete alguno». Se trata por tanto de un valor proporcional al del buque que, en abstracto, quiso incluir el legislador internacional a fin de determinar el monto de la limitación. La virtualidad de su aplicación a la disciplina de los privilegios puede considerarse inexistente debido a la sustitución del Convenio de 1.924 por los de 1.954 y 1.976.

⁵⁴V. RUIZ SOROA, *Manual...cit.*, p. 70.

⁵⁵Ya en el Informe preliminar preparado por ASSER se decía que el privilegio sobre el flete debería ser suprimido por afectar a la eficacia de la garantía que suponía la cesión del flete a los acreedores que realizaban préstamos al propietario del buque. V. ASSER, *Informe Preliminar...cit.*, p. 254.

La mayoría de las contestaciones enviadas a los cuestionarios circulados por el C.M.I. eran propicias a la total abolición de los privilegios sobre el flete. A la vista de tal resultado y del hecho de que dicho privilegio no era

En consecuencia, tanto el Convenio de 1.967, como el Proyecto de Lisboa y el de OMI/CNUCDE, han limitado al buque el soporte material del privilegio⁵⁶.

71.-Los créditos de sustitución.

Otra cuestión que ha suscitado una cierta polémica doctrinal es el relativo a la inclusión en el patrimonio sujeto a la responsabilidad de los créditos marítimos de los llamados "créditos de sustitución".

Se trata de los créditos de que deviene titular quien explota el buque con ocasión de algunas contingencias surgidas durante la navegación, tales como las averías sufridas, el salvamento marítimo y la avería gruesa.

El problema no es otro que el de la subrogación real de las indemnizaciones debidas al naviero, que, si bien se ha planteado sobre todo en relación con el seguro del buque, resulta posible respecto de todos los créditos que nazcan en la persona del titular de la expedición marítima.

El Convenio de Bruselas de 1.924, considera que los privilegios recaen, no solo sobre el buque y sobre el flete, sino también sobre los "accesorios" de aquellos obtenidos después de comenzado el viaje, entendiéndose por tales los siguientes: 1º) Las

prácticamente nunca objeto de ejecución en la práctica, el grupo de trabajo, que preparó el Proyecto de Oxford se inclinó por omitir toda referencia al mismo. V. ASSER, *Segundo Informe...cit.*, p.268.

Al tiempo de la elaboración del Proyecto de Amberes y por la razón principal de hacer el régimen más sencillo y estimular las ratificaciones, se determinó que las garantías no alcanzaran al flete. V. HERNANDEZ YZAL, *Informe...cit.*, p.214.

⁵⁶Cfr. los respectivos artículos 4, en los que se mantiene el mismo texto, i.e.: los créditos estarán garantizados con un privilegio marítimo "sobre el buque".

indemnizaciones debidas al propietario por razón de daños materiales sufridos por el buque y no reparados, o por perdidas de flete; 2º) Las indemnizaciones debidas al propietario por averías gruesas ,en tanto que éstas consistan en daños materiales sufridos por el buque y no reparados, o en pérdidas del flete; 3º) Las remuneraciones debidas al propietario por asistencia prestada o salvamento efectuado hasta el fin del viaje, deducción hecha de las cantidades abonadas al Capitán y a las demás personas al servicio del buque⁵⁷.

Por el contrario excluye expresamente la posibilidad de subrogación real de las indemnizaciones procedentes del seguro, cuando declara que «no se considerarán como accesorios del buque o del flete las indemnizaciones debidas al propietario en virtud de contratos de seguro, ni las primas , subvenciones u otros subsidios nacionales»⁵⁸.

En algunos casos (indemnizaciones por daños materiales sufridos por el buque ,bien sea por avería simple o por avería gruesa) puede encontrarse el fundamento de estos accesorios en la necesidad de conceder una subrogación real de las indemnizaciones a fin de que no quede menoscabada la garantía de los acreedores privilegiados por la disminución del valor material del buque. Pero en otros casos (pérdida de flete y remuneración por salvamento), la justificación resulta mas difícil al no existir merma en dicho valor patrimonial.

De cualquier modo el Convenio de Bruselas de 1.967 se limita a mencionar ,en su art.4, los créditos que quedan garantizados

⁵⁷ Cfr. arts. 2 y 4.

⁵⁸ Art.4, penúltimo párrafo.

por un privilegio marítimo sobre "el buque", sin que nada se mencione acerca de los accesorios⁵⁹. El mismo silencio ,expresivo de exclusión, se observa en los proyectos de Lisboa y de la OMI/CNUCDE.

A diferencia de lo que ocurría con el flete, no parece posible aquí ninguna deducción que permita entender incluidos estos créditos sustitutorios en la garantía establecida por el artículo 580 del C. de c. Ni siquiera cabe un intento de aplicación analógica del artículo 7 de la LHN⁶⁰. A ello se opone la necesidad de proteger los derechos de terceros ,que se verían afectados en el supuesto de que se admitiese semejante subrogación real no prevista expresamente por la ley.

Especialmente debatida ha sido la cuestión de la aplicabilidad del régimen contenido en la Ley de Contrato de Seguro sobre los acreedores hipotecarios, pignoratícios o

⁵⁹Como bien decía ASSER, el empleo del término "accesorio" en el artículo 4 del Convenio de 1926 para designar ciertos créditos del propietario del buque es incorrecto, pues posee en el Derecho marítimo un sentido muy diferente. V. ASSER, Informe Preliminar...cit., p.255.

En cualquier caso, la opinión de las Asociaciones de Derecho Marítimo expresada en los cuestionarios se hallaba dividida en punto a la procedencia o no de la inclusión de los "accesorios" en el asiento del privilegio. A la vista de ello ,y como la experiencia mostraba la escasa o nula ejecución práctica sobre estos elementos patrimoniales , el Grupo de Trabajo de la Comisión Internacional adoptó la decisión de excluir toda referencia en tal sentido en el Proyecto de Oxford. Ello no iría en detrimento, se decía, de la inclusión de los accesorios en la garantía mediante ley interna. V. ASSER, Segundo Informe...,cit., p.268. Todos los sucesivos proyectos, hasta desembocar en el Convenio de 1967 se refirieron únicamente al buque como objeto de la garantía. Si incluía ,en cambio, los *creances de replacement* el Proyecto preparado y llevado por la Asociación francesa a la Conferencia de Nueva York, por entender que la restricción de las cantidades a repartir no podría sino acentuar el conflicto entre acreedores hipotecarios y privilegiados. V. ASOCIACION FRANCESA DE DERECHO MARITIMO, Tercer Informe, (Doc.HYPO-54 (8-65), REDM, n°.11, 1965, p.328.

⁶⁰Ya sabemos que el art. 7 de la L.H.N., se entienden hipotecados y responsables de los compromisos anejos a la hipoteca, no solo el buque y los fletes, sino las indemnizaciones «que al buque correspondan por abordaje u otros accidentes que den lugar a aquéllas y por la del seguro caso de siniestro», si bien cabe, respecto a todo ello, pacto en contrario.

privilegiados⁶¹.

En general, hoy puede decirse que la Ley de Contrato de Seguro, en su calidad de Derecho común, es supletoriamente aplicable a las normas de Derecho especial prescritas en los artículos 737 a 805 del C. de c.⁶²

⁶¹En particular, los arts. 40,41 y 42 de la Ley 50/1980, de 8 de Octubre, de Contrato de Seguro, que extienden el derecho de tales acreedores a las indemnizaciones de seguro que correspondan al propietario por razón de los bienes, hipotecados, pignoralos, o afectados de privilegio, si el siniestro acaeciere después de la constitución de la garantía real o del nacimiento del privilegio.

La doctrina anterior a esta Ley ha solido negar la inclusión de la indemnización derivada del contrato de seguro del ámbito de la garantía ofrecida al crédito marítimo privilegiado, admitiendo, en cambio, la subrogación real de las indemnizaciones procedentes de daños al buque procedentes, por ejemplo, de abordaje. Tal distinción se ha hecho en base a que los créditos del naviero por abordaje u otros daños traían su causa de la producción de un daño al objeto de la garantía real, mientras que en el supuesto del seguro la causa se encontraba en el pago de unas primas soportadas previamente por el naviero en virtud de un contrato.

Esta argumentación ha sido criticada sosteniéndose que carece de fundamento centrar la diferenciación en función de que la causa del crédito se sitúe o no en el producción de un daño al buque, ya que, en buena técnica jurídica, la causa del crédito siempre es el contrato o la ley que obliga a indemnizar.

Más justificado parece el argumento de que la subrogación real sólo opera en aquellos casos expresamente previstos por la Ley, lo que no sucede en el caso de las normas españolas reguladoras de los privilegios marítimos, que guardan silencio sobre la materia. Pero en contra puede siempre recurrirse a una posible aplicación analógica de los dispuesto en el art. 1.186 del C6. Civil en materia de subrogación personal: "Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta". V. RUIZ SOROA, *op.cit.*, p.183-184.

⁶²Aunque la cuestión ha sido discutida, la postura más autorizada parecía decantarse por que la aplicación de la Ley 50/80 al seguro marítimo debería quedar limitada a la de las disposiciones contenidas en su Título Primero. Incluso, en opinión más restrictiva de algunos, tan sólo debería admitirse la aplicación de la Sección 1ª (Preliminar) de dicho Título. Así, ARROYO, Ignacio, *Algunas reflexiones sobre el seguro marítimo español*, ADM, v.v, 1986, pp. 238-239.

La STS de 19 de febrero de 1987 considera que las disposiciones del Título I de la LCS son aplicables al seguro marítimo con el carácter necesario a que alude el artículo 2 de dicha Ley y, por tanto, sin que la disciplina libremente pactada por las partes pueda prevalecer sobre aquellas. Ahora bien, justo es señalar la tibieza con la que el tribunal realiza tal afirmación: «Ciertamente existen razonables dudas acerca de si las condiciones que libremente consignan los interesados acogidos a la libertad de contratación que les reconoce el artículo 738 del Co. de c., han de prevalecer sobre la citada ley; pero debe entenderse, todo bien ponderado, que al menos las disposiciones de su Título I, con la generalidad y el carácter de derecho necesario que les atribuye el artículo 2, han de aplicarse también en principio al seguro marítimo». F.D. 3º, STS(Civil) de 19.02.87, ARROYO, *Jurisprudencia...cit.* V.II, p.1446.

Muy poco más tarde, la STS de 19 de octubre de 1987 abandonaría esta línea y se pronunciaría claramente en contra de la aplicación, más allá de su carácter supletorio, de la LCS al seguro marítimo: «dicha normativa (la LCS) sólo será aplicable a las modalidades del contrato de seguro en defecto de Ley

Y nada parece oponerse a la concreta aplicación a los privilegios marítimos de las prescripciones contenidas en el artículo 40 de la mencionada Ley, visto el absoluto silencio que, en materia de subrogación, cabe apreciar en el Derecho especial del seguro marítimo.

Esta solución, que ya estaba consagrada en nuestro Derecho para la hipoteca naval⁶³, y no era del todo desconocida para los

que les sea aplicable, lo que no acontece en el presente supuesto, ya que la Disposición final de la referida Ley reguladora del Contrato de Seguro ha dejado vigentes los artículos del Código de comercio reguladores del Seguro Marítimo; además, el tema aquí objeto de debate, valor del buque "Navarco", después del evento originador de los daños cuyo resarcimiento se reclama a la sociedad aseguradora demandada y hoy recurrida, no es de los que quedan exceptuados de regulación por el Código de comercio». F.D. 8°, STS (Civil) de 19.10.87 (arz. 7.297), buques "Navarcos", "Costales" "Facal Doce", y "Facal Once". ARROYO, *Jurisprudencia...cit.*, V.II, p.1497

La STS de 8.03.90, considera aplicable al seguro marítimo de mercancías, tanto la LCS (art. 62.2) como el C. de c. (art. 754) para la determinación del valor asegurado. Del tenor general de esta sentencia cabe entender que el Tribunal otorga carácter supletorio, en general, a todas las disposiciones de la LCS. STS (Civil) de 8.03.90 (arz. 1679).

Finalmente, la STS de 22.04.91 confirma y aclara la STS de 19.10.87, con lo que sienta ya jurisprudencia en base a la doctrina general sobre relación entre norma común y especial. De acuerdo con ésta doctrina la disciplina jurídica del contrato de seguro marítimo viene configurada del siguiente modo: 1°) los artículos 737 a 805 del C. de c. son derecho especial, por lo que tienen carácter prevalente sobre los preceptos reguladores del seguro terrestre. Consecuencia de ello es que deben entenderse válidas las estipulaciones libremente convenidas por las partes de conformidad con los artículos 738 y 755 del Código; 2°) las disposiciones de la LCS forman el Derecho común del seguro y por ello entrarán en juego sólo en defecto de pacto y de norma especial que sirvan para regular el supuesto de hecho. Transcribimos algunos párrafos de la Sentencia: «la mencionada Ley (de seguro)... afecta exclusivamente al seguro terrestre que regulaba el Código de Comercio, y al seguro civil, que regulaba el Código Civil, y no al seguro marítimo que seguirá rigiéndose por la normativa dada para el en el Código de Comercio, al quedar excluido de la referida Ley especial del Seguro... por lo que, siguiendo vigentes los precitados arts. 737 a 805 del Código de Comercio-relativos a los seguros marítimos-tienen aplicación los principios generales que en ellos se establecen con carácter prevalente a los también generales prevenidos para el seguro terrestre... las normas contenidas en aquella ley sólo serán aplicables al contrato de seguro marítimo en ausencia de sus disposiciones que lo regulan en el Código de Comercio y, en consecuencia con respeto de las cláusulas pactadas libremente que el art. 738 de dicho Código acoge, a causa de que donde hay norma especial no es de aplicar la general, según reconoce el expresado art. 2 de la tan meritada Ley de Contrato de Seguro, y así ha sido reconocido por esta Sala en sentencia de diecinueve de octubre de mil novecientos ochenta y siete». F.D. 3°, STS (Civil) de 22.04.91 (arz. 3018). Y ésta es también la línea seguida en los últimos trabajos doctrinales aparecidos. V. RODRIGUEZ CARRION, *Estudios de Seguro Marítimo*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 36-37.

⁶³El artículo 7 de la LHN equivale a una extensión legal del asiento de la hipoteca. Pero esta extensión no supone que el acreedor hipotecario adquiera un título dominical sobre la indemnización del siniestro, sino sólo

privilegios con anterioridad a la Ley de contrato de seguro⁶⁴, es la que mejor parece conformarse con la letra de la ley y es

el derecho limitativo que el concede el artículo 8 de la citada Ley. Esto es, el acreedor queda facultado para impedir que la compañía aseguradora pague al dueño o naviero asegurado: «y hasta cobrarle directamente al asegurador, pero siempre que haya notificado a éste el contrato hipotecario por medio de Notario, Agente de Bolsa y Cambio, Corredor o Interprete de buque, como el mismo precepto exige». STS de 2.01.30 (Col. Leg. n.º. 2, p. 13), buque "Eduardo". V. ARROYO, *Jurisp...cit.*, V.I., p. 423.

La STS (Sala 1ª) de 2.01.48 (Col. Leg., n.º.2, p.13; ARROYO, p. 420) pareció admitir la acción directa del acreedor contra el asegurador. Pero la postura doctrinal mayoritaria ve en ésta extensión de la indemnización del seguro a la hipoteca un caso de subrogación real, que opera aquí, no obstante, *ope legis* y no en virtud de la dinámica general del principio «*pretium succedit in locum rei*». En consecuencia se inclina por negar al artículo 8 de la LHN el efecto de atribuir una acción directa del acreedor hipotecario frente al asegurador. De acuerdo con esta construcción el acreedor tiene un derecho sobre la indemnización pero no un derecho a la indemnización. En rigor, no existe un verdadero derecho de hipoteca sobre la indemnización del seguro-conclusión que podría inferirse de una lectura rápida del artículo 7 de la LHN-, sino mas bien una transformación de la hipoteca del buque siniestrado en una garantía prendaria sobre el crédito del seguro. En su consecuencia la notificación prevista en el artículo 8 no tendría otro efecto que el de asegurar la retención de la indemnización en poder del asegurador y en interés del crédito del acreedor hipotecario. V. HERNANDEZ MARTI, *Consideraciones en torno a la posición del acreedor hipotecario en el seguro de buques*, ADM, V.I, 1981, pp. 351-352.

Por otra parte, una vez percibida e invertida en otros bienes la indemnización del seguro, el acreedor hipotecario pierde su garantía, pues ésta se extingue con la desaparición de la cosa gravada. En este caso, el acreedor no dispondrá más que de acción personal contra el deudor. Asimismo contará con acción de daños y perjuicios contra el asegurador cuando este hubiese realizado el pago con incumplimiento de lo prescrito en los arts. 7 y 8 de la LHN: «se estableció en el artículo 8º siguiente, que aunque no se hubiera convenido comprender la indemnización por seguro, el prestamista, con notificar su contrato de préstamo en la forma que previene, a la Compañía o Compañías aseguradoras, obtiene que éstas no pudieran pagar cantidad alguna al dueño naviero sino de acuerdo con su consentimiento expreso, pero sin preceptuar cosa alguna que induzca a creer, cual sostiene el recurrente, que siga la hipoteca gravando a otros bienes, sea o no buques, que se hubiesen adquirido por el naviero con el importe de la indemnización por el cobrada, ya que la desaparición de la cosa extingue la garantía hipotecaria, y como el que presto con ella en el caso de los presentes autos no hizo uso del derecho que los citados artículos le reconocen, sino que, por su voluntad, dejó percibieran el importe del seguro los deudores dueños de la nave perdida, hay que conocer que, extinguida la hipoteca sólo debido a su consentimiento, cuando menos tácito, quedó el crédito exclusivamente con la garantía personal» STS de 11.02.30 (Col. Leg. n.º. 136, p. 737), buques "Mª Teresa" y "Antolina Ponte". V. ARROYO, *Jurisp...cit.*, p. 435.

⁶⁴Una STS de 1911, tras recordar la afectación del buque y flete al pago de los créditos salariales de la tripulación establecida en el artículos 646 del C. de c. y, para el caso de pérdida del buque, en el 643, señala que la indemnización del seguro equivale para el dueño a haber salvado del riesgo la cosa perdida, ya que aquel no experimenta ningún quebranto en su fortuna. Esta fue la única razón, dice la Sentencia, por la que el legislador eximió al dueño en el supuesto de pérdida del buque. Pero en tal caso la responsabilidad de la nave subsiste con cargo proporcional al capital rescatado. STS (Civil) de 21.10.11 (Col. Leg. n.º. 94, p. 519), buque "Ignacio Roca". V. ARROYO, *Jurisp...cit.*, V.I., pp. 149-150.

la que parece gozar de mayor aceptación⁶⁵.

Pero no debe olvidarse que la mencionada solución sólo es posible en aquellos supuestos en que no resulte de aplicación el Convenio de 1926. La exclusión expresa de las indemnizaciones de seguro del ámbito objetivo de los privilegios derivada del expreso mandato de su artículo 4 no puede venir afectada por el art. 40 de la Ley de Contrato de Seguro, en el ramo del seguro marítimo, y ello debido al superior rango normativo del Convenio ,que imposibilita su derogación por ley interna posterior⁶⁶.

72.-Indivisibilidad.

⁶⁵Así, HERNANDEZ MARTI, quien afirma que el acreedor hipotecario, beneficiario de la subrogación, sólo deberá soportar la concurrencia de acreedores privilegiados preferentes en la medida en que a estos les atribuya también la ley un derecho sobre la indemnización del seguro, cosa que, con carácter general ocurre en el artículo 40 de la Ley de Contrato de Seguro. V. HERNANDEZ MARTI, *Consideraciones...cit.*, pp.349-354. Por su parte, RUIZ SOROA, defiende la plena aplicación del artículo 40 en el ámbito de los privilegios marítimos, argumentando que al no existir ninguna norma en nuestra legislación marítima de origen interno, que excluya expresamente la subrogación real de la indemnización dimanante del contrato de seguro marítimo, ha de entenderse respetado el principio de subsidiariedad contenido en el artículo 2º de la L.C.S.

Y, en coherencia con su postura, considera nulas, en la medida en que perjudiquen a las posibilidades de realización del privilegio, las cláusulas de subrogación a favor del acreedor hipotecario que usualmente se incluyen en las pólizas de cascos, pues el orden prelativo reviste carácter imperativo ex art. 2º L.C.S. y, como tal, queda al margen de la autonomía de la voluntad. El autor se remite a los comentarios doctrinales de RIPERT y BRUNETTI para reafirmar su idea de que no existe un principio general que informe la institución del privilegio marítimo en el sentido de que han de quedar fuera de su alcance las indemnizaciones derivadas de contrato de seguro marítimo. Al respecto nos dice que :«La inclusión o no de la indemnización de seguro en el ámbito del privilegio ha sido valorada en cada caso por el legislador en función de su interés en primar o no al hipotecario. Y, curiosamente el legislador español nunca ha sentado un principio general de exclusión, sino sólo uno positivo de inclusión de la indemnización en el alcance de la hipoteca, lo que ha permitido en todo momento discutir la procedencia de aquella exclusión». V., *op.cit.*, p.184. Incluso, RIOS SALMERON, contrario a la aplicación de la LCS al seguro marítimo, no estima definitivamente vedada la posibilidad de entender comprendida la indemnización del seguro en el ámbito objetivo del privilegio. Por el contrario apunta la idea de que la norma de la L.C.S. "pudiera seguir de pauta interpretativa", si se tiene en cuenta que ningún precepto general se opone a que opere la subrogación real de aquella indemnización en el lugar del buque dañado o perdido. V. RIOS SALMERON, *op.cit.*, p.149.

⁶⁶V. RUIZ SOROA, *Manual...cit.*, p.62.

La indivisibilidad es una nota característica tradicional de los derechos reales en general. En el caso de los privilegios significa que la garantía se mantiene íntegra, tanto si la deuda fuera disminuyendo a través de pagos parciales que pudiera hacer el deudor, como para el caso de que la integridad del buque pudiera dividirse en cosas distintas.

Aunque el Código nada dice al respecto, se trata de un supuesto en que debe jugar la aplicación analógica de las normas contenidas en el Derecho civil⁶⁷; en el hipotecario general⁶⁸ e, incluso, en el hipotecario especial naval⁶⁹.

En consecuencia, el derecho del acreedor de perseguir y vender el buque se ve inalterado mientras no se produzca el pago total de la deuda y quede así extinguida y no meramente modificada, por disminución, la obligación principal. No cabe aquí reducción proporcional del ámbito objetivo u asiento del

⁶⁷Según el artículo 1.860 del C.c.: «La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor. No podrá, por tanto, el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la prenda o la hipoteca, mientras la deuda no haya sido satisfecha por completo. Tampoco podrá el heredero del acreedor que recibió su parte de la deuda devolver la prenda ni cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás herederos que no hayan sido satisfechos. Se exceptúa de estas disposiciones el caso en que, siendo varias las cosas dadas en hipoteca o en prenda, cada una de ellas garantice solamente una porción determinada del crédito. El deudor, en éste caso, tendrá derecho a que se extinga la prenda o hipoteca, a medida que satisfaga la parte de deuda de que cada cosa responda especialmente.»

⁶⁸El artículo 122 de la L.H. establece que «la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido».

⁶⁹Concretamente el artículo 29 de la LHN ha reproducido prácticamente el texto del artículo 122 de la LH: «La hipoteca naval subsistirá íntegra mientras no se cancele respecto de cada buque sobre la totalidad de éste, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquier parte del mismo que se conserve, aún cuando la restante haya desaparecido».

privilegio⁷⁰.

⁷⁰Al efecto , y refiriéndose a la hipoteca, nos dice GONZALEZ REVILLA que «...aunque se reduzca la obligación garantizada; permanecerá íntegramente sobre la parte de la nave que quede en el caso de que las otras partes hayan desaparecido; y no podrá el dueño de la nave y de los accesorios exigir que se libren aquella o éstos en parte alguna ,por grande que sea la porción de su obligación que haya sido satisfecha, mientras no esté pagada toda la deuda». La hipoteca permanece gravando toda y cada una de las partes del buque : *est tota in toto et tota in qualibet parte*.V.GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*,p. 250 y 252-253.

Capítulo XI

La Reipersecutoriedad y La Realización

73.-Reipersecutoriedad.

El examen del derecho de persecución resultó insoslayable con ocasión de la indagación acerca de la naturaleza jurídica del instituto. Así pues, debemos remitirnos ,en buena medida, a lo ya dicho en el Capítulo VII.

Pero es conveniente insistir aquí sobre el significado de ésta característica "estructural" de los privilegios y ofrecer las referencias que permitan conocer su régimen positivo.

Así, y retomando lo ya comentado, diremos que los privilegios marítimos, como la hipoteca⁷¹, permiten a su titular perseguir y realizar los bienes gravados aún frente a tercer adquirente o poseedor. La venta o transferencia del buque no extingue ni anula el privilegio , pudiendo éste seguir siendo ejecutado incluso en perjuicio de tercero comprador de buena fe,

⁷¹El derecho de persecución, característico de los derechos reales de garantía, se reconoce a la hipoteca naval en el artículo 28 de la L.H.N., de un modo similar a como lo hace el Código Civil para la hipoteca en general. En efecto, el referido precepto dice : «La hipoteca naval sujeta directa e inmediatamente las naves sobre que se impone al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituye, cualquiera que sea su poseedor». El paralelismo con lo dispuesto en el art. 1.876 del Código civil es evidente: «La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone ,cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida». GARRIGUES nos explica esa "sujeción directa e inmediata", con las siguientes palabras: «Esta adherencia del derecho a la cosa, a la que va unido como la sombra al cuerpo , se expresaba elocuentemente en la Exposición de motivos de la Ley Hipotecaria al decir que el que presta con hipoteca , más bien que a la persona presta a la cosa; el valor de la finca hipotecada es la causa por la que entra en la obligación; el deudor es solo el representante de la propiedad». V. GARRIGUES, *op.cit.*, p. 543.

desconocedor de su existencia⁷².

Se habla así de la reipersecutoriedad , como el más de los típicos elementos característicos de los privilegios. Significa que éstos son ejercitables con independencia de que la persona que posea el buque sea o no la misma que lo poseía en el momento en que nació el crédito marítimo privilegiado.

La reipersecutoriedad no implica una subrogación personal en la obligación de la que dimana el privilegio, pues tal obligación no acompaña a la transferencia del buque y la legitimación pasiva para el pago de la deuda sigue correspondiendo a la misma persona. Lo que ocurre es que, por imperativo de la ley, el acreedor continúa gozando de la afección real del buque como garantía para la satisfacción de su crédito, pudiendo, si desea realizarlo, solicitar el embargo y venta judicial del buque⁷³.

El derecho de persecución tutela y se pone al servicio del de realización⁷⁴ y constituye un complemento necesario de la prelación que otorga el privilegio, si se tiene en cuenta que el crédito no opera el desplazamiento de la posesión del buque hacia

⁷²El derecho de persecución de los acreedores marítimos privilegiados prevalece y se impone sobre el principio de publicidad material negativa ínsito en el artículo 573 del C. de c.

⁷³En general, resulta útil la esquematización de COSSIO en punto a las consecuencias que produce la reipersecutoriedad hipotecaria en la enajenación de la cosa gravada: 1º) El adquirente tiene el carácter de tercer poseedor; 2º) El acreedor ostenta únicamente frente a él una acción real y nunca una personal que pudiera darle acceso al patrimonio general; 3º) El deudor originario que ha transmitido el bien con minoración de su precio en atención a la hipoteca y que luego ha pagado la deuda, tiene acción personal y acción real para exigir el reintegro del comprador en virtud de su subrogación personal en la hipoteca. V. COSSIO, *Instituciones de Derecho Civil*, 2, Alianza Universidad, Madrid, 1975, pp. 682-683.

⁷⁴Para HERNANDEZ MARTI, el derecho de persecución equivale a la oponibilidad frente a terceros titulares de la cosa gravada y tiene como función instrumental la tutela del derecho de realización. V. HERNANDEZ MARTI, *op.cit.*, pp. 113-114.

el acreedor ni provoca la publicidad de la garantía real. A cambio de ello el acreedor debe quedar protegido contra los actos de disposición del titular del buque realizados sin su conocimiento⁷⁵.

Este derecho de persecución real del buque, que constituye una indudable excepción del régimen de Derecho común de los bienes muebles, no viene expresado en el vigente Código con la misma claridad con la que figuraba en el Código de 1829⁷⁶. Sin embargo, una interpretación sistemática de sus disposiciones permite concluir que el *droit de suite* fue igualmente recogido por el legislador, en 1.885.

En efecto, el art. 584 concede a los acreedores cuyos créditos están enumerados en el art. 580, el derecho de embargar y vender el buque en el puerto en que se encuentre. El Código no precisa si este derecho decae cuando ha cambiado la propiedad del buque, de modo que esta ya no pertenece al deudor personal de la obligación garantizada. Pero, a partir de su exposición de motivos, se ha forjado una unánime posición doctrinal que entiende que aquel derecho sobrevive a la enajenación voluntaria de la nave⁷⁷.

Finalmente, la reipersecutoriedad está también, expresa y

⁷⁵V. DUQUE, *op. cit.* p. 56.

⁷⁶El *droit de suite* resultaba manifiesto del art. 602, que aludía a la «responsabilidad de la nave por las obligaciones detalladas en el art. 596», así como de los arts. 599 y 601, en los que se disponía que «los acreedores por cualquiera de los títulos mencionados en el artículo 596 conservarán su derecho espedito contra la nave, aún después de vendida esta...». V. *sup.*, § 16 a).

⁷⁷Así, en orden cronológico, GONZALEZ REVILLA, *op. cit.*, p. 31; GAMECHOGOICOECHEA, *op. cit.*, p. 73; GARRIGUES, *op. cit.*, p. 553; VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, p. 174; DUQUE, *op. cit.*, pp. 55-57; y RIOS SALMERON, *op. cit.*, p. 149. V. *sup.*, § 16 a).

terminantemente consagrada, en el Convenio de 1926 y en los textos internacionales elaborados posteriormente⁷⁸.

74.-Realización.

El titular del crédito privilegiado está facultado para solicitar la venta judicial del buque en caso de incumplimiento de la obligación. Los privilegios suponen así un poder jurídico del acreedor que se corresponde con una obligación del naviero y que comporta la posibilidad de sustituir su prestación por una ejecución sustitutoria y forzosa del buque. Su contenido no es otro que el de ofrecer al privilegiado el precio obtenido de la enajenación del buque gravado para satisfacer su crédito. En suma, un derecho a la realización del valor de la nave para una finalidad concreta y determinada: el pago del crédito garantizado.

75.-Procedimiento general.

Este *ius distrahendi*, por lo demás ínsito en todo derecho real de garantía⁷⁹, se ejercita a través del correspondiente

⁷⁸La clara dicción del art. 8 del Convenio de 1.926 no deja lugar a dudas: «los créditos privilegiados siguen al buque, aunque cambie de dueño». En parecidos términos se expresa el Convenio de 1.967 y los Proyectos de Lisboa y OMI/CNUCDE. Los textos son los siguientes: Convenio de 1.967, art. 7.2: «Salvo lo dispuesto en el artículo 11, los privilegios marítimos que garantizan los derechos previstos en el artículo 4 siguen al buque, pese a cualquier cambio de propiedad o de registro»; Proyecto de Lisboa, art. 7: «Los privilegios marítimos enumerados en el artículo 4 seguirán al buque no obstante cualquier cambio de propiedad, matrícula o pabellón, salvo en el caso de venta forzosa»; Proyecto OMI/CNUCDE, art. 7: «Salvo lo dispuesto en el artículo 11, los privilegios marítimos (establecidos en el art. 4) siguen al buque, no obstante cualquier cambio de propiedad, de registro o de pabellón».

⁷⁹El *ius distrahendi*, o derecho de realización del valor de una cosa para la satisfacción de un crédito, viene recogido, para la prenda y para la hipoteca, en el artículo 1.859 del C.c.: «vencida la obligación principal pueden ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o la hipoteca para pagar al acreedor».

procedimiento judicial.

El Código regula dos supuestos de venta judicial del buque en sus artículos 578, 579 y 584. El primero es el de venta por causa de innavegabilidad sobrevenida durante el viaje⁸⁰, que se resuelve procesalmente por el rápido expediente de la jurisdicción voluntaria en negocios de comercio⁸¹.

El segundo es ,precisamente, el de venta para pago de acreedores, para el cual el artículo 584 se remite lacónicamente al procedimiento prevenido por el artículo 579. Claro es que, en esta situación, hay que preguntarse si el ejercicio del *ius distrahendi* puede substanciarse también mediante expediente de jurisdicción voluntaria⁸².

Aunque no ha faltado quien se muestra partidario de una

⁸⁰Es de señalar que este tipo de venta es prácticamente desconocida en la práctica actual de la navegación marítima, ya que la extensión y perfeccionamiento de las coberturas de seguro marítimo en el ámbito internacional ha llevado a su sustitución por los procedimientos contractualmente estipulados en las correspondientes pólizas, de acuerdo con las cuales, los navieros gozan del derecho a obtener el importe del valor asegurado para el caso de pérdida total, cediendo a cambio la propiedad del buque a través del derecho de abandono, previsto en la disciplina contractual del seguro y en el artículo 789 del Código de Comercio.

⁸¹Es el caso de los artículos 578 y 579, que deben complementarse con las reglas sexta y séptima de las contenidas en el artículo 2.161 de la LEC: Regla sexta: «Para acreditar la necesidad de vender una nave que en viaje se haya inutilizado para la navegación, y no pueda ser rehabilitada para continuarlo, su Capitán o Maestre solicitará del Juez que sea reconocida por peritos. Al escrito en que lo pida acompañará el acta de visita o fondeo de la nave, a que se refiere el artículo 648 del Código (612 del Código actual), y el Diario de navegación, para que el actuario extienda en los autos testimonios de él. El nombramiento de los peritos se hará en la forma determinada en el artículo 2.148, y si de la declaración pericial resultaren acreditados ambos extremos, el Juez decretará la venta, con las formalidades establecidas en el artículo 608 de dicho Código (579 del actual). La cantidad que produzca la subasta, deducidos los gastos de toda clase se depositará como en el caso previsto en la regla anterior» Regla séptima: «En todos los casos a que se refieren las reglas anteriores, cuando en la primera subasta no haya postor, o las posturas hechas no cubran las dos terceras partes de la tasación, se anunciará por igual término una segunda o sucesivas subastas con el 20 por 100 de rebaja en cada una».

⁸²Pregunta que ya se formulaban los autores poco después de promulgarse el Código. V. GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, p.344.

respuesta afirmativa a esta cuestión⁸³, creemos que la propia naturaleza de la jurisdicción voluntaria impide que la realización judicial del valor del buque para pago de acreedores pueda hacerse en esa sede, al menos siempre que surja la oposición del deudor o de un tercero.

Por el contrario, el complemento procesal de las reglas contenidas en el artículo 579 del C. de c. vendrá dado normalmente por las normas reguladoras de la pública subasta en el procedimiento de apremio (artículos 1495 y ss. de la LEC)⁸⁴.

Claro es que el recurso a dicho procedimiento, y la propia virtualidad del *ius distrahendi* sólo será posible en la medida en que el título correspondiente lleve aparejada ejecución. Ello ocurrirá siempre que se cumplan las formalidades previstas en los artículos 580 y 584 del C. de c. y ,en su caso, en los 31 y ss. de la LHN⁸⁵, en el bien entendido que el título acreditativo de

⁸³La posibilidad de utilizar el procedimiento de venta judicial para pago de acreedores previsto en los artículos 584 y 579 del C. de c. y en las reglas Sexta y Séptima del artículo 2.161 de la L.E.C., ha sido destacada por GIMENEZ DE LA CUADRA, quien la ha considerada indudable en la realidad de nuestro Derecho. El hecho de que tanto el artículo 579 como las dos reglas de la Ley procesal citadas contemplen el supuesto específico de venta por innavegabilidad física o material del buque, nada impide su aplicación a los supuestos de venta para pago de acreedores ,tal y como expresamente establece el artículo 584. A tal efecto aboga el autor por un concepto amplio de innavegabilidad, comprensivo tanto de la «innavegabilidad intrínseca» o derivada de defectos físicos e internos del buque , y la «innavegabilidad extrínseca» o fundada en una causa externa y jurídica que asimismo imposibilitaría al buque para navegar.V. GIMENEZ DE LA CUADRA, **Embargo y venta judicial de buques**, *op.cit.*, p.171.

⁸⁴Así CORA RODRIGUEZ, *op.cit.*, p.106.

⁸⁵En principio ,la propia naturaleza del privilegio permite acceder directamente a la ejecución, embargo y venta judicial del buque, sin más requisito que la prueba de la existencia del crédito por los medios establecidos, en cada caso, en el Código de Comercio o en la LHN.

Pero esta posibilidad de ejecutoriedad inmediata o de acción directa contra el buque no significa que en ningún caso sea necesaria la previa declaración judicial de la existencia del crédito formulada en la oportuna sentencia.

En efecto, las propias normas mercantiles requieren a veces la declaración judicial del crédito, bien sea mediante sentencia (n° 10 del art. 580 Cód.de co. y art. 31.4° L.H.N.) o a través de otro acto judicial (n°s.2°,4° y 7° del art. 580) así como su inscripción registral (n°s. 8 y 9 del art. 580

la existencia del crédito, con independencia del cumplimiento de los demás requisitos señalados, podrá ser normalmente suplido por la oportuna sentencia judicial⁸⁶.

Ahora bien, los referidos preceptos se refieren exclusivamente al embargo ejecutivo⁸⁷ que, como hemos dicho,

y 32 y ss. L.H.N.). Sin duda tales exigencias reducen considerablemente la predicada eficacia ejecutiva directa del privilegio.V. RUIZ SOROA, *Manual...cit.*, p.71.

⁸⁶No cabe duda de que los medios de prueba de los créditos, previstos por el artículo 580 del C.de c. y en los pertinentes artículos de la LHN, pueden ser suplidos por sentencia judicial o por cualquier otro título que lleve aparejado ejecución de conformidad con el artículo 1429 de la LEC, con independencia del cumplimiento de los requisitos formales y de publicidad exigidos en cada caso para la válida constitución del privilegio.

La necesidad de prueba fehaciente del crédito marítimo privilegiado ha sido puesta de manifiesto por nuestro Tribunal Supremo en supuesto relacionado con una tercería de mejor derecho de un crédito por suministros y servicios a favor del buque frente a un crédito hipotecario. En dicha ocasión se negó virtualidad para acreditar la deuda a la existencia de un «vale» o «pagaré» de carácter privado, firmado por la representación del deudor, así como a la confesión judicial no prestada bajo juramento decisorio. En general, el Tribunal señala la necesidad de homologación judicial del crédito por medio de sentencia cuando, refiriéndose al pagaré, señala: «ni se ha demostrado su homologación judicial por medio de la sentencia que se dice recaída en el juicio ejecutivo seguido en el Juzgado de 1ª Instancia ya citado de Montevideo, que no se ha aportado a los autos, y mucho menos se acompañó a la demanda como exige el artículo 1537 de la Ley Procesal antes invocada; y c) El título del crédito preferencial, ha de ser obviamente, verificado con rigor en autos, para poder estar incluido en los supuestos previstos en el art. 2º del Convenio de Bruselas... y art. 31 de la Ley de 21.8-1893, pues no ha de perjudicar a créditos hipotecarios en forma gratuita, sin una contundente seguridad de su existencia, que además para proyectar su preferencia a tal hipoteca ha de tener realidad de título que en este caso, habría de ser la sentencia de reconocimiento del crédito con carácter de firme que no consta en estas actuaciones». STS (Civil) de 13.04.89, (arz. 3050), buque "Maya I".

La sentencia judicial como título suficiente para la ejecución del crédito privilegiado es también reconocida implícitamente para un crédito de cuenta de escala del consignatario, con gastos variopintos (STS. (Civil) de 2.03.90, (arz. 2756)) y expresamente para un crédito por suministro de combustible (STS (Civil) de 5.11.90, (arz. 8521), buque "Ponteceso").

⁸⁷La doctrina está de acuerdo en que ni la LEC ni nuestro C. de c. han previsto el embargo de un buque para la garantía de un derecho real sobre el mismo, ya que el embargo contemplado en el artículo 584 del C. de c. no es más que un embargo ejecutivo, es decir, constitutivo de una fase más dentro de un proceso de ejecución.V. HERNANDEZ MARTI, *op.cit.*, p. 119; CASTRO GARCIA, *op.cit.*, pp. 125-126; RUIZ BRAVO, *Dificultades procesales para obtener el embargo preventivo de buque mercante extranjero*, REDM, n° 1, 1963, p.13; FUENTES CAMACHO, *Ambito de aplicación del Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima de 10 de octubre de 1952*, ADM, p. 149; CORA RODRIGUEZ, *op.cit.*, p.106. También: CORRALES ELIZONDO, *El embargo preventivo de buques*, RGM, Enero, 1.983, p.67., donde nos dice que la existencia del embargo preventivo de buques en el C. de c. únicamente puede entenderse «como medidas previas del embargo ejecutivo del artículo 584, o, en otro caso, sujeto a la regulación general de la Ley de Enjuiciamiento Civil». No obstante, esta plena sintonía doctrinal ha sido rota recientemente por CACHON CADENAS, quien opina que el

constituye frecuentemente el acto procesal idóneo con el queda sustraído el buque a la disponibilidad del deudor.

Cuestión distinta es el embargo preventivo, al que generalmente se verá obligado a recurrir el acreedor cuando su crédito privilegiado no esté todavía recogido en uno de los títulos ejecutivos exigidos por la Ley⁸⁸.

En tal caso el acreedor debe realizar los actos conducentes a su obtención y ,mientras tanto, puede emplear la vía del embargo preventivo para "distraer" su garantía (bien sea *in natura* o en forma de fianza sustitutoria) y evitar así su desaparición ,menoscabo o prescripción. Una vez en poder de título ejecutivo suficiente podrá comenzar la fase de ejecución propiamente dicha.

Naturalmente nada impide que el titular del privilegio opte por comenzar su acción a través de la vía preventiva, aún disponiendo de título capaz de dar entrada directa a la ejecución. Ello dependerá de la valoración que aquel haga del

artículo 584 del C. de c. se refiere al embargo en general, no sólo al trabado en procedimiento de ejecución.V. CACHON CADENAS, *El embargo*, Barcelona, Bosch, 1991, pp. 368-370.

⁸⁸Como es sabido, nuestra LEC prevé un proceso de embargo preventivo como medida cautelar o de aseguramiento general de una ejecución futura derivada de un derecho de crédito. La problemática inherente al embargo preventivo de buques en nuestro Derecho, con consideración particular del Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952 y la Ley de 8 de Abril de 1967 ha sido extensamente tratada por nuestra doctrina. V, entre otros, GARRIGUES, *op.cit.*, p.559; GIMENEZ DE LA CUADRA, *op.cit.*, p. 157 y ss.; RUIZ SOROA, *Manual...cit.*, pp. 77-84; PEREZ ARDA, *Embargo preventivo de la nave culpable de abordaje*, RDPR, T.I, 1913-1914, pp. 414 y ss.; LUCAS FERNANDEZ, *Curso...loc.cit.*, p.119; FARIÑA, *op.cit.*, pp.204-206; HERNANDEZ MARTI, *op.cit.*, *passim*; CORRALES ELIZONDO, *El embargo preventivo de buque*, RGMA, Enero, 1983, pp. 63-70; CALDERON, *El abordaje y la jurisdicción de Marina*, RL, Marzo, 1907, p.310; ALCANTARA GARCIA, *Embargo preventivo de buques mercantes extranjeros en puertos españoles*, RT, mayo, 1918, pp. 249-251; FUENTES CAMACHO, *Ambito de aplicación...cit.*, *passim*; CACHON CADENAS, *El Embargo...cit.*, pp.368-370; etc.

conjunto de las circunstancias concurrentes⁸⁹.

76.-Limitaciones.

El examen del artículo 584 muestra algunas restricciones a la facultad de ejercicio del *ius distrahendi*.

Así, en primer lugar, nos encontramos con la prohibición de embargar los buques cargados y despachados para hacerse a la mar. Es esta una inmunidad que nuestro legislador ha venido tradicionalmente dispensando y que trasluce un deseo de protección de la expedición marítima y, con ella, de los derechos de otros intereses que, como los de los cargadores o fletadores, pueden ser ajenos a la relación que provoca la acción real contra

⁸⁹Desde un punto de vista práctico se ha propugnado el empleo del procedimiento de embargo ejecutivo y venta frente al de embargo preventivo, sobre la base de que este último no es más que una medida cautelar que obliga a presentar demanda, ejecutiva o declarativa, en el plazo de veinte días previsto en el artículo 1.411 de la L.E.C.. Ello supone el inicio de un procedimiento contencioso, cuyos trámites pueden dilatarse hasta el punto de frustrar virtualmente el derecho del acreedor. En la práctica habrán de tomarse en consideración una serie de circunstancias para poder elegir, en cada caso, la vía procesal más eficaz para la satisfacción de los intereses del acreedor. Entre dichas circunstancias destaca la naturaleza del crédito que se ostente y las condiciones que rodeen al buque de que se trate. Si bien el embargo preventivo es eficaz en cuanto a la rapidez que conlleva para inmovilizar el buque, el problema puede surgir cuando, con la ratificación del embargo, se entra en la fase contenciosa. Es entonces cuando quizá halla que acudir a las Comisiones Rogatorias para la práctica de las distintas providencias judiciales, trámites que pueden durar meses y hasta años. Es así como el embargo preventivo «puede ser un arma de dos filos. De una parte o puede provocar el pago inmediato de los créditos marítimos para levantar la inmovilización del buque, o puede, de otra eternizarse el procedimiento, bien por haber oposición bien por ausencia o rebeldía del demandado o por disquisiciones respecto a la gradación de los créditos.». V. GIMENEZ DE LA CUADRA, *Embargo y venta judicial de buques*, op.cit., pp. 157-175. El autor relata aquí una experiencia práctica, relativa a la venta de un buque griego ("Crestena", Sevilla, Septiembre de 1.982), decretada por el Juzgado de 1ª Instancia en procedimiento seguido según los artículos 584 y 579 del C. de c. por créditos de los números 1, 2 y 4 del artículo 580 del C. de c. y con solicitud simultánea ad cautelam de embargo preventivo según los Convenios de 1.926 y 1.952, medida cautelar de la que desistieron los acreedores una vez prosperado el anterior procedimiento y fijada fecha para la subasta. *Ibíd.*, pp. 157 y ss.

el buque⁹⁰.

Ahora bien, para que la prohibición despliegue sus efectos jurídicos deben de cumplirse los requisitos o condiciones positivos y negativos previstos por la propia norma, i.e., que el buque esté "cargado"⁹¹ y "despachado"⁹², que no se trate de

⁹⁰Nuestro Código , siguiendo al francés, impide la verificación del embargo cuando el buque estuviere cargado y despachado para hacerse a la mar, salvo que se trate de deudas contraídas para aprestar y avituallar el buque en aquel mismo viaje. Pero ,aún en éste último caso, deberá cesar el embargo cuando algún interesado en la expedición diese fianza de que regresará el buque en el plazo fijado en la patente, obligándose aquel, en caso contrario, aunque fuere fortuito , a satisfacer la deuda en cuanto sea legítima(art. 584 C. de c.).El texto legal es el siguiente: «;pero si estuvieren cargados y despachados para hacerse a la mar, no podrá verificarse el embargo sino por deudas contraídas para aprestar y avituallar el buque en aquel mismo viaje, y aún entonces cesará el embargo si cualquier interesado en la expedición diese fianza de que regresará el buque dentro del plazo fijado en la patente, obligándose, en caso contrario , aunque fuere fortuito, a satisfacer la deuda en cuanto sea legítima.»V. sup., § 16 b).

⁹¹Respecto al requisito de buque "cargado", la interpretación gramatical del precepto conduce a concluir que el supuesto de hecho contemplado por el legislador fue el de un buque que ha tomado carga precisamente en el puerto en que se insta el embargo, por lo que los buques en lastre o con mercancías cargadas en puertos anteriores quedan excluidos de la excepción. Así, para los buques en lastre, CASTRO GARCIA, *El embargo...cit.*, p.126. Es ésta una restricción adicional de la propia cosecha del legislador español, pues el Código francés únicamente hablaba del: «*bâtiment prêt à faire voile*», entendiendo por tal: «*lorsque le capitaine est muni de ses expéditions pour son voyage*»(art. 215 del Code). Similarmente, el Código alemán, art. 482, habla tan sólo de buque "despachado". GAMECHOGOICOECHEA entiende que la intención del legislador fué la de evitar lesiones para terceros (fletadores), por lo que la realización del embargo es improcedente si el buque se encuentra en ejecución de un contrato de fletamento, situación que identifica con la de que el buque esté cargado, lo que, a su vez, le lleva a defender la embargabilidad del buque en lastre.GAMECHOGOICOECHEA, *op.cit.*, pp. 109-110. Sin embargo no nos parece correcta dicha identificación desde el momento en que son frecuentes los supuestos de buques en lastre que se encuentran ejecutando un contrato de fletamento (i.e., todas las lastradas realizadas en fletamento por viaje consecutivo o por tiempo, y, en el propio Código, buque fletado para recibir la carga en otro puerto -art.675-).

⁹²Para que no proceda el embargo, el buque, ya cargado, ha de estar, además, "despachado" de salida, es decir en situación de hacerse a la mar desde el punto de vista de la reglamentación administrativa sobre despacho de buques. Se trata del cumplimiento de una serie de requisitos de naturaleza administrativa , que se encuentran precisados en las indicaciones contenidas en los modelos oficiales de "Rol de Despacho y Dotación"-existe uno para buques mercantes y otro para pesqueros-, cuyas indicaciones, aún no habiendo sido publicadas en el BOE son de facto consideradas como normas reglamentarias en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 de la O.M. de 7 de Octubre de 1.958. Conforme a dichas instrucciones ,se debe primeramente obtener el despacho aduanero, portuario y de sanidad exterior, para después obtener el de Capitanía Marítima , con el que el buque queda autorizado para salir a la mar. En la práctica, la prueba de que un buque se haya despachado de salida puede hacerse , en el caso de los buques españoles, con la presentación del Rol de Despacho y Dotación en el que conste la oportuna diligencia de despacho de salida firmada por la Capitanía Marítima. Si el buque es extranjero, deberá

deudas contraídas para aprestar y avituallar el buque en el mismo viaje⁹³ y que, en cualquier caso, no se preste fianza de que regresará el buque en el caso fijado en la patente⁹⁴.

En segundo lugar nos encontramos con la prohibición contenida en el segundo párrafo del artículo 584 del C. de c.. Pero aquí no queda afectado el acreedor privilegiado. Tan sólo

obtenerse documento de Capitanía acreditativo de que dicho buque se encuentra despachado de salida.

⁹³Constituye ésta una excepción de la excepción a favor de unos acreedores determinados: quienes hayan aprestado o avituallado al buque para aquel mismo viaje. Se trata sin duda de los suministros hechos en el propio puerto en que se pide el embargo, sea éste el de matrícula o cualquier otro. El Código francés se refiere en general a todos los créditos contratados «pour le voyage qu'il va faire» y el Código alemán habla igualmente del viaje que va a emprender el buque (cfr.art. 215 del Códice y 482 del Código alemán). Claro es que el término viaje debe ser entendido aquí como la travesía marítima que, desde el puerto en cuestión, va a comenzar el buque. El propio artículo 584 del C.de c. está contemplando el buque "en el puerto en que se encuentre" y no únicamente en el de matrícula que, como sabemos, es el que generalmente considera como puerto de inicio y terminación del viaje. Por otra parte, la expresa mención de esa clase de acreedores excluye a otros, aun cuando sus prestaciones hayan sido contributivas para la salida del buque, tales como los refaccionarios, prestamistas, etc. Y ello de nuevo a diferencia del Código francés, que contempla todos aquellos que lo sean por razón de deudas contraídas para el viaje. V. GAMECHOGOICOEHEA, *op.cit.*, p.111.

⁹⁴Para la inadmisibilidad del embargo, es imprescindible que algún interesado preste fianza de que el buque regresará en el plazo fijado en la patente, respondiendo aquel si no lo hace, aún por causa fortuita. Prevé aquí el Código la subrogación de una garantía personal en el lugar de la garantía real constituida por el buque. La obligación personal así contraída resulta ser además de carácter objetivo, ya que, basta con que el buque no regrese, sin consideración a la causa que se lo impide, para que el fiador responda de las deudas del naviero con todo su patrimonio. El precepto no dice cual ha de ser la cuantía de la fianza que ha de otorgar el fiador para liberar al buque. Entendemos que su fijación corresponde al juez que conozca del asunto, solución ésta recogida por la L.H.N. (art.45).

Por otra parte, la patente de navegación no es, al menos actualmente, un documento susceptible de hacer anotaciones de este tipo. Otorgada por el Ministro de Obras Públicas y Transportes y expedida por el Director General de la Marina Mercante, la "Patente de Navegación" es el documento que autoriza al buque para navegar por los mares bajo pabellón español y legítima al Capitán para el ejercicio de sus funciones a bordo de dicho buque, finalidades que nada tienen que ver con la materia de que tratamos. En la actualidad aparece regulada la Patente de Navegación en los arts. 25 a 33 del R.Decreto 1.027/1.989, sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo. Los buques con registro bruto menor de 20 pueden no llevar Patente de Navegación. En la Patente se anotan los cambios de mando, de dominio, de nombre y de lista del buque, sin que haya lugar previsto para otras anotaciones en el modelo oficial de éste documento. Una anotación de este tipo puede hacerse, si acaso, en la casilla de "Observaciones" del Rol de Despacho y Dotación, o tal vez en el Registro Mercantil y en la certificación de propiedad de a bordo, junto con el "requerimiento" a que se refiere el artículo 45 § 2 de la L.H.N. V.critica de la fianza personal de retorno al puerto de embargo en GAMECHOGOICOEHEA, *op.cit.*, pp.110-111.

los acreedores ordinarios se verán impedidos de embargar los buques fuera de su puerto de matrícula⁹⁵.

Finalmente conviene advertir que el Código vigente hizo tabla rasa de las antiguas disposiciones que introducían limitaciones o prohibiciones al embargo de buques extranjeros⁹⁶.

El régimen de embargo ejecutivo dimanante de nuestro C. de c. es así aplicable a todos los buques, con independencia de su nacionalidad, aunque sin perjuicio de los Convenios internacionales.

77.-Supuestos especiales de ejecución.

Obviamente, el hecho de que la venta pueda ser solicitada por cualquiera de los acreedores legitimados para ello no implica que el que lo haga primero conseguirá otra preferencia que la que le corresponda a su crédito según el orden jerárquico aplicable.

Con carácter general, el acreedor privilegiado que desee introducirse en un procedimiento de ejecución ya iniciado dispondrá para ello del cauce que le ofrece la tercería de mejor derecho regulada, en sede del Juicio Ejecutivo, en los artículos

⁹⁵ Para HERNANDEZ MARTI, esta prohibición, que no distingue entre la naturaleza del embargo preventivo o ejecutivo, parece operativa en todo caso. Sin embargo ha venido afectada por las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1.952 en aquellos supuestos en que éste instrumento resulte de aplicación. V. HERNANDEZ MARTI, *op.cit.*, p. 120.

⁹⁶La prohibición de embargo en nuestros puertos de buques extranjeros, recogida por el Código de 1.829, procede, como sabemos, de una vieja ley castellana. V. *sup.* § 7.

La exposición de motivos del Código de 1885 explica claramente como se procede a suprimir ésta limitación: «Por último, y prescindiendo de otras reformas realizadas en esta materia, conviene consignar que el Proyecto reintegra a los Tribunales españoles en la plenitud de su jurisdicción para embargar las naves extranjeras surtas en puertos españoles, en el mero hecho de omitir la disposición del Código vigente que la limitaba, con lo cual el Proyecto ha seguido el ejemplo de los demás Estados, que tampoco establecen esa limitación en sus Códigos y Leyes mercantiles». V. éste texto en la compilación de ILLESCAS ORTIZ, *Derecho Mercantil-Textos Legales (coord.)*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 71.

1.532 y ss. de la LEC.

Ahora bien, la ejecución puede haber sido comenzada por acreedor hipotecario naval, en cuyo caso la cuestión adquiere más complejidad, pues entran en juego las prescripciones sobre preferencia previstas en la ley hipotecaria especial. Entre estas figura una norma limitativa del embargo muy similar a la contenida en el artículo 584 del C. de c.⁹⁷.

Asimismo se producen problemas procesales especiales cuando la ejecución es consecuencia de un crédito marítimo salarial, y el correspondiente acreedor recurre, para su reconocimiento y como es obligado, a la jurisdicción de lo social.

Atendiendo, en primer lugar, a la ejecución hipotecaria, hay que tener en cuenta que el acreedor puede acudir, para la ejecución de su crédito, además de al juicio ordinario que corresponda, a los cuatro procedimientos abreviados especiales

⁹⁷ En efecto, nuestro legislador de 1.893 no olvidó recoger, para la ejecución hipotecaria, la excepción que ya figuraba en el Código de comercio relativa a la inembargabilidad de los buques cargados y despachados para hacerse a la mar.

El régimen a tal fin establecido por el artículo 45 de la L.H.N. sigue, con algunas variaciones, al del artículo 584 del C. de c. . Así, la L.H.N., como es lógico, permite la excepción respecto al crédito hipotecario, mientras que el Código lo hace por aprovisionamientos hechos para el viaje en cuestión.

Por otra parte, y en contraste con el Código, la ley emplea el término "dispuesto", en lugar de "despachado", lo que no carece de significado práctico. En teoría para que un buque esté dispuesto debe estar despachado. Pero puede estar despachado y no dispuesto para hacerse a la mar, i.e. por avería sobrevinida inmediatamente después del despacho.

Además la ley precisa que la cuantía de la fianza a prestar es la que "el Juez estime suficiente" y elimina (probablemente por superflua) la referencia de que la deuda ha de ser "legítima".

Pero la diferencia más importante consiste en la adición por la L.H.N. de dos nuevas normas. Según la primera, con independencia de la fianza, se impone una obligación (parece que al juez) de requerir al Capitán- o dueño del barco o su representante- que regrese al puerto una vez concluido el viaje, en cuyo momento se realizará el embargo (art. 45, §1, in fine, L.H.N.). La segunda impone la anotación, tanto del embargo como del requerimiento, en el Registro Mercantil y en la certificación de propiedad que debe llevar a bordo el Capitán (art. 41, §2, L.H.N.).

previstos por la ley⁹⁸.

⁹⁸A saber, el ejecutivo ordinario de la L:E:C:, el juicio regulado en la LHN, el juicio ejecutivo especial o sumario del artículo 131 de la LH y el procedimiento extrajudicial de la LH.

La demanda, en el juicio ejecutivo de los arts. 1429 y ss. de la L.E.C., una vez admitida conlleva el embargo del buque hipotecado. Pero antes de pasar al trámite de ejecución, cabe al deudor utilizar una fase de oposición en la que puede alegar cualquiera de las once excepciones admitidas en el art. 1.464 L.E.C., con la consiguiente posibilidad de demora en el procedimiento.

Una vez obtenida la sentencia de remate ordenando proseguir la ejecución, la venta del buque se lleva a cabo a través del procedimiento de apremio regulado en los arts. 1.481 a 1.531 L.E.C., el cual de nuevo presenta algunas características negativas para el acreedor hipotecario, cuales son las siguientes: 1) La tasación del bien se realiza con intervención del ejecutado y de los demás acreedores hipotecarios que puedan existir con hipoteca posterior; 2) Tres subastas sucesivas, la primera por el importe de la tasación y, de quedar desierta, la segunda y la tercera, sucesivamente por el 75 % y el 50%, si bien el acreedor puede solicitar la realización de la tercera sin sujeción a tipo o que le sea entregado el buque en administración; 3) La adjudicación supone la "purga" de las cargas preferentes que pesen sobre el buque, de modo que del precio obtenido deben deducirse, para su previo pago, las cantidades que correspondan para la satisfacción de aquellas; 4) Siempre existe la posibilidad de que se ejerciten tercerías de mejor derecho, con la consiguiente paralización del proceso de ejecución (arts. 1.532 a 1.543).

En segundo lugar, puede emplearse el procedimiento regulado en los artículos 43 y ss. de la LHN., el cual elimina, en parte, los inconvenientes del juicio ejecutivo, ya que queda suprimida la fase de oposición. Basta con que el acreedor requiera de pago al deudor, por vía judicial o a través de fedatario público (notario, corredor o corredor interprete de buque), y que éste no lo realice en tres días para que pueda ser presentada la demanda y solicitado el embargo, el cual será acordado por el Juez, una vez que éste se cerciore de la legalidad de la deuda a la vista de los documentos que, en cada caso, señala la L.H.N. (art. 43).

Como excepción puede substanciarse una fase de oposición, con arreglo a los trámites previstos en la L.E.C. para los incidentes, cuando la causa de la ejecución sea el cumplimiento de alguna condición pactada a tal efecto en el contrato (art. 39.6°) o bien la pérdida del buque (art. 39.7°).

En cualquier caso, el trámite de venta y liquidación de la deuda se efectúa del mismo modo que en el juicio ejecutivo, es decir, según el procedimiento de apremio de los artículos 1.544 y ss., ya que al mismo se remite expresamente la L.H.N. (arts. 43 y 44), si bien el mismo puede verse notablemente agilizado si se pacta en la escritura el valor de ha de tomarse para la celebración de la subasta (arts. 6°.6° y 46 L.H.N.).

Por su parte, el procedimiento judicial sumario de la L.H., es el que suele emplearse con mas frecuencia en la práctica, dada sus indudables ventajas para el acreedor hipotecario.

Este procedimiento ha pretendido otorgar las máximas facilidades a la ejecución hipotecario dispensando así una eficaz protección al acreedor hipotecario que puede realizar su crédito con el mínimo de trámites y dilaciones. Sus rasgos más característicos son :

1) Supresión de la fase de oposición típica del ejecutivo ordinario. Admitida la demanda se pasa directamente a la fase de ejecución. Tampoco se admiten incidentes ni tercerías de ninguna clase, salvo los cuatro casos muy tasados del art. 132 L.H. Cualquier reclamación que puedan formular el deudor o los terceros interesados se remiten al juicio declarativo que corresponda sin producir nunca el efecto de suspender o entorpecer el procedimiento;

2) Notificación a los titulares de cargas o derechos reales posteriores a la hipoteca ejecutada por si desean abonar el crédito y subrogarse en el mismo;

3) Posibilidad de que el acreedor solicite la posesión interina del buque, con derecho a percibir los frutos y rentas si así se hubiera estipulado todo ello en el contrato (art. 131. Sexta);

4) El adquirente del buque queda subrogado en la responsabilidad de las

En concreto, es el procedimiento especial sumario del artículo 131 de la LH el que puede presentar mayores dificultades para un cabal ejercicio del *ius distrahendi* por el acreedor privilegiado.

Estas dificultades son de dos ordenes. Por un lado, no parece existir cauce alguno para que aquel pueda ejercitar su tercería de mejor derecho. El acreedor privilegiado que comparece en la ejecución hipotecaria es remitido al juicio declarativo que corresponda, con lo que, en la práctica, se priva al crédito privilegiado de la ejecución ágil y sencilla que debe ser consustancial a toda realización de una garantía real.

Por otro, aunque el procedimiento no purga las cargas y gravámenes en general, no parece que ello ocurra así para el crédito marítimo privilegiado, pues al tratarse de una venta judicial entra necesariamente en juego la previsión extintiva del artículo 582 del C. de c. ,según la cual «otorgada e inscrita en el Registro Mercantil la escritura de venta judicial hecha en pública subasta, se reputarán extinguidas todas las demás

cargas o gravámenes anteriores o preferentes al crédito hipotecario , ya que el precio del remate se entrega íntegro al actor sin deducción de tales cargas (art. 131.Octava).

Esta última regla, que implica la no aplicación al procedimiento judicial sumario de la L.H. del llamado "sistema de purga" hace que los gravámenes preferentes a la hipoteca subsistan a la venta forzosa, lo cual supone quizá el único inconveniente para el acreedor hipotecario.

Por último, dispone también el acreedor hipotecario de un procedimiento de ejecución extrajudicial, que puede ser pactado por los interesados (al amparo del art. 129 L.H.) y que se encuentra reglamentado en los arts. 234 a 236 del R.L.H.

Para poder utilizarse éste procedimiento se ha de fijar en la escritura el valor de tasación del buque y un mandatario del deudor para que lo represente en su venta. La tramitación se realiza notarialmente y en lo esencial se acomoda, "mutatis mutandi", al procedimiento sumario del art. 131 L.H. (nota: V. diversos comentarios respecto a los cuatro procedimientos de ejecución en RUIZ SOROA, Ejecución de la Hipoteca Naval-Problemas prácticos, *I Seminario de Financiación de Buques*, Madrid, 1.984, pp.5-10.

responsabilidades del buque en favor de los acreedores»⁹⁹.

Ante esta situación somos partidarios de una interpretación correctora que, con predominio de la justicia material sobre la formal, permita la presentación ,alegación y defensa del mejor derecho de los acreedores marítimos privilegiados, por encima de los rigurosos requisitos procesales impuestos por la LH. Esta solución podría asentarse en algunas decisiones de nuestro Tribunal Supremo¹⁰⁰ y ha sido propugnada por un destacado autor¹⁰¹, al menos en relación con los privilegios laborales

⁹⁹En el mejor de los casos, la subrogación del adquirente en las cargas y gravámenes preferentes, sólo podrá ser hecha efectiva por el privilegiado a través de la correspondiente sentencia declarativa de su preferencia en juicio ordinario, situación que tampoco resulta favorable a sus intereses.

¹⁰⁰El privilegio salarial establecido por el art. 32 del E.T. no puede verse perjudicado por la alegación de la regla 16 del artículo 131 y del artículo 132.4 § 6 de la L.H., sin que dichos preceptos puedan considerarse infringidos por el hecho de que parte del precio obtenido por la venta de los bienes hipotecados en procedimiento judicial sumario se destine directamente por el juez a la satisfacción de los créditos de los trabajadores. Así, la S.T.S. (civil), de 27.10.83, desestima el recurso de casación interpuesto por violación, por inaplicación, de ambos preceptos, señalando lo siguiente : «...con la preferencia y protección dispensada a los créditos por salarios rotundamente afirmada en los párrafos 4 y 5 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, en términos tales que en las tareas de elaboración legislativa se ha llegado a calificar el correspondiente privilegio como "derecho de separación absoluto" , determinante de una afección patrimonial que lo antepone al crédito hipotecario, sin necesidad de que la preferencia sea declarada en los dilatados trámites de un juicio declarativo de mayor cuantía, cuando todos los antecedentes figuran en el proceso de ejecución y su contenido no ha sido puesto en duda, conclusión autorizada asimismo por el sentido de las reglas 8,10 y 13 del artículo 131 de la Ley hipotecaria». V. este texto, que forma parte del correspondiente "Considerando ", en : DE ANGEL YAGUEZ y ZORRILLA RUIZ, *El privilegio de los llamados créditos salariales*, ADC., T.XXXVII, enero-marzo, 1984, pp.521-522. En este mismo trabajo puede verse un comentario y una crítica al mencionado fallo: «La sentencia comentada viene a entender que el automatismo del superprivilegio es una emanación de la exigencia de tutela judicial efectiva y que el seguimiento del proceso ordinario a que el artículo 132 de la Ley Hipotecaria se refiere supone una indebida dilación en la celeridad con que aquel beneficio debe actuarse». Con ello, critican los autores, la Sala habría empleado razones aceptables en el terreno ético o de protección de intereses pero poco aceptables desde una perspectiva técnico-procesal. De hecho, opinan que la generalización de tal criterio «puede conducir a fórmulas procedimentales constitutivas de verdadera ruptura con el *ius conditum* procesal». *Ibíd*, p. 546.

¹⁰¹Sin embargo, RIOS SALMERON resuelve a favor de la norma estatutaria la confrontación entre el número 4 del artículo 32 del E.T. y el 6º párrafo del número 4º del artículo 131 de la L.H.. Consecuentemente es de la opinión de que la preferencia del crédito laboral puede hacerse valer también en el seno del procedimiento judicial sumario del art. 131 de la L.H.N., debiendo el

generales.

Por lo que se refiere a los créditos marítimos salariales, éstos han de ser hechos efectivos, como habíamos dicho, través de los órganos específicos de la jurisdicción social, es decir a través de los Juzgados de lo Social¹⁰².

Sin embargo puede suceder que el trabajador se vea precisado a concurrir con otros acreedores del deudor común, quienes, a su vez, pueden haber instado y obtenido una ejecución en un juzgado del orden civil.

En este caso hay que distinguir según cual sea el órgano que haya decretado primero el embargo. Si ha sido el Juez de lo Social, éste siempre puede plantear una cuestión de competencia a cualquier otro ejecutor en procedimiento singular, ya que es criterio reiterado de nuestra jurisprudencia conflictual el de

acreedor hipotecario tolerar la incidencia de la tercería de mejor derecho. De conformidad con el primero, los trabajadores pueden ejercer su preferencia salarial también en los procedimientos concursales y "en cualquier otro proceso". Por el contrario la norma de la L.H. mencionada dice así: "Todas las demás reclamaciones que puedan formular, así el deudor como los terceros poseedores y los demás interesados, incluso las que versen sobre nulidad del título o de las actuaciones o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece la presente Ley".

En su apoyo cita la STS antes mencionada (Sala de lo civil, de 27 de Octubre de 1.983 (Az.5384)), que sienta la doctrina de que cuando los trabajadores reclaman el salario por los últimos treinta días (superprivilegio) en un procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, basta con que estos se dirijan al juez civil que ejecuta y lo soliciten el abono directo de sus salarios, con prioridad al crédito hipotecario en apremio. Como consecuencia de este importante fallo el crédito salarial sale notablemente reforzado en su vertiente procedimental, ya que, no es que admita la tercería de mejor derecho en sus propios términos, sino que aquella resulta extraordinariamente simplificada en sus trámites, bastando la justificación del crédito para obtener la preferencia y el pago con cargo al bien hipotecado en ejecución, V. RIOS SALMERON, *op.cit.*, p.129.

¹⁰²Estos juzgan y hacen ejecutar lo juzgado, a petición de parte, y por los trámites previstos en la L.E.C. (LPL, art. 1º, 200 y 201, en relación con el art. 919 LEC y concordantes).

la preferencia procedimental del primer embargante¹⁰³.

Por esta misma razón, lo que no puede hacer el Juez de lo social es requerir de inhibición a otro organo ejecutor (judicial o administrativo), que ya ha trabado embargo sobre los bienes en cuestión, en base a que sigue un apremio por crédito salarial dotado de absoluta prioridad¹⁰⁴.

78.-El ejercicio del *ius distrahendi* en los Convenios internacionales sobre privilegios marítimos.

El Convenio de 1.926 se remite a las leyes nacionales para todo lo relacionado con el procedimiento y las vías de ejecución del privilegio , si bien contiene la importante prohibición de condicionar la eficacia del privilegio a "formalidad alguna ni a ninguna condición especial de prueba", salvo las formalidades que pudieran exigir los derechos internos en materia de obligaciones contraídas para el Capitán en relación con ciertos prestamos o con la venta del cargamento¹⁰⁵.

¹⁰³Ahora bien, si el bien embargado en curso de tal ejecución en un buque, no parece que dicho Organo tenga competencia para proceder a graduar y repartir los créditos privilegiados del art. 580 del C6. de Co., debiendo aplicar el precio obtenido en la subasta a satisfacer el crédito laboral y ello sin perjuicio de que cualquier prelación pretendida por terceros sea reconducida a trámites de tercería de mejor derecho. RIOS SALMERON, *op. cit.*, p.147.

¹⁰⁴En la práctica, y tomando la expresión de RIOS SALMERON, "quien ejecuta aplica los dineros conseguidos en el apremio a la satisfacción del crédito que lo provoco". Lo que significa que la preferencia procedimental del art. 1.520 de la L.E.C. no suele ser discutida en tercería por nadie. V. RIOS SALMERON, *op. cit.*, p.127-128.

¹⁰⁵Art. 16 : «Las disposiciones anteriores dejan a salvo la competencia de los Tribunales, el procedimiento y las vías de ejecución organizadas por las leyes nacionales»; art. 11 : «Salvo lo que se previene en el presente Convenio, los privilegios establecidos por las disposiciones que preceden no están sometidos a formalidad alguna ni a ninguna condición especial de prueba. Esta disposición no atenta al derecho de cada Estado de mantener en su legislación las disposiciones que exijan al Capitán el cumplimiento de formalidades especiales ,sea para ciertos préstamos sobre el buque, sea para la venta del cargamento». V. *sup.*, § 66.

La misma remisión a la *lex fori* encontramos en el Convenio de 1.967 y en el Proyecto de Lisboa. La ley interna del Estado de ejecución será la única competente. La diferencia estriba en que éstos últimos textos no han recogido la peculiar norma destinada a impedir la exigencia de pruebas o formalidades¹⁰⁶.

Ante esta situación parece que deben entenderse aplicables las normas que ,sobre embargo y venta judicial , recoge el Código de Comercio (o la L.H.N.) para la ejecución de los privilegios internacionales recogidos en el Convenio de 1.926.

Sin embargo, ésta solución ha sido matizada por RUIZ SOROA, en el sentido de que la propia naturaleza de los créditos enumerados en el texto internacional, exige, en todo caso, la previa existencia de sentencia judicial o arbitral declarativa de su existencia¹⁰⁷.

¹⁰⁶Art. 2 del Convenio de 1.967 : «...todas las cuestiones atinentes al procedimiento de ejecución serán reguladas por la ley del Estado en que aquélla tenga lugar». Prácticamente igual el art. 2 del Proyecto de Lisboa.

¹⁰⁷En ausencia de tales sentencias, dice el autor, el crédito resulta incierto y discutible , por lo que hay que concluir que nuestro Derecho positivo no otorga a los privilegios marítimos una vía singular de ejecución directa sin previo proceso declarativo. RUIZ SOROA, *Manual...cit.*, pp. 71-72. Precisamente en ese sentido hay que interpretar la STS de 13.04.89 ya citada. V. *sup.*, § 75.

Capítulo XII

La Preferencia

79.-La ruptura de la *pars conditio creditorum*.

En principio, el titular del crédito privilegiado puede hacer efectivo su crédito contra el buque con preferencia a todos los demás acreedores, sean hipotecarios o comunes, y ello con independencia de la fecha del nacimiento de cada uno de los créditos¹⁰⁸.

La preferencia o prelación, al implicar una ruptura de la *pars conditio creditorum*, es un elemento inmanente a la naturaleza y a la función que ejerce el privilegio marítimo¹⁰⁹. Su estudio resulta insoslayable si se quiere obtener una cabal comprensión de la ordenación jerárquica a que el legislador somete los diversos intereses en presencia¹¹⁰.

¹⁰⁸V. RODRIGUEZ CARRION, José Luis, *Revisión de las Convenciones Internacionales sobre Privilegios e Hipotecas Marítimas y Embargo Preventivo de Buques, III Jornadas Gallegas sobre Transporte Marítimo*, La Coruña, Junio de 1.987, s.i., pp.8-9. El trabajo mecanografiado ha sido consultado gracias a la amabilidad de su autor.

¹⁰⁹Como dice OLIVENCIA, la conexión o relación con otros créditos es un elemento inmanente al estudio de todo privilegio que implique la fractura de la *pars conditio creditorum*. Nunca podrá analizarse cabalmente su disciplina sin una adecuada contemplación de la completa escala establecida por el legislador para resolver los conflictos planteados: «El tema del privilegio es siempre un tema de relación que se resiste a tratamiento monográfico aislado, porque ,por su mismo planteamiento, implica conexión y situación respecto de otros créditos de distinta naturaleza. La prioridad o preferencia de que el Derecho dota al privilegio plantea inexorablemente una graduación, una escala que no puede aprehenderse sino en su conjunto, por la composición de todos los peldaños que la integran y por la valoración de los criterios que el legislador ha seguido en cada caso para ordenarlos jerárquicamente». OLIVENCIA RUIZ, *op.cit.*, p. 185.

¹¹⁰La colisión entre los intereses de cada clase de acreedores y la correspondiente tensión entre sus créditos es uno de los supuestos en que mejor se manifiesta el carácter de la norma jurídica como instrumento para la solución de los conflictos de intereses. Surge así la «graduación» de créditos, como «tabla legal de jerarquía de los intereses dignos de protección, ordenada según el criterio valorativo que el legislador estima en

VALLET sitúa el criterio teleológico como eje cardinal y tradicional del sistema prelativo de los privilegios marítimos, sin concesiones a prejuicios conceptuales¹¹¹. La idea, que viene ya de antiguo¹¹² parece ciertamente acertada, si bien la perspectiva histórica detecta la existencia de importantes vaivenes en la materia¹¹³.

80.- El orden prelativo en el Código de Comercio.

Nuestro Código, siguiendo al francés, resuelve la cuestión

cada momento». Y la graduación hace que la concurrencia entre acreedores se sujete a la preferencia o predominio de unos sobre otros de acuerdo con criterios de política legislativa. V. OLIVENCIA RUIZ, *Ibíd.*, p. 187.

¹¹¹Mientras el criterio de ordenación propio del derecho inmobiliario es el de prioridad cronológica de las inscripciones, el Derecho marítimo lleva a cabo la ordenación de los créditos a veces en orden inversa a la fecha de su nacimiento y siempre en base a su finalidad, empleo o utilidad. V. VALLET DE GOYTISOLO, *op.cit.*, p.171.

¹¹²Decía GONZALEZ REVILLA que la preferencia entre créditos privilegiados viene generalmente determinada por el favor mas o menos grande concedido al crédito en razón de su causa y de su eficacia para la conservación del buque, que constituye la garantía común de todos los acreedores. Esta es la razón por la que, con frecuencia, se consideran preferentes los créditos posteriores frente a los anteriores, en abierta oposición al principio común "*qui prior est tempore potior est iure*", aplicable a los acreedores hipotecarios. GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, p.147.

¹¹³Como ya sabemos (V. *sup.*, § 2b), la institución romana del crédito refaccionario descansaba en la idea de que el importe de los créditos de tal naturaleza resultaban necesarios para el mantenimiento del valor de la cosa refaccionada y, por lo tanto, para la conservación de la garantía de los acreedores hipotecarios anteriores a la refacción. Por ésta razón se concedía privilegio de preferencia sobre la hipoteca de la nave, con la singularidad de que dicha preferencia venía dada por el orden inverso de la antigüedad del crédito, lo que suponía una excepción al principio general que gobernaba la preferencia de los créditos hipotecarios: *prior tempore, potior iure*. Y como ocurría que cada crédito refaccionario tenía preferencia sobre los anteriores, la lógica del sistema llevaba a que la prelación *inter se* rigiese también por orden cronológico inverso. Esta particularidad romana fue olvidada en la Edad Media a favor de la regla ordinaria de la preferencia cronológica, matizada por la agrupación de los créditos por viajes. Con estos antecedentes parece razonable atribuir a un prurito de erudición jurídica romanística la reaparición de la regla posterior *in tempore* que se observa en los textos de la Edad moderna. V. GARCIA I SANZ y FERRER I MALLOL, *Assegurances y Canvis...cit.*, pp. 32-33. De hecho, tal y como ha sido observado, toda la disciplina reguladora de la prelación de los préstamos marítimos contenida en los Códigos (desde el francés de 1807 hasta el español de 1885) y en el mismo Convenio de 1926 hunde sus raíces en el viejo Derecho romano modalizado por el Derecho medieval (Ordenanza barcelonesa de 21 de Noviembre de 1435), que sustituyó la regla cronológica por la de la prorrata para los préstamos hechos para un mismo viaje. V. GARCIA I SANZ y FERRER I MALLOL, *Ibíd.*, pp. 118-119.

de la concurrencia entre acreedores privilegiados, distinguiendo según se trate de créditos distintos o del mismo número.

En el primer caso, la prelación viene dada por el mismo orden en que los créditos se hallan enumerados en el artículo 580¹¹⁴. En el segundo la distribución se hace a prorrata conforme prevé el artículo 581¹¹⁵.

Particular interés presenta el problema de la concurrencia de acreedores por préstamos a la gruesa, pues hay entonces que resolver la contradicción que surge del tenor literal de los artículos 581 y 730 del Código de Comercio. En efecto, mientras que la aplicación del primero de los citados preceptos conduce necesariamente a resolver la preferencia en base a la prorrata, ya que los prestamistas a la gruesa figuran todos en el mismo número (el 9º) del art. 580, el segundo establece normas propias de interpretación para dicho contrato.

Según éstas últimas, los préstamos a la gruesa se gradúan siempre por el orden inverso de sus fechas, siendo además preferentes los del último viaje frente a los del anterior y los del viaje frente a los concertados antes de emprenderlo. El pago a prorrata sólo procede cuando concurren varios préstamos hechos con igual motivo y en el mismo puerto de arribada¹¹⁶.

¹¹⁴ El art. 580 comienza así : «En toda venta judicial de un buque para pago de acreedores, tendrán prelación por el orden en que se enumeran».

¹¹⁵ El precepto dice que «Si el producto de la venta no alcanzare a pagar a todos los acreedores comprendidos en un mismo número o grado, el remanente se repartirá entre ellos a prorrata». La norma está calcada del Código francés, cuyo artículo 191 decía así: «*Sont privilégiés , et dans l'ordre où elles sont rangées...*», y terminaba diciendo : «*Les créanciers compris dans chacun des numéros du présent article viendront en concurrence, et au marc le franc, en cas d'insuffisance du prix*». V. sup., § 15 a).

¹¹⁶ Art. 730 C. de c. : «Los préstamos hechos durante el viaje tendrán preferencia sobre los que se hicieron antes de la expedición del buque y se graduarán por el orden inverso al de sus fechas. Los préstamos para el último

En nuestra opinión no cabe sino considerar de preferente aplicación las normas especiales ,que ,frente a las generales del artículo 581, introdujo el legislador para este caso en la Sección dedicada al contrato a la gruesa o préstamo a riesgo marítimo, i.e., las contenidas en el mencionado artículo 730¹¹⁷.

Sólo a falta de normas especiales, cual es el caso de la concurrencia de préstamos en el puerto de inicio de la expedición, entrará en juego la regla general *pari passu* del artículo 581¹¹⁸.

viaje tendrán preferencia sobre los préstamos anteriores. En concurrencia de varios préstamos hechos en el mismo puerto de arribada forzosa y con igual motivo, todos se pagarán a prorrata».

¹¹⁷ La polémica sobre este punto ya se suscitó en la doctrina francesa del pasado siglo en torno a las previsiones contenidas en los artículos 191 y 323 del Código de aquel país, a los que en definitiva siguen los comentados preceptos del texto español. En efecto, el art.323 del Código fue redactado en los siguientes términos : «*Les emprunts faits pour le dernier voyage du navire sont remboursés par préférence aux sommes prêtées pour un précédent voyage, quand même il serait déclaré qu'elles sont laissées par continuation ou renouvellement. Les sommes empruntées pendant le voyage sont préférées à celles qui auraient été empruntées avant le départ du navire : et, s'il y a plusieurs emprunts faits pendant le même voyage, le dernier emprunt sera toujours préféré à celui qui l'aura précédé.*» Los autores franceses trataron de resolver esta contradicción en función de unas sutiles distinciones que hacían alusión al momento exacto en que se contraían los distintos préstamos a la gruesa. Así se decía que el art. 323 era de aplicación para préstamos hechos en fechas distintas dentro del mismo viaje y aunque fuese en el mismo puerto, mientras que había que recurrir a la prorrata del número 7° del art. 191 cuando se trataba de varios préstamos concertados en la misma fecha. Para otros ,en cambio, había que fijarse en el puerto o puertos de conclusión del contrato como criterio principal. Si se habían celebrado en puertos distintos regía el art. 323, si en el mismo puerto, la regla de la prorrata. Esta postura parece explicar la línea seguida por nuestro legislador y plasmada en el último párrafo del artículo 730, si bien el mismo limita la aplicación de la prorrata a aquellos puertos en que se haya entrado por "arribada forzosa" y a aquellos préstamos concertados "por igual motivo" es decir para resolver la misma situación que impide al buque continuar su viaje con seguridad. V. sobre las distintas posturas en la doctrina francesa: GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, pp.150-151.

¹¹⁸Otro problema que plantea el número 9° del artículo 580 del Código es el relativo a la colocación de la prima de seguro en el mismo grado que los préstamos a la gruesa. La dificultad estriba aquí en saber como deberá distribuirse el remanente del precio de la venta entre los aseguradores y los prestamistas cuando aquel remanente es insuficiente para satisfacer íntegramente los créditos de todos ellos. En nuestra opinión, la preferencia entre clases de créditos dentro de un grado se gobierna por el artículo 581. Por ello la cantidad sobrante deberá ser distribuida a prorrata entre el crédito del asegurador y la cuantía a que ascienda el conjunto de créditos por préstamos a la gruesa. La masa así asignada a los prestamistas a la gruesa será entonces repartida entre ellos según las reglas del artículo 730 del C.

Naturalmente, una vez satisfechos los créditos privilegiados, el remanente quedará a disposición de los acreedores ordinarios¹¹⁹.

81- Los privilegios preferentes en la Ley de Hipoteca Naval.

En contraste con el régimen, relativamente sencillo, consagrado en el Código, la cuestión se complica notablemente cuando, por concurrir acreedor hipotecario naval, la preferencia ha de ventilarse a la luz de las disposiciones contenidas en la LHN.

En tales supuestos hay que estar, de un lado al art. 580 del Cód. de Co., y, de otro, a la Ley de Hipoteca Naval de 21 de Agosto de 1.893, en sus arts. 18 y 31 a 35.

Del juego de estos preceptos resulta patente el criterio del legislador, que no ha sido otro que el de establecer una doble relación de créditos. La diferencia entre ambas clases reside en que un grupo de ellos se antepone a la hipoteca naval en todos los casos, mientras que el otro grupo precisa para ser preferente a la hipoteca el requisito formal de su inscripción en el registro mercantil o, provisionalmente, en el certificado de la hoja de inscripción, que se ha de llevar a bordo¹²⁰.

de c. Aunque en unos términos para nosotros algo confusos, así parece reconocerlo GAMECHOGOICOEHEA, *op.cit.*, p.106.

¹¹⁹Aunque el Código nada dice a éste respecto, si lo hace el RRM, en cuyo artículo 185 se dispone que, "si hubo sobrante", se consigne en la inscripción de la venta que el mismo se puso a disposición de los demás acreedores (ordinarios) en un establecimiento oficial.

¹²⁰V. HERNANDEZ YZAL, *Privilegios e Hipotecas...cit.*, p. 50. En este trabajo se ofrece un cuadro de correlación de preceptos que resulta bastante útil para conseguir una rápida imagen gráfica de los créditos marítimos que resultan preferentes a la hipoteca.

Así, el art. 31 enumera los créditos que tendrán preferencia sobre la hipoteca naval sin necesidad de que consten inscritos ni anotados en el Registro Mercantil¹²¹.

Por su parte, el art. 32 contempla los créditos preferentes ,siempre que se cumplan los requisitos que señala en los siguientes arts. 33 a 35, entre los que destaca la inscripción registral del crédito, siquiera sea en la certificación de propiedad que ordena llevar a bordo el art. 612 del Cód. de Co¹²².

A estos últimos créditos, de prelación condicionada a la publicidad registral, parece que hay que añadir también el que figura en el art. 18 de la ley, *i.e.*, el precio aplazado en caso de venta de la nave, siempre que conste en el Registro Mercantil.

a).-Examen comparativo.

Del análisis de los créditos que acabamos de citar, se deduce que la Ley de Hipoteca Naval recogió como preferentes a la hipoteca la gran mayoría de los del art. 580 del Cód. de Co.

En efecto, el art. 31.1º comprende todos los créditos de naturaleza fiscal previstos en el art. 580.1º, incluyendo además

¹²¹A saber: 1º) Los impuestos o contribuciones a favor del Estado ,de la provincia ó del Municipio ,que haya devengado el buque en su último viaje ó durante el año inmediatamente anterior; 2º) Los derechos de pilotaje, tonelaje y los demás y otros de puertos, y los sueldos debidos al Capitán y tripulación ,devengados aquellos derechos y estos sueldos en el último viaje del buque; 3º) El importe de los premios de seguro de la nave de los dos últimos años, y , si el seguro fuese mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido; 4º) Los créditos a que se refieren los números 7 y 10 del Cód. de Co. (Reembolso de efectos vendidos por el Capitán e indemnizaciones a los cargadores por daños materiales.

¹²²Tales créditos son: 1º) Las cantidades tomadas a préstamo a la gruesa por el Capitán del buque durante el último viaje; 2º) El importe de la avería gruesa que corresponda satisfacer al buque en el último viaje; 3º) Los créditos refaccionarios contraídos por el Capitán ,también durante el último viaje; 4º) Los derechos o créditos litigiosos que antes de la inscripción hipotecaria hubiesen sido anotados preventivamente en el Registro, en virtud de mandamiento judicial, cuando queden reconocidos en sentencia ejecutoria , o en transacción otorgada o aprobada por todos los interesados.

expresamente los de las haciendas locales. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, mientras el Código no establece limitaciones, la L.H.N. restringe estos créditos a los correspondientes al último viaje ó durante el año inmediatamente anterior.

El número 2 del art. 31 reproduce literalmente los "derechos de puerto" reconocidos en el art.580.3°, si bien con la importante limitación de circunscribirlos a los devengados en el último viaje¹²³.

El mismo número incorpora la preferencia de los sueldos debidos al Capitán y a la tripulación en el último viaje, prevista en el art. 580.6°.

Por su parte, el número 3° del art. 31 admite, también como preferentes, el importe de los premios de seguro, crédito previsto en el art. 580.9 *in fine*, aunque establece la limitación de los últimos dos años.

Los créditos por reembolso de los efectos del cargamento vendido y por indemnización por daños a la carga (arts. 580.7 y 10 ,respectivamente) son incluidos, automáticamente y según su propio tenor, por el número 4° del art. 31 LHN¹²⁴.

¹²³En realidad la dicción del texto oficial de la Ley de Hipoteca Naval, publicado en la Gaceta de Madrid, de 23 de Agosto de 1.893, se refiere a los derechos de «pilotaje, tonelaje y los demás y otros de puerto». Se trata sin duda de un error litográfico, ya que el Código menciona «...los de mar u otros de puerto».

¹²⁴En este punto se ha mantenido que la clara formulación del art. 31 : «...sin necesidad de que consten inscritos ni anotados en el Registro Mercantil...» hace inexigible la anotación en la certificación de inscripción del buque a que se refiere *in fine* el número 7° del art. 580 del Cód.de Co., cuando se trata de dilucidar la preferencia de este crédito a la hipoteca. HERNÁNDEZ YZAL, *op.cit.*, p.60. Al respecto, se ha criticado, y con razón, la inclusión por el legislador de éste crédito en el artículo 31 LHN, cuando debería de haberlo llevado al artículo 32, en cuya sede habría encontrado su lugar natural, junto con los demás créditos que precisan de la publicidad registral para hacer valer su preferencia ante el hipotecario. Así, FONT Y VIÑALS, *op.cit.*, pp.512-513.

Los prestamos a la gruesa (art. 580.9°) son reconocidos por el art. 32.1 de la Ley de Hipoteca Naval. La limitación aquí tiene un doble sentido. Por una parte no se reconocen los prestamos tomados antes del viaje. Por otra, solo se antepone a la hipoteca los del último viaje¹²⁵.

¹²⁵De conformidad con el art. 32.1° de la LHN, sólo podrán ser preferentes a la hipoteca, los prestamos a la gruesa tomados por el Capitán, durante el último viaje.

Pero además de dicha limitación temporal general, la LHN establece la necesidad de que se cumplan una serie de requisitos para que los prestamistas a la gruesa puedan obtener la preferencia de sus créditos frente a la hipoteca.

En efecto, según el art. 33 de la LHN, para que exista la preferencia, se precisa que el préstamo se haya tomado en el caso que establece expresamente el artículo 611 del Cód. de Comercio, y observando todas las formalidades consignadas en el artículo 583 del propio Código. El art. 611 del Código establece un orden a seguir necesariamente por el Capitán para proveerse de fondos durante el viaje. Conforme a dicho orden, sólo podrá tomar cantidad a la gruesa, si no le es posible obtenerlas del consignatario del buque, corresponsal del naviero, interesados en la carga, o librando sobre el naviero. El art. 583, por su parte, exige la intervención consular (o de juez o autoridad local correspondientes) y la anotación del préstamo en la certificación de a bordo para la inscripción en el Registro en cuanto el buque regrese al puerto de su matrícula.

La anotación provisional realizada en la certificación de a bordo, surtirá todos sus efectos respecto a la preferencia, mientras el buque no regrese al puerto de salida, pero, tan pronto como se produzca dicho regreso, el dueño del buque o el Capitán deberá presentar la hoja de inscripción para que el préstamo se inscriba en el Registro mercantil, dentro del plazo de las cuarenta y ocho horas en que el buque sea admitido a libre plática. Si el puerto de regreso no pertenece al Registro mercantil en que el buque está inscrito, se presentará dentro del indicado plazo de cuarenta y ocho horas, al Juez o Autoridad local o de Marina, el cual hará constar la presentación del documento y mandará librar exhorto al punto de inscripción del buque. V. párrafos, 2°, 3° y 4° del art. 33 LHN. El art. 583 del Cód. de co., parece considerar al buque en viaje durante todo el tiempo que se encuentra fuera de su puerto de matrícula y, conforme a dicha concepción, dispone que la obligación de formalizar el contrato en el Registro, a partir de la anotación producida durante el viaje en la certificación de a bordo, surge al llegar el buque al puerto de su matrícula. Con un criterio más adecuado a la realidad del tráfico, el art. 33 L.H.N., da a entender que la obligación de inscribir al término del viaje nace en el momento en que el buque llega al primer puerto español, en el cual deberá presentarse el documento al Juez o Autoridad local o de marina, quienes mandarán librar exhorto al lugar de inscripción.

Siempre que la inscripción se efectuó en el plazo de cuarenta y ocho horas, sus efectos de preferencia se retrotraerán al momento en que se hizo la anotación en el certificado de a bordo. Por el contrario, la inscripción en el Registro fuera de plazo, sólo surtirá su efecto frente a terceros desde la fecha de dicha inscripción. Esta parece ser la interpretación que hay que dar al último párrafo del art. 33 LHN: «Hecha la presentación dentro de ese plazo, la inscripción surtirá el efecto de conservar la preferencia que establece el artículo anterior, para todos los demás que la ley atribuye a la inscripción, se considerará como fecha la del día en que se anotó provisionalmente la certificación de inscripción de propiedad del buque. Si se presentase después del indicado plazo, surtirá su efecto, pero sólo desde la fecha de la inscripción del Registro mercantil».

Por otra parte, si bien la ley impone al Capitán y al propietario del buque la obligación de instar las oportunas inscripciones, ha tenido en cuenta

Los créditos refaccionarios contraídos por el Capitán durante el último viaje son igualmente aceptados como preferentes a la hipoteca por el art. 32.3^o¹²⁶ , mientras que el art. 18 incluye asimismo, como crédito que puede perjudicar a la hipoteca, el del pago aplazado por la venta del buque. Ambos créditos aparecen en el 8° del art. 580.

Respecto a la venta, la LHN distingue entre la adquisición del buque mediante compraventa y mediante construcción , incluyendo los créditos del último vendedor y del constructor, mientras que el Código privilegia éstos últimos sólo cuando «no hubiera navegado». Junto a los refaccionarios de construcción se incluyen los de reparaciones realizadas en el puerto de matrícula. En cualquier caso, la preferencia de todos éstos créditos sólo opera frente al hipotecario si constan inscritos en el Registro Mercantil (art.18 LHN) y se han cumplido los demás

la necesidad de dispensar una cierta protección a los prestamistas ante la posible inacción de aquellos, permitiendo a éstos realizar también las operaciones precisas para que su crédito obtenga prelación sobre la hipoteca. Así se entiende el último párrafo del art. 33 de la L.H.N. «Sin perjuicio de las obligaciones que este artículo impone al dueño y al Capitán , los prestamistas o las personas a quienes ellos lo encomendaren, podrán gestionar la inscripción del préstamo en el Registro».

¹²⁶Para que estos créditos refaccionarios contraídos por el Capitán durante el último viaje tengan preferencia sobre la hipoteca, han de concurrir los requisitos determinados en el art. 35 de la LHN, que son los siguientes: 1°)Que la reparación del buque se haya hecho en casos de urgencia y que sean las absolutamente precisas para que pueda continuar y concluir su viaje, obrando en todo caso de acuerdo con el consignatario del buque si este existiera en el lugar correspondiente (cfr. número 1° art. 35 L.H.N. y regla 6° art. 612 Cód.de Comercio); 2°)Que para hacer las reparaciones y contraer los créditos refaccionarios se haya procedido con intervención judicial, consular o de la autoridad local , realizándose las oportunas anotaciones provisionales en el certificado de a bordo (Cfr. números 2° y 3° del art. 35 L.H.N. y art. 583 Cód.de Co.).

Por lo demás, como en los casos de prestamos a la gruesa y de los créditos contra el buque por avería gruesa, contraídos durante el viaje, la anotación provisional surtirá todos los efectos respecto a la preferencia mientras el buque no regrese al puerto de salida, siendo aplicables las mismas reglas respecto a los plazos y respectivos efectos de inscripción definitiva en el Registro. Así, el penúltimo párrafo art. 35 L.H.N.:«La anotación provisional surtirá todos los efectos respecto a la preferencia mientras el buque no regrese al puerto de salida, siendo aplicables todas las disposiciones que contiene el artículo 33 en sus párrafos tercero y cuarto».

requisitos formales previstos por la Ley¹²⁷.

Finalmente, el artículo 36 LHN cierra el sistema, estableciendo un doble principio general, característico del derecho hipotecario. En su virtud, por una parte, ningún crédito que no este inscrito en el Registro Mercantil correspondiente

¹²⁷La LHN. precisa los requisitos que habrán de cumplirse para que dichos créditos puedan ser inscritos en el Registro Mercantil y, con ello, puedan gozar de preferencia sobre la hipoteca (arts. 19 a 23).

Así, para que pueda inscribirse el crédito por el precio de venta del buque que no se paga al contado, es indispensable que así se exprese en el contrato, fijándose en cantidad líquida y determinada el precio que se aplaza, fecha en que ha de satisfacerse, interés que devenga, si lo hubiere, y las demás condiciones con que se consiente el aplazamiento. (art. 19 LHN.).

Por lo que se refiere al crédito refaccionario, es preciso que el acreedor presente en el Registro de buques el contrato por escrito, en cualquier forma celebrado con el deudor, para anticiparle, de una vez o sucesivamente, cantidades para la construcción o reparación de la nave objeto de la refacción (art. 20 LHN). Este precepto contiene un último párrafo que dice: «Esta anotación surtirá todos los efectos de la hipoteca». Es difícil saber que quiso decir el legislador con ello, suscitándose, en particular, la cuestión de si el art. 20 de la LHN ha querido dotar de naturaleza real al crédito refaccionario inscrito, otorgándole reipersecutoriedad.

Por otra parte, a diferencia del precio aplazado de la venta, no es requisito imprescindible para el refaccionario que conste determinada la cantidad líquida de los prestamos. Así lo dispone el art. 21 de la ley de hipoteca naval: «No será necesario que los títulos en cuya virtud se pida la anotación de créditos refaccionarios determinen fijamente la cantidad de dinero o efectos en que consisten los mismos créditos, bastando que contenga los datos suficientes para liquidarlos al terminar las obras contratadas».

Puede ocurrir que la refacción se realice en un buque que ya se encuentra hipotecado, debiendo entonces resolverse el problema de la concurrencia entre acreedor hipotecario, primero en fecha, y acreedor refaccionario posterior. De ello se ocupan los arts. 22 y 23 de la LHN, estableciendo que habrá de determinarse, por convenio entre acreedor hipotecario y dueño del buque o por providencia judicial, cual es el valor de la nave antes de empezar las obras y cual el objeto de la refacción, conservando la preferencia el hipotecario solamente por un valor igual al declarado antes de la realización de las obras.

Los arts. 25 y 26 detallan los datos que, conforme a lo anteriormente señalado, han de hacerse constar en la inscripción registral del precio aplazado de la venta y del crédito refaccionario.

A éste último respecto hay que observar que la obligación impuesta por el Art. 166 del R.R.M de que se expresen en la inscripción de la venta de un buque con precio aplazado, además de las circunstancias enumeradas en la L.H.N., que la parte del precio aplazado queda garantizada con pacto resolutorio expreso de la venta o con hipoteca especial ha sido considerada acertadamente como opuesta a las normas de la LHN (art.19) que no pueden ser modificadas por una disposición de mero rango reglamentario, cual es el caso del Reglamento. Así FOSSAR, quien aconseja al Registrador mercantil, «atenazado entre el tenor de la Ley de Hipoteca Naval y de su propio Reglamento» que se abstenga de calificar la falta de garantía real del precio aplazado como efecto subsanable o insubsanable y se limite a inscribir el aplazamiento del precio, haciendo constar, no obstante, la inexistencia de la garantía especial exigida por el art. 166 del RRM. V. sobre este punto y sobre las causas que motivaron la final redacción del art. 19 de la LHN, FOSSAR, *op.cit.*, pp.1513-1515.

tendrá preferencia sobre la hipoteca naval, con excepción de los enumerados en el art. 31, y por otra, los actos y contratos relativos a una nave que sean inscribibles en el Registro Mercantil no surtirán efecto respecto a terceros sino desde la fecha de su inscripción, a salvo de lo dispuesto en el artículo 32¹²⁸. El mismo precepto se cuida también de excluir cualquier pretensión de preferencia, sobre los créditos inscritos, de la hipoteca legal tácita de la mujer casada¹²⁹.

A la vista de cuanto antecede puede afirmarse que la LHN siguió un criterio bastante generoso a la hora de seleccionar los créditos marítimos privilegiados que habrían de anteponerse

¹²⁸En realidad, la salvedad que hace el último párrafo del art. 36 de la L.H.N. debería haberse hecho también a los artículos 33, 34 y 35, que son los que aclaran que la eficacia frente a terceros y la preferencia frente a la hipoteca de los créditos enumerados en los tres primeros números del artículo 32, se puede producir desde la fecha de la anotación provisional de dichos créditos en el certificado de a bordo, anotación que servirá después para realizar la inscripción definitiva en el Registro. Así nos lo dice el art. 159 del RRM: «La inscripción a que se refieren los artículos 32 a 35 de la Ley de Hipoteca Naval, en garantía de los créditos preferentes por préstamo a la gruesa, avería y créditos refaccionarios, se efectuará en virtud de la anotación provisional practicada, conforme a dichos artículos, en la certificación que el capitán debe llevar a bordo, con arreglo al artículo 612 del Código de Comercio».

¹²⁹La explicación del segundo párrafo del artículo 36 de la L.H.N. reside en la voluntad del legislador de deshacer el equívoco a que podría conducir la interpretación del artículo 21.9 del C. de c., en el que se regulaba la inscripción de los créditos dotales o parafernales en el libro de comerciantes individuales, equívoco consistente en que los terceros podrían entender que tales créditos quedaban privilegiados por el sólo hecho de estar inscritos en el Registro, en los términos del artículo 36 §1 de la L.H.N. Constituye así, el segundo párrafo, una excepción de la regla del primero, de modo que el derecho de la mujer casada no puede perjudicar a terceros hipotecarios sino cuando conste a su favor hipoteca expresa y debidamente inscrita en garantía de su crédito matrimonial. Tal como se ha observado, el problema, aunque ciertamente marginal, no carece plenamente de actualidad, al menos en las provincias catalanas, donde aún se presentan frecuentes casos de constitución de dotes o parafernales entregados y algunos supuestos de naviero individual, siendo la inscripción de éste último, no lo olvidemos, obligatoria. Por otra parte, según autorizada opinión, la mujer sólo tendrá derecho a exigir la hipoteca legal cuando la entrega de dote o de los parafernales constare en escritura pública, sin perjuicio de que pueda exigir la constitución de hipoteca legal en garantía de dote confesada (art. 170 §2 de la L.H.). Dudosa resulta, en cambio, la posibilidad de constituir hipoteca voluntaria en garantía de dote confesada, a la luz de cierta doctrina sentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado. V. FOSSAR, *op.cit.*, p.1524.

a la hipoteca. No solo recogió, aunque a veces con algunas condiciones o limitaciones, la mayoría de los que aparecían reconocidos en el art. 580 del Cód. de Co., sino que incluyó uno nuevo: el importe de la avería gruesa, que corresponda satisfacer al buque en el último viaje (art. 32.2°)¹³⁰.

¹³⁰La avería gruesa no figura entre los créditos contemplados en el art. 580 del Cód. de co. Sin embargo, es uno de los señalados como preferentes sobre la hipoteca en el art. 32 de la LHN, siempre y cuando cumpla una serie de condiciones que la propia ley establece.

Se trata de las cantidades debidas por el naviero como consecuencia de su obligación de contribuir a la avería gruesa producida durante el último viaje.

Las condiciones vienen establecidas en el art. 34 de la L.H.N.. Conforme a este precepto, es necesario, en primer lugar, que los actos de avería gruesa se hayan desarrollado según las previsiones que al efecto contienen los arts. 813 y 814 del Cód. de Comercio. Estos preceptos prescriben una serie de formalidades que habrá de seguir el Capitán con carácter previo y posterior a la realización del acto constitutivo de la avería, a saber: Deliberación con los oficiales e interesados en la carga que se hallaren presentes; anotación del acuerdo adoptado, de sus circunstancias y de las medidas adoptadas en el Diario de Navegación; firma de todos los presentes que participaron en el acuerdo; y entrega de una copia del acta a la autoridad judicial marítima del primer puerto de arribada. Sin embargo, el Capitán podrá prescindir de la previa deliberación si la urgencia del caso fuere tal que faltase el tiempo necesario para ello, pudiendo obrar por sí, siempre que mediasen causas irresistibles y urgentes, en cuyo caso el acta deberá ser firmada por el Capitán y los oficiales del buque.

En segundo lugar, los gastos que se hayan hecho y los daños que se hayan causado han de "corresponder" a la avería gruesa (art. 34.2° L.H.N.). Quiere ello decir que dichos actos han de ser calificados como avería gruesa de acuerdo con la disciplina convencional (Reglas de York y Amberes) que rija el contrato o contratos de transporte en el curso de cuya ejecución se produce dichos actos o, en su defecto, según las reglas que, para la avería gruesa, se contienen en el Código de Comercio (art. 811).

En tercer lugar, la justificación de la avería ha de hacerse siempre con intervención de la autoridad judicial española, si fuere español el puerto de arribada o el de descarga; y si fuere extranjero, con intervención de la autoridad consular (o, si no existiese, de la autoridad local), debiendo anotarse el resultado en la certificación de inscripción de la propiedad que debe llevar el Capitán (art. 34.3° L.H.N.). La justificación del acto de avería gruesa se hace mediante presentación del Capitán de copia del acta correspondiente a la autoridad judicial del primer puerto de arribada, dentro de las veinticuatro horas de su llegada, rificándola después, dentro de las veinticuatro horas de su llegada al puerto de destino, entendiéndose por tal, el de la descarga de las mercancías correspondientes (cfr. arts. 612, 814 y 846.1° del Código de Comercio y art. 2.173 L.E.C.).

Por último, la liquidación de la avería se ha de efectuar con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio, debiendo consignarse su resultado en la certificación de a bordo (art. 34.4° L.H.N.). El procedimiento de liquidación de la avería gruesa es regulado por los arts. 851 a 868 del Código de Comercio. No obstante dichos preceptos tiene carácter dispositivo, pudiendo los interesados convenir acerca de cualquier otro procedimiento de liquidación, tal y como dispone el art. 846 del mismo Código).

La naturaleza dispositiva de las normas reguladoras de la liquidación de la averías gruesa ha hecho que, en la práctica, estas sean liquidadas siempre por liquidadores privados y según un procedimiento acordados por las partes. Dado que el art. 846 del Código forma parte de las "disposiciones" a que se remite el art. 34.4° de la L.H.N., puede entenderse que la liquidación privada de la avería gruesa cumple con el requisito previsto en dicha norma. En

De hecho, los únicos créditos marítimos de la lista del art. 580 del Cód. de Co. que han quedado preteridos a la hipoteca han sido los originados por la conservación del buque desde su entrada en el último puerto, esto es los salarios de los depositarios y guardianes y alquiler de almacén para custodia de buque y aparejos hasta su venta (art. 580.5° y 6°) y los créditos de los provisionistas, es decir, los derivados de equipar y proveer al buque de víveres y combustibles en el último viaje (art. 580.8° *i fine*)¹³¹.

cualquier caso debería darse la audiencia al acreedor hipotecario que señala el penúltimo párrafo del art. 34 de la L.H.N.: «Si la liquidación se verifica en puerto español del domicilio del dador del préstamo, éste será citado para intervenir en la liquidación de la avería; pero su derecho quedará limitado en este caso a consignar su protesta cuando, a su juicio, no se hubiere procedido con arreglo a derecho. Si no consigna protesta alguna, se entiende que consiente en la liquidación de la avería, y perderá todo derecho para impugnarla».

La anotación provisional de la justificación y de la liquidación en el certificado de a bordo surte sus efectos respecto a la preferencia mientras el buque no regrese al puerto de salida. Por lo demás, llegado el buque a dicho puerto (entiéndase al primer puerto español) se aplican las mismas normas que en el caso de préstamo a la gruesa concertado durante el viaje, es decir el Capitán o propietario del buque (o en su defecto los acreedores interesados) habrán de hacer inscribir el crédito en el Registro dentro del plazo de las cuarenta y ocho horas de la llegada, retrotrayéndose entonces la fecha de la preferencia al momento de la anotación provisional. Si la inscripción se hace fuera de dicho plazo, sólo desde la fecha de la misma podrá oponerse la preferencia al acreedor hipotecario. Así, el último inciso del art. 34 LHN: «La anotación provisional de la justificación de la avería, lo mismo que la anotación provisional de su liquidación, surtirá todos sus efectos respecto a la preferencia mientras el buque no regrese al puerto de salida, siendo aplicables todas las disposiciones que contiene el artículo anterior en sus párrafos 3° y 4°».

Hay que tener en cuenta que, en la práctica, no se suelen anotar nunca los créditos por avería gruesa, ni en la certificación de a bordo, ni en el Registro Mercantil, por lo que, aún admitiéndose la hipótesis de que la liquidación privada de la avería cumple con el requisito del número 4° del art. 34 L.H.N., no resulta posible que dichos créditos gocen de preferencia sobre la hipoteca.

¹³¹Estos créditos por suministros no deben confundirse con los refaccionarios, que son los correspondientes a obras y reparaciones. Según el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, por crédito refaccionario hay que entender aquel que procede de dinero invertido en fabricar o reparar una cosa. No parece que quepa, por tanto, incluir en este concepto a los créditos por provisiones y pertrechos que nada tienen que ver con la reforma del buque como máquina o estructura. Por el contrario, siempre que la LHN habla de créditos refaccionarios hay que entender comprendidos tanto el procedente de dinero prestado para construir o reparar el buque, cuanto los trabajos hechos por el constructor o reparador. Así, GAMECHOGOICOEHEA, *op. cit.*, p. 98.

Por otra parte, los créditos establecidos en el número 2° del artículo

b).-Comentario crítico.

Este prolijo y complejo sistema prelativo suscitaría pronto algunas reacciones críticas de distinto signo¹³². A veces, se ha echado en falta, sin más, una mínima coherencia en la tipología de los créditos elegidos¹³³. Otras se ha puesto el acento en la postergación que el régimen supone para la hipoteca naval, pues ésta queda relegada, nada menos, que al décimo lugar jerárquico¹³⁴. Y, en fin, también se ha reparado en la

580 del C6.de Co., esto es, las costas judiciales del procedimiento, no figuran como preferentes en la LHN. Sin embargo, como ha observado CORA RODRIGUEZ, el importe de la tasación de costas está siempre asegurado, como el de todos los procedimientos judiciales, ya que, en definitiva, corre a cargo del ejecutante, sin perjuicio de sus facultades de repetición contra quien proceda. CORA RODRIGUEZ, *op.cit.*, p.109.

¹³²Los defectos atribuidos a la LHN no son más que un reflejo de la heterogeneidad que caracterizaba al sistema del Código. El legislador de 1893 debió de ponderar los diversos intereses en juego y elegir aquellos créditos que deberían anteponerse o no a la hipoteca. En dicho proceso de elección tendría una indudable influencia la tradición histórica de los privilegios marítimos, recogida en el nuevo Código de Comercio, hasta el punto de que la elección de aquel discurriría siempre dentro de los cauces que le ofrecía el Derecho codificado, sin que en ningún momento se aventurase a transitar fuera de ellos para intentar construir un sistema original, más acorde con las necesidades del tráfico jurídico. Y de esa postura conservadora, transida de prudencia, somos todavía tributarios.

¹³³Así, al respecto, decía FONT Y VIÑALS que la separación entre los acreedores de los artículos 31 y 32 no obedecía a una regla segura y que «no será la forma de los créditos o el documento en que se encuentren justificados lo que haya decidido a dar preferencia a los comprendidos en el artículo 31; tampoco respecto a todos, habrá de atribuirse a su naturaleza, concepto o causa...». V.FONT Y VIÑALS, *op.cit.*, pp. 512-513.

¹³⁴Como ha puesto de manifiesto MONFORT BELENGUER, la determinación del lugar que corresponde a la hipoteca sólo es posible después de una labor de examen de los artículos 31 y ss. ; 18 y ss. de la LHN y del art. 580 del C. de c., pues la LHN no dice expresamente cual es el orden de prelación del acreedor hipotecario. Estas son algunas de sus palabras: «...el décimo lugar, reservado para la hipoteca, surge espontáneamente y sin determinación categórica, por ser éste el primer espacio libre del orden preferente estatuido taxativamente por la ley». Dicho orden es, según MONFORT BELENGUER, el siguiente : 1º) Los impuestos y contribuciones relativos al último viaje o al año inmediatamente anterior; 2º) Los derechos de pilotaje, tonelaje, etc., y los sueldos del capitán y tripulación devengados unos y otros en el último viaje; 3º) El premio del seguro del buque referente a los dos últimos años y a los dos últimos dividendos si fuese mutuo; 4º) El importe de la carga vendida por el capitán para reparar el buque, el de las mercancías embarcadas y no entregadas en destino, y el de las averías a cargo del buque, de cualquier viaje; 5º) Las cantidades tomadas a préstamo a la gruesa por el capitán durante el último viaje; 6º) El importe de la avería gruesa relativo al último viaje, respecto a la parte que corresponda satisfacer al buque; 7º) Los créditos refaccionarios contraídos por el capitán durante el último viaje;

desafortunada formulación del artículo 36 de la LHN, en la medida en que puede conducir a situaciones que hagan preferente sobre la hipoteca un mero crédito personal por el sólo hecho de su inscripción en el Registro¹³⁵.

8°) Los derechos o créditos litigiosos anotados preventivamente en el Registro con anterioridad a la inscripción hipotecaria; 9°) El precio aplazado en caso de venta de la nave y los créditos refaccionarios en general, sin relación a viaje alguno, también anotados preventivamente en el Registro; 10°) Los créditos provenientes de hipoteca naval. En esta relación puede comprobarse el carácter complejo o múltiple de los grados 2°; 4°; y 9°, lo que, de hecho, supone que la hipoteca quede aún mas relegada. Con todo, para MONFORT BELENGUER el verdadero talón de aquiles de la hipoteca no es el remoto grado que posee en el orden prelativo, sino el hecho de que la L.H.N. desconoce, en muy importantes aspectos, el principio *qui prior est tempore potior est iure*, que constituye el mas sólido apoyo de la institución hipotecaria. Este es el caso de los créditos señalados en el 5°; 6° 7° y 9° lugar, que son capaces de perjudicar a la hipoteca aunque su fecha de inscripción en el registro sea posterior a la de la de aquella. Tras la hipoteca naval, el orden de prelación se continúa con los créditos señalados en los números 2°; 4°; 5° y 9° del artículo 580 del C. de c. V. MONFORT BELENGUER, *En torno...cit.*, pp. 438-439.

¹³⁵En efecto, uno de los mayores fallos que se han atribuido a la L.H.N. es el que plantea la interpretación de sus artículo 36. Su dificultad reside en que , al señalar dicho precepto que ningún crédito, a salvo los enumerados en el art. 31, tendrá preferencia sobre la hipoteca naval si no está inscrito en el correspondiente Registro Mercantil, parece configurar un sistema según el cual los créditos personales inscritos afectan a la hipoteca , aún cuando, por su naturaleza, estén desprovistos de toda repercusión jurídico real sobre el buque.

En efecto, el acceso al registro , expresamente previsto para el caso del precio aplazado de la venta del buque y para el crédito refaccionario en los arts. 18 a 23 de la L.H.N., puede lograrse por cualquier procedimiento que permita la inscripción de un crédito personal contra el propietario del buque , con lo que se puede ver afectada la fortaleza de la preferencia hipotecaria que quiso establecer el legislador.

En este sentido FOSSAR interpreta el art. 36 pronunciándose contundentemente a favor de la preferencia sobre la hipoteca de cualquier crédito que "afecte al buque", aún cuando no realmente, y siempre que este inscrito en el Registro Mercantil. Consecuentemente, sintetiza dicho autor el sistema de preferencias sentado por la L.H.N. del siguiente modo : a) créditos del art. 31 que no precisan inscripción; b) créditos que obtienen su preferencia mediante su inscripción en el Registro previa la fase de publicidad provisional en el «folio volante» de la certificación de inscripción de a bordo, ésto es, los regulados en los arts. 32 s 35; c) créditos personales relativos al buque pero sin caracteres de derecho real, previa inscripción en el Registro de fecha anterior a la hipoteca (art. 36); d) créditos refaccionarios del buque, sobre el aumento del valor experimentado por la refacción , siempre que se cumplan los requisitos fijados en los arts. 20 a 23 L.H.N.V.FOSSAR, *op.cit.*, pp.1516-1518.

Por su especial interés reproducimos parte del texto en el que el autor refuta cualquier posición contraria a admitir la inscripción de derechos personales en el Registro por analogía con el Registro de la Propiedad al que sólo pueden llegar derechos reales : «...nada tiene de extraño y aberrante el que el Registro, abierto a cada buque, publique situaciones jurídicas de crédito que adquieren preferencia sobre la hipoteca naval en virtud de la mera inscripción. El sistema de publicidad de los gravámenes relativos al buque, menos evolucionado y menos atento a la seguridad del tráfico naval que a la seguridad del derecho del acreedor del buque, permite que un mero crédito personal goce de tal preferencia por el mero hecho de estar inscrito en el Registro mercantil. El acreedor hipotecario naval debe consultar el Registro

c).-Conclusión sobre las preferencias en las normas de origen interno.

En resumen, y en lo que respecta a la colisión entre privilegiados e hipotecarios, podemos decir que la preferencia ha de resolverse ,sucesivamente, por el orden expresado en los artículos 31 y 32 de la LHN, colocándose a continuación, en su caso, los créditos por venta, construcción o refaccionarios de los artículos 18 y ss. LHN. Vendrá después la hipoteca naval y ,tras ella y sucesivamente, los que figuran en los números 2°; 4°;5° y 9° del C. de c¹³⁶.

Por otra parte, parece acertado el criterio según el cual la falta de precisión de normas relativas a la justificación del privilegio debe suplirse con una aplicación supletoria del régimen previsto en el artículo 580 del C. de c. Así, bastaría la certificación oficial expedida por la autoridad tributaria competente para los créditos a favor de la Hacienda Pública; la

del buque y comprobar que ningún crédito está inscrito con anterioridad al suyo propio; de otro modo debe sufrir la preferencia. Ello no significa que el Registro convierta en derechos reales los meros créditos personales , pues de ninguna manera existe aquí el derecho de persecución del buque inherente a todo derecho real, sino un mero derecho de preferencia frente al acreedor hipotecario naval, que evidentemente perturba su posición privilegiada , y que puede ser hecho valer en vía de ejecución hipotecaria, como tercería de mejor derecho.» V.FOSSAR, *ibíd*, p. 1518. Pero ¿cuales son los casos en que un crédito meramente personal tiene acceso al Registro de buques?. FOSSAR responde a esta pregunta diciendo que cualquier crédito contra el propietario del buque puede ser anotado en el Registro si se convierte en litigioso y el Juez lo ordena mediante el oportuno mandamiento, tal y como lo reconoce el art. 32.4° de la L.H.N.Así, un simple préstamo, una liquidación de cuentas derivadas del comercio marítimo o cualquier otro crédito personal puede acceder al Registro y anteponerse a la hipoteca. *ibíd*, p. 1521.

¹³⁶En realidad, la práctica judicial hará que las costas judiciales (n°. 2°, C. de c., sean siempre satisfechas con absoluta preferencia. El orden que hemos señalado es seguido también por MONFORT BELENGUER, *op.cit.*, p.439. Pero no por GAMECHOGOICOECHEA, quien estima que el orden de numeración empleado por los artículos 31 y 32 de la LHN no implica jerarquía alguna, debiendo determinarse ésta exclusivamente por el artículo 580 del C. de c. V. GAMECHOGOICOECHEA, *op.cit.*, p.108.

de los funcionarios encargados de la recaudación para los derechos de puerto, etc¹³⁷.

Finalmente, y de gran interés para nosotros, hay que descartar toda posibilidad de que los créditos personales inscritos puedan anteponerse a los privilegios. En efecto, el hecho de que el artículo 36 LHN pueda hacerlos preferidos a la hipoteca (aún careciendo de reipersecutoriedad) no significa, de ningún modo, que dichos créditos personales puedan ganar en rango a los privilegios marítimos. La L.H.N. únicamente se ocupa de regular los créditos preferentes a la hipoteca y no a otros a los que el ordenamiento privilegia con la garantía real del buque¹³⁸.

82.- Los privilegios generales del crédito laboral y los créditos de la seguridad social.

La presencia en nuestro Ordenamiento del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, obliga a examinar la imbricación de los privilegios salariales allí establecidos en el sistema prelativo general de los privilegios marítimos.

Al respecto hay que tener en cuenta que nuestro Código de Comercio tan sólo proporciona privilegio al crédito marítimo salarial devengado en el último viaje (art. 580-6° C. de c.).

En primer lugar conviene aclarar que la protección privilegiada que ofrece el artículo 32 del ET a los créditos salariales, en general, carece de todo efecto real y agota sus

¹³⁷En este sentido se pronuncia FONT VIÑALS, *op.cit.*, pp. 510-511.

¹³⁸Esta realidad es así expresada por FOSSAR: «Ni siquiera puede gozar tal crédito de preferencia especial frente a otros créditos no hipotecarios, pues la Ley de Hipoteca naval no pretende sino regular los créditos preferentes a la hipoteca naval, pero no resolver enteramente el espinoso problema de los créditos privilegiados sobre el buque». *op.cit.*, p.1518.

efectos en el plano personal del empleador-deudor¹³⁹.

En cualquier caso, las enérgicas preferencias consagrada por el mencionado precepto¹⁴⁰ son eficaces frente a cualquier

¹³⁹Desde un punto de vista sustantivo precisa RIOS SALMERON que la preferencia asignada al salario responde a la noción de privilegio, en sentido estricto, sin que quepa insertarla el contenido de un derecho real de garantía, ya que, aquel, a diferencia de éstos últimos, posee un alcance meramente personal sin que pueda hacerse valer frente a terceros adquirentes. Este autor define al privilegio *strictu sensu*, como «aquella ventaja prelativa que se hace valer frente a otros acreedores con ocasión de la concurrencia de todos sobre los bienes de un deudor común». Pero, por el contrario, opina que las preferencias del crédito salarial contenidas en las leyes marítimas, al recaer precisamente sobre el buque, constituyen privilegios con carga real ya que pueden ser esgrimidos frente a terceros. *op.cit.*, p.122.

¹⁴⁰En el análisis del artículo 32 del E.T. se distinguen dos ordenes de intensidad de la preferencia del crédito salarial.

El primero comprende los salarios que se anteponen siempre a la hipoteca y a cualquier garantía real, a saber, los salarios de los últimos treinta días, cubiertos por un privilegio general extraordinario o superprivilegio (número 1), y los salarios que se cobran con el valor de los objetos elaborados en la empresa, que gozan de un privilegio especial refaccionario (número 2).

El segundo orden incluye todos los salarios distintos de los anteriores, privilegio general ordinario (número 3), los cuales se anteponen a cualesquiera créditos no laborales, pero quedan pospuestos a los "créditos con garantía real, en los supuestos en que estos, con arreglo a la Ley Hipotecaria, sean preferentes". V. estos términos en RIOS SALMERON, *op.cit.*, pp.122-124, donde nos explica que se habla de privilegio "general" para expresar que aquel recae sobre todo el patrimonio del deudor, y el de "extraordinario" en atención a la enérgica prioridad con que la preferencia ha sido concebida.

Estos últimos se sitúan, por tanto, como frontera o línea divisoria entre los dos ordenes de créditos salariales comentados, resultando por ello necesario atribuir a aquellos un más exacto significado.

Para RIOS SALMERON, la expresión empleada por el número 3 del art. 32 del E.T., sólo puede entenderse si se repara en sus antecedentes históricos. De un somero análisis de los artículos procedentes de la L.H. de 1.861; L.E.C. de 1.855 y del Código de Comercio, obtiene la conclusión de que para que un crédito llene los requisitos exigidos por la citada norma, debe contar con una doble contextura real-registral, es decir debe ser capaz de desplegar algún tipo de derechos reales y ha de estar amparado en la publicidad proporcionada por un registro *ad hoc*.

Tal calificación produce la inmediata consecuencia de que cualquier crédito o situación jurídico-real que no haya sido llevada al registro, quedará pospuesta al privilegio general ordinario del crédito salarial. Sin embargo, y tal como afirma el propio RIOS SALMERON, esta consecuencia conoce alguna excepción, cual es la de las hipotecas legales tácitas de los arts. 194 y 195 de la Ley Hipotecaria, y, «también, seguramente los privilegios marítimos que con alcance real se anteponen, de manera igualmente tácita, a la hipoteca naval». El autor que glosamos opina que la norma del número 3 del art.32 E.T., parecida a la del art. 914.1º del Código de Comercio de 1.985, sólo se explica remontándonos al art. 26 de la Ley Hipotecaria de 1.861, y al art. 592 de la L.E.C. de 1.885.

Según esta última Ley los créditos "singularmente privilegiados" (entre los que se contaban los créditos por trabajo personal) gozaban, a mediados del siglo XIX, de prelación sobre los créditos garantizados con hipoteca. Consecuentemente, lo que el E.T., en línea con la L.H. y el Cód. de Co., ha querido decir es que la preferencia por salarios queda sometida al principio de publicidad registral, que ampara a quienes se convierten en acreedores confiando en el contenido de los libros del Registro. Claro es que, si en el propio ámbito del derecho hipotecario, dicho principio cede ante situaciones jurídicas como las hipotecas legales tácitas, nada parece oponerse

empresario, incluido el naviero, quien habrá de responder de las obligaciones salariales que contraiga con todo su patrimonio.

Ahora bien, cuando el bien apremiado es un buque, el sistema se inmiscuye en las reglas especiales de Derecho marítimo que regulan la preferencia privilegiaria e hipotecaria naval. Y con ello la cuestión adquiere singular complejidad¹⁴¹.

RIOS SALMERON ha sintetizado el régimen de preferencias para tal supuesto. La situación sería la siguiente: 1°) Preferencia absoluta de los salarios de los últimos treinta días (superprivilegio del n°.1 del art. 32 E.T.) o por tareas de construcción (privilegio especial refaccionario del n°. 2 del

a que éstas (y con ellas, por poseer igual funcionamiento, los privilegios marítimos) constituyan también excepción en el concreto caso del crédito salarial. *op.cit.*, p.123.

Por lo que se refiere al exacto contenido del crédito de cuya tutela se ocupa el art. 32 del E.T., hay que tener en cuenta que la referencia literal del mismo es el "salario", lo cual no es de extrañar si se tiene en cuenta el restringido concepto de salario que ofrece el art. 26 del E.T., el cual excluye expresamente a las indemnizaciones. En este sentido, RIOS SALMERON, cita la STS, de 12 de Febrero de 1.985, en la que se denegó la ejecución social separada de una suspensión de pagos en curso, en base a que el crédito laboral apremiado consistía en indemnizaciones por resolución del contrato, ex art. 50 E.T. Sin embargo, el mismo autor, piensa que el asunto no puede darse por definitivamente resuelto, alegando que sigue sin explicarse el significado del término "salario" en el contexto del art. 33 del E.T., según el cual tanto los salarios como las "indemnizaciones por cese", anticipados por el Fondo de Garantía, "conservan" el carácter de privilegiados que les otorga el anterior art. 32. Además cita alguna jurisprudencia que puede ofrecer una interpretación favorable a una aceptación amplia del término salario. V. RIOS SALMERON, *op.cit.*, p.135.

¹⁴¹ Los buques en construcción merecen mención especial de RIOS SALMERON, en el sentido de que, al no haber surgido aún los privilegios típicamente marítimos derivados de la navegación, la cuestión de las preferencias queda enormemente simplificada. En este caso, el buque es un "objeto elaborado" por el empresario deudor, por lo que, en el terreno laboral, jugaría el privilegio especial refaccionario del número 3 del art. 32 del E.T., anteposible a la hipoteca del buque en construcción. La única dificultad aquí radica en determinar si el empresario constructor es o no titular dominical del buque, problema directamente vinculado con el más general y controvertido de la naturaleza jurídica del contrato de construcción naval. Si seguimos la postura mayoritaria, que hace propietario al astillero constructor siempre que éste suministre los materiales, parece claro que el órgano de la jurisdicción social que resulte competente podrá embargar y vender el buque para satisfacer las deudas salariales con el precio obtenido. Si el naviero, por considerarse propietario, no admite semejante procedimiento, podría intentar la tercería de dominio, con posibilidades más bien escasas. V. RIOS SALMERON: *op.cit.*, pp. 150-151.

art. 32 E.T.). Esta preferencia alcanza a todos los créditos del derecho marítimo (art. 580 y LHN) y opera con independencia de que concurren o no acreedores por hipoteca naval; 2°) Preferencia "relativa" de los demás salarios, protegidos por un privilegio general ordinario (n° 3 del art. 32 E.T.). Estos créditos se posponen a la hipoteca naval y, con ella, necesariamente a los privilegios marítimos que la ganan en jerarquía.

En el supuesto de que no existieren acreedores hipotecarios, el privilegio general ordinario queda pospuesto a los privilegios marítimos¹⁴².

Esta solución es posible, claro está, en la medida en que el buque ejecutado no haya salido del patrimonio del empresario deudor, pues de otro modo el artículo 32 carece de virtualidad¹⁴³.

¹⁴²Esta es la interpretación mas conforme con nuestra tradición, en cuyo apoyo puede traerse el artículo 51 de la L.H.N., que une la suerte de los privilegios marítimos de su art. 31 a la de la hipoteca naval, en los supuestos de ejecución concursal universal. En este sentido dice RIOS SALMERON: «Repárese, en apoyo de esta solución, que cuando un propietario de buque hipotecado es declarado en quiebra o concurso, los créditos que tienen prelación sobre el hipotecario, se consideran incluidos entre los asegurados igualmente con hipoteca, pero inmobiliaria, a que se refiere el artículo 1.923 Código civil y el art. 914 Código de comercio; es decir, que es el propio legislador el que propicia una caracterización de estos créditos como hipotecas legales tácitas, que como tales (y con efectos parecidos a los que produce la reconocida en favor del fisco y de los aseguradores), se antepone al privilegio general ordinario en examen», *op.cit.*, pp. 146-147.

¹⁴³La reflexión es particularmente interesante en relación con la institución del abandono. En efecto, debe recordarse, en primer lugar, que nuestro Código de Comercio contempla dos supuestos de abandono cuyas consecuencias patrimoniales son muy distintas.

Así, en el abandono del art. 587, por responsabilidad contractual frente a la carga, los acreedores no adquieren mas derecho que el de satisfacer sus créditos con cargo al valor de venta del buque, sin que, en ningún momento adquieran su titularidad dominical, que sigue conservando el naviero. No hay aquí, pues, desplazamiento de la propiedad por lo que el buque continua integrando el patrimonio del empresario, cumpliéndose así la exigencia del número 4 del citado art. 32 E.T., para que pueda apremiarse el buque a favor de los trabajadores.

Por el contrario, el abandono a los aseguradores, del art. 789 del Código de Comercio, es traslativo de dominio (art. 803 C6.de Co.), con lo que las preferencias del art. 32, al no poseer naturaleza real, no pueden ser ejercitadas. Claro es que ello no empece que los trabajadores puedan entonces ampararse en los privilegios marítimos típicos del C.de c. y de la LHN.V. RIOS

Finalmente, y en atención a los frecuentes problemas prácticos que plantean los créditos de la seguridad social, conviene tener en cuenta que ni nuestro Derecho de origen interno ni el de origen internacional¹⁴⁴ conceden a éstos otra preferencia que la común determinada, bien en el artículo 1924 C.c., bien en el artículo 913 del C. de c.¹⁴⁵.

SALMERON, *op.cit.*, pp.148-150. Este autor admite asimismo, y en base al art. 40 de la L.C.S., la subrogación legal de la indemnización del seguro para responder de todos los créditos salariales del art. 32 E.T.

¹⁴⁴Tampoco el Convenio de 1926 ni el de 1967 privilegian los créditos por seguridad social. La situación cambia radicalmente en el Proyecto de Lisboa y en el Proyecto OMI/UNCTAD, donde éstos créditos se colocan en primerísimo lugar junto con los créditos laborales de los tripulantes.

¹⁴⁵El artículo 90.2 de la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por Decreto 2065/1.974, de 30 de Mayo) otorgaba el carácter de créditos privilegiados a las prestaciones que debían satisfacer los empresarios al sistema de la seguridad social, remitiéndose al efecto al régimen establecido en el artículo 59 de la Ley de Contrato de Trabajo. Se producía así una asimilación de los créditos por seguridad social a los créditos por "salario o sueldos devengados", protegidos por el mencionado precepto de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de Enero de 1.944.

El artículo 32 de la Ley de Relaciones Laborales, de 8 de Abril de 1.976, vino a sustituir el anterior régimen de protección del crédito salarial, introduciendo los conceptos "sustitutivos" o "asimilados" al salario, entre los que había que entender incluidos los relativos a la seguridad social. En su consecuencia, las cuotas impagadas de seguridad social gozaban, en todo proceso concursal, de las prelación que en el mismo se establecían, lo que, en general, suponía la anteposición a todo acreedor que no fuere hipotecario o pignoraticio. V., sobre este punto, ALONSO OLEA, Manuel, *Instituciones de Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.977, 6ª Ed., pp. 400 y 405.

Sin embargo, el nuevo sistema de garantías salariales implantado por el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores omitió cualquier referencia a los conceptos sustitutivos del salario, de modo que los privilegios allí establecidos quedaron circunscritos exclusivamente a los créditos salariales. De este modo, la remisión del artículo 90.2 de la Ley General de la Seguridad Social quedaba prácticamente desprovista de eficacia.

La cuestión de la preferencia de los créditos por seguridad social sería poco después resuelta por la Ley 40/1.980, de 5 de julio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social, que en su artículo 15, se remitió a la preferencia reconocida a los créditos de esta naturaleza en el Derecho Común civil y mercantil. Esta remisión al Derecho Común sería después recogida también en el Real Decreto, 716/1.986, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social, cuyo artículo 29 regulaba los derechos de prelación con el siguiente texto: «De conformidad con lo dispuesto en el artículo decimoquinto de la Ley 40/1.980, de 5 de Julio, los créditos de la Seguridad Social gozan de la preferencia reconocida en el apartado segundo, letra E), del artículo 1.924 del Código Civil y en la letra D) del apartado primero del artículo 913 del Código de Comercio». V. MONTTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1.981, 4ª Ed., p. 530.

La Disposición adicional novena de la Ley 4/1.990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1.990 vino a modificar el artículo decimoquinto de mencionada Ley 40/1.980, referente a los derechos de

83.-El sistema prelativo internacional.

El Convenio de 1.926 establece unas normas un tanto complicadas para determinar la preferencia entre los créditos privilegiados que reconoce. Desde luego, estas y no otras habrán de ser las que gobiernen, en primer lugar, cualquier conflicto de prelación que se presente al amparo de su ámbito de aplicación¹⁴⁶.

preferencia del crédito de la seguridad social.

El vigente y nuevo régimen ha sido plasmado en el artículo 29 del nuevo Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por Real decreto 1517/1.991, de 11 de octubre, que con el nombre de *Derechos de prelación* dispone lo siguiente : «...los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre tales créditos procedan gozan, respecto a la totalidad de los mismos, sin limitación temporal alguna, de igual preferencia que los créditos a que se refieren el apartado primero del artículo 1.924 del Código Civil y la letra D) del apartado primero del artículo 913 del Código de Comercio. Los demás créditos de la Seguridad Social gozan del mismo orden de preferencia establecido en el apartado segundo, letra E), del artículo 1.924 del Código Civil, y en el apartado primero, letra D) del artículo 913 del Código de Comercio.»

Como se ve se ha introducido una distinción entre los «créditos por cuotas y conceptos de recaudación conjunta», incluidos sus recargos e intereses, y los demás créditos de la Seguridad Social. Por conceptos de recaudación conjunta debemos entender aquellos que aparecen mencionados en el artículo 4°.2 del mismo Reglamento, es decir las cuotas por Desempleo, Formación Profesional, Fondo de Garantía salarial y cuantos conceptos se recauden para Entidades u Organismos ajenos al Sistema de la Seguridad Social, en tanto se liquiden e ingresen conjuntamente con las cuotas de la Seguridad Social.

La reforma ha elevado el rango de los primeros, colocándolos en el primer lugar de preferencia en el ámbito civil (n° 1° del artículo 1.924), junto con los tributos de la provincia o del municipio, pero dotándoles de mayor protección, ya que expresamente se aclara que no existirá limitación temporal alguna en la determinación de su cuantía.

Los demás créditos de la Seguridad Social (V. la lista de éstos posibles créditos en el artículo 4° del Reglamento) se dejan con la preferencia que ya tenía previsto el Código Civil.

Sin embargo, hay que destacar que la reforma no ha afectado al orden prelativo en el ámbito mercantil, resultando irrelevante la distinción entre una y otra categoría de créditos, ya que unos y otros quedan sujetas a la preferencia normal del artículo 913, primero D) del C. de c.

Finalmente, la Disposición Adicional Segunda dispone, en especial para el sector marítimo, que el Instituto Social de la Marina es el colaborador de la Tesorería General de la Seguridad Social en el desempeño de la función recaudatoria, con singular referencia al control de cotizaciones a efectos del despacho de embarcaciones por las autoridades de Marina, según lo establecido en el artículo 9°, del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto.

¹⁴⁶Ello significa, por ejemplo, el segundo lugar de primacía para el crédito marítimo salarial, sin las limitaciones previstas en el Código o en el Estatuto de los Trabajadores.

Como criterio central se emplea el concepto del viaje, de modo que los créditos referentes a un mismo viaje son calificados en rango por el mismo orden en que aparecen mencionados en el artículo 2 del Convenio¹⁴⁷.

En cada escalón los acreedores poseen igual derecho, resolviéndose el supuesto de insuficiencia con la aplicación de la regla de la "prorrata". Como excepción, la concurrencia de acreedores por salvamento, por avería gruesa o por contratos y operaciones realizados por el Capitán, se gradúan, dentro de cada categoría, en el orden inverso de la fecha en que se han originado, reputándose de la misma fecha los referentes a un mismo suceso (art. 5).

Ahora bien, los créditos privilegiados nacidos en el último viaje son preferidos a los de los viajes anteriores. Se exceptúan de esta regla general los resultantes de un contrato único de enrolamiento para diversos viajes, los cuales concurren todos en el mismo grado con los créditos del último viaje (art. 6).

La dificultad principal que presenta la aplicación de estas reglas estriba en la determinación de lo que debe entenderse por "viaje". Superada la realidad económica del viaje-empresa, en la que parece inspirarse el texto del Convenio, hay que estar a una interpretación del término que sea conforme con las modalidades internacionales de explotación naviera actualmente existentes.

En este sentido se ha dicho que, en el caso de líneas regulares, el viaje es el que se realiza entre el puerto origen

¹⁴⁷En síntesis: 1°) Costas judiciales; Gastos de conservación; Derechos de Puerto; Pilotaje y otros públicos de la misma índole; 2°) Marítimos salariales; 3°) Salvamento y Avería Gruesa; Indemnizaciones por daños materiales o personales; 5°) Créditos derivados de contratos u operaciones realizadas por el Capitán fuera de su puerto de matrícula.

o cabecera de la línea y el puerto de término de la misma, mientras que si se trata de tráfico irregular ("tramp") el viaje es el de gestión económica, incluyendo las lastradas, tal y como se define normalmente en la correspondiente póliza de fletamento¹⁴⁸.

Sin menospreciar en absoluto la ayuda que puede prestar la utilización de tal criterio, no cabe duda de que siguen quedando al interprete numerosos supuestos para la duda. Piénsese en la dificultad que presenta determinar el puerto de inicio y el de término de un servicio regular alrededor del mundo, explotaciones éstas de creciente implantación en el tráfico (*Around the world services*); o en los buques dedicados a actividades de tráfico interior, o, incluso, a la navegación de recreo.

El Convenio de 1967 simplificó notablemente la cuestión al prescindir del criterio del viaje. El régimen allí configurado comienza estableciendo la jerarquía por clases, según el orden en que éstas aparecen enumeradas en el artículo 4¹⁴⁹. Sin embargo, para los créditos de la clase quinta, *i.e.* salvamento, remoción y avería gruesa, se aplica la regla especial *posterior in tempore potior in iure* (art.5.2), que tiene su inmediato antecedente en el Proyecto de Amberes¹⁵⁰.

¹⁴⁸V. RUIZ SOROA, para quien el Derecho Marítimo utiliza este término de un modo congruente con la institución que regula en cada caso, por lo que al tratarse ahora de una materia relativa al crédito comercial en el marco de la explotación naviera ordinaria, debe ser ésta realidad la que sirva de referencia para encontrar su sentido. *Manual...cit.*, p.69.

¹⁴⁹1°) Créditos marítimos salariales; 2°) Derechos de puerto, canal y práctica; 3°) Daños personales; 4°) Daños materiales extracontractuales; 5°) Salvamento, remoción de restos y avería gruesa.

¹⁵⁰El Proyecto de Oxford estableció dos grupos de privilegios clasificados en orden a su preferencia. El primer grupo contenía aquellos créditos que sentaban su prelación sobre la hipoteca, a saber y por éste orden: las costas judiciales, los gastos de remoción, los derechos de puerto,

Por otra parte , la concurrencia dentro de cada clase se resuelve según la regla general de la prorrata. Pero, de nuevo, topamos con la excepción que impone el régimen establecido para la quinta clase de acreedores¹⁵¹.

Sustancialmente idéntico es el sistema seguido en el Proyecto de Lisboa.

los créditos salariales, las reclamaciones por muerte o lesiones y el salvamento. Tras éstas seis categorías venía la hipoteca y a continuación los créditos por reparaciones y entretenimiento y los de la propiedad. V. ASSER, Segundo Informe...cit., p. 266. El Proyecto de Portofino eliminó toda categoría de privilegios subordinados en rango a la hipoteca ,recogiendo seis clases de créditos privilegiados con el siguiente orden prelativo: Gastos de remoción; derechos de puerto y de práctica; créditos salariales; créditos por muerte o lesiones; salvamento y avería gruesa; y créditos por daños materiales de origen extracontractual. V. Proyecto de Portofino, en REDM, n°. 11, 1965, p. 294. Posteriormente, la Comisión Internacional decidiría cambiar el orden de preferencia *inter se* de los privilegios. De acuerdo con ésta decisión, los créditos marítimos salariales serían elevados a la más alta preferencia, justificándose dicho cambio en el hecho de que estos créditos no eran ni asegurados ni asegurables. Por el contrario, los créditos por remoción de restos fueron colocados en la quinta categoría ,después de los "créditos de la propiedad". Finalmente, los créditos por avería gruesa fueron situados en una sexta y última categoría. El Proyecto de Amberes introdujo una variación en el sistema de preferencias previsto en los anteriores proyectos. Se mantenía el orden de prelación general según la enumeración del artículo 4 pero , al mismo tiempo, se incluía la regla singular *posterior in tempore* para los privilegios en garantía de créditos por salvamento y remoción de restos. En su virtud, la concurrencia de éstos créditos con otros privilegiados se debería resolver considerando aquellos preferentes aunque las operaciones de salvamento o remoción de restos fueren realizadas con posterioridad. La razón entonces apuntada fue la clásica, *i.e.*, los titulares de los demás privilegios, que resultaban preteridos, se beneficiaban por el salvamento o la remoción en la medida en que su garantía había sido parcialmente preservada. La Conferencia de Nueva York, por su parte, se encargaría de añadir la contribución del buque a la avería gruesa entre éstos créditos de preferencia singularmente protegida. V. ASSER, Cuarto Informe...cit., p.318.

¹⁵¹Cfr. arts. 5.3 y 5.4.

Capítulo XIII

La Precariedad

84.-Significado.

Con el término precariedad queremos referirnos al hecho de que los privilegios tienen una vida muy activa pero muy corta. Su brevedad viene impuesta por razones de seguridad jurídica, máxime a la vista de la falta de publicidad de que adolecen. Por ello los ordenamientos suelen fijar plazos de prescripción breves, especialmente en caso de venta voluntaria del buque gravado.

Desde luego, el principio de accesoriedad hace que el privilegio nazca y se extinga siempre con el crédito¹⁵². Pero la extinción del privilegio no entraña la del crédito. Además, y en materia de prescripción, el plazo fijado por la ley para los créditos marítimos suele superar la vida que aquella marca al privilegio, por lo que éstos últimos no se verán normalmente afectados por el transcurso del período de prescripción de los créditos¹⁵³.

Aclarado lo anterior, lo cierto es que la extinción de los

¹⁵² Señala DUQUE que, ya desde el Código de Comercio francés, se regula la extinción del privilegio con independencia de que el crédito garantizado se haya extinguido por las causas ordinarias de extinción de las obligaciones o por venta judicial. *op.cit.*, p.58. Esta afirmación, probablemente consecuencia de una ambigüedad de redacción, no puede dejar de causar extrañeza, en la medida en que parece dar por buena la supervivencia del privilegio al crédito, mientras que lo que procede admitir es el caso inverso, i.e., la supervivencia del crédito al privilegio. En efecto, desaparecido el crédito, causa misma de la afección real, ha de entenderse igualmente extinto el privilegio.

¹⁵³ Sin embargo, esta afirmación debe tomarse con cautela en nuestro Derecho, a la vista de los breves plazos de prescripción mercantil contenidos en los artículos 942 y ss. del C. de c. en comparación con las reglas que rigen la extinción de los privilegios a que, en seguida, nos referiremos.

privilegios ofrece algunas particularidades ,derivadas de la necesidad de establecer cierta compensación a la extraordinaria facultad que constituye el derecho de persecución. Tal compensación encuentra su reflejo en la brevedad de los plazos establecidos para que aquel derecho pueda ser ejercitado.

85.-La extinción del privilegio en el Código de Comercio.

Para nuestro C. de c. el derecho de los acreedores marítimos privilegiados se extingue por la venta judicial del buque hecha en pública subasta e inscrita en el Registro Mercantil (art. 582, primer párrafo) y por la venta voluntaria durante el viaje¹⁵⁴ , en cuyo caso la extinción del privilegio tiene lugar tres meses después del retorno del buque a su puerto de matrícula (art.582, segundo párrafo)¹⁵⁵.

Este régimen de extinción de los privilegios marítimos, previsto en el C. de c. no está exento de problemas. En efecto, los supuestos allí contemplados son sólo dos: venta voluntaria y venta judicial.

86.-Sigue: Venta voluntaria del buque.

¹⁵⁴Aunque la misma idea del derecho de persecución, inherente al privilegio, se opone frontalmente a que la venta del buque se constituya en causa para su extinción, el legislador, consciente de la necesidad de moderar las facultades de los acreedores privilegiados para hacerlas compatibles con los de otros interesados en el tráfico, otorgó, desde antiguo, un corto plazo de pervivencia de los privilegios tras la enajenación del buque.

¹⁵⁵ El texto del art. 582 es el siguiente: «Otorgada e inscrita en el Registro Mercantil la escritura de venta judicial hecha en pública subasta , se reputarán extinguidas todas las demás responsabilidades del buque en favor de los acreedores. Pero si la venta fuere voluntaria y se hubiere hecho estando de viaje , los acreedores conservarán sus derechos contra el buque hasta que regrese al puerto de matrícula y tres meses después de la inscripción de la venta en el Registro o del regreso».

En el caso de la venta voluntaria, ésta debe hacerse precisamente "estando el buque de viaje". Ello plantea dos dificultades al interprete.

La primera reside en el entendimiento de lo que nuestro Código entiende por viaje¹⁵⁶. Básicamente se trata aquí de averiguar si cabe estimar incluidos en la unidad temporal que constituye el viaje a los períodos en que el buque se encuentre surto en puerto para realizar las operaciones propias del curso de su expedición marítima. En tal caso, el buque estaría de viaje siempre que se encontrase fuera de su puerto de matrícula.

Frente a esta solución estaría la consistente en efectuar una asimilación de viaje a navegación, de acuerdo con la cual sólo el tiempo en que el buque se encontrase navegando entre puerto y puerto y enfrentado a los riesgos propios del mar estaría de viaje.

Pues bien, una interpretación sistemática de los preceptos del Título I del Libro III del Código permite , a nuestro juicio, concluir que el buque está en viaje durante todo el tiempo en que se halla fuera de su puerto de matrícula¹⁵⁷. Y a la misma solución

¹⁵⁶El problema de la acotación de la extensión del viaje ya ha sido comentado en relación con el régimen prelativo de los privilegios en el Convenio de 1926. V. sup., § 83. Se trata ahora de precisar éste concepto exclusivamente a partir de los datos que nos proporciona nuestro Derecho positivo de origen interno, i.e., de desentrañar que entendió por viaje nuestro legislador de 1885.

¹⁵⁷En efecto, si bien es cierto que del art. 577 se desprende que el viaje termina cuando el buque llega al puerto de su "destino" (que no tiene porque ser el de matrícula) y que el artículo 578 contrapone expresamente la circunstancia de estar el buque de viaje a la de estar en puerto extranjero, el resto de los preceptos del mencionado Título conducen a la interpretación que defendemos.

El artículo 579, que evidentemente contempla una situación en que el buque puede estar en puerto distinto de su matrícula , habla de "continuar el viaje" para el caso de que pueda ser rehabilitado, lo que da idea de que no se produce solución de continuidad por entrar en puerto distinto del de matrícula sino, en todo caso, por la inhabilitación del buque para navegar. El artículo 583 se refiere a una serie de obligaciones que necesitare contraer

conduce el tenor literal del Artículo 171 del RRM¹⁵⁸.

Es cierto que este criterio de unir la vida de los privilegios al dato circunstancial del regreso del buque al puerto de matrícula responde ,una vez más, al sistema de explotación de la empresa viaje y resulta completamente inadecuado en la realidad actual, en la que ,con relativa frecuencia, el buque tarda años en regresar a su puerto de matrícula, no siendo pocos los casos en que tal regreso no se produce jamas. Pero esta realidad no hace sino poner de manifiesto, una vez más, el anacronismo que subyace en todo nuestro Derecho Marítimo privado.

Entendido así el concepto de viaje, nos encontramos con la segunda dificultad a que aludíamos, a saber: ¿Que ocurre con la venta voluntaria realizada estando el buque en su puerto de matrícula?.A nuestro juicio una interpretación analógica debe conducir a la conclusión de que la venta voluntaria en el puerto

el Capitán "encontrándose de viaje", exigiéndole para ello el cumplimiento de unas formalidades que aquel sólo puede observar si el buque esta en puerto.Por otra parte, los propios términos del artículo 582 impiden extraer una interpretación que conduciría al absurdo resultado de que la venta en puerto distinto del de matrícula no sería constitutiva de causa de extinción de los privilegios,mientras que si lo sería la efectuada durante la navegación. Finalmente , del art. 584 no cabe sino concluir que el concepto viaje incluye las estancias en puerto,pues de otro modo no puede entenderse como una serie de actos jurídicos de típica realización durante una escala del buque puedan considerarse como originarios de créditos privilegiados "en el último viaje"(Ej . la reparación y el aprovisionamiento del buque).Tampoco tendría sentido entender el número 6° del art. 580,que asimismo se refiere al último viaje, como limitativo del privilegio del crédito salarial , concediéndole únicamente a los salarios devengados en navegación,siendo así que ni la relación laboral ni las prestaciones de los trabajadores se interrumpen durante la estancia en puerto de escala.

¹⁵⁸El precepto precisa que la cancelación de los créditos inscritos , no tendrá lugar hasta transcurridos los términos establecidos en el artículo 582 del Cód. de co., debiendo justificarse el regreso del buque al puerto de matrícula mediante documentos auténticos. Art. 171 : «En el caso de venta voluntaria de un buque estando en viaje, la cancelación de las inscripciones de los derechos de los acreedores no se efectuará hasta que transcurran los términos señalados en el artículo 582 del Código de Comercio, justificándose el regreso del buque al puerto de matrícula mediante documento auténtico».

de matrícula no debería de extinguir los privilegios marítimos hasta transcurridos tres meses desde la inscripción de dicha venta o de la fecha de realización de la misma.

En efecto, el segundo párrafo del artículo 582 contempla la siguiente secuencia temporal: 1°) el buque es vendido estando fuera del puerto de matrícula, 2°) el buque regresa a su puerto de matrícula, 3°) se inscribe la venta en el Registro y 4°) transcurren tres meses. Es entonces cuando se produce el efecto extintivo de los privilegios. Pero alternativamente, y para paliar los efectos del retraso en la inscripción registral, se introduce el plazo de tres meses, que opera autónomamente a contar de la fecha del regreso¹⁵⁹.

Y es que el legislador ha querido conceder a los acreedores marítimos la facultad de que conserven su derecho con un margen de tres meses¹⁶⁰ a contar desde que la inscripción de la venta se ha hecho o debiera haberse hecho. Además, ésta es la solución que mejor responde a los antecedentes recogidos en el Código de

¹⁵⁹Pensado este precepto, una vez más, en el contexto de la realidad del viaje empresa, el legislador parte de la base de que la inscripción registral no puede tener lugar mientras el buque se haya de viaje (concebido el término, en este caso, en el amplio sentido de no estar en el puerto de matrícula) y presume que, nada vez regresado el buque, será practicada la inscripción de la venta. A partir de ese momento concede tres meses para que los acreedores privilegiados lleguen al conocimiento del hecho de la transmisión y puedan utilizar su derecho de embargar y vender el buque.

Ello no obstante, y con el fin de evitar manipulaciones arbitrarias de dicho plazo, cuya posibilidad de prórroga no quiere dejar en manos de los interesados, sanciona el legislador el criterio alternativo según el cual, el tiempo empieza a correr desde el momento del regreso, se produzca o no en la misma fecha la inscripción de la venta en el Registro.

¹⁶⁰El hecho de que el plazo establecido para la supervivencia del privilegio sea tan sólo de tres meses es justificado por la Exposición de motivos del Código en base a la conveniencia de reducir los plazos concedidos para el ejercicio de las acciones que nacen en operaciones mercantiles. El texto es el siguiente: "Consecuentemente el Proyecto con la idea de reducir los términos o plazos concedidos para el ejercicio de las acciones que nacen de operaciones mercantiles, limita a tres meses el término de seis señalado a los acreedores que tengan créditos contra un buque que se hubiese enajenado voluntariamente durante el viaje para que puedan entablar y hacer efectivos sus derechos". Tomado de ILLESCAS ORTIZ, *op.cit.*, p. 71.

1829¹⁶¹.

87.-Sigue: Venta judicial o forzosa.

Por lo que se refiere al segundo caso, venta judicial, el Código no establece ninguna precisión relativa al momento en que esta debe hacerse para que pueda desplegar sus efectos extintivos. Parece que puede por tanto hacerse estando o no el buque en su puerto de matrícula.

Así pues, la venta del buque hecha en pública subasta tiene ,como capital efecto, la transmisión de su propiedad libre de todos los derechos que pudieran tener sobre el buque los acreedores del propietario anterior¹⁶². Nuestro Código recoge esta doctrina en el mencionado artículo 582, si bien exige que la venta sea otorgada en escritura pública que a su vez ha de ser inscrita en el Registro Mercantil. Cumplidos estos requisitos «se reputarán extinguidas todas las demás responsabilidades del buque en favor de los acreedores».

¹⁶¹Recordemos (V.sup. § 16.b), que el Código de 1.929 contenía dos previsiones relativa a los efectos extintivos que producía en los privilegios la venta voluntaria del buque. En efecto, el Artículo 599 parece ocuparse del supuesto de venta del buque en su puerto de matrícula. Para tal caso disponía : «Los acreedores por cualquiera de los títulos mencionados en el art. 596 conservarán su derecho espedito contra la nave, aún después de vendida esta, durante todo el tiempo que permanezca en el puerto donde se hizo la venta, y sesenta días después de que se hizo a la vela, despachada a nombre y por cuenta del nuevo propietario». Por su parte, el artículo 601 se ocupaba de la venta estando el buque fuera de su puerto de matrícula: «Si se vendiere una nave estando de viaje ,conservarán sus derechos íntegros contra ella los espresados acreedores hasta que la nave regrese al puerto al que este matriculada , y seis meses después». Acerca de ésta disposición comentan GOMEZ DE LA SERNA y REUS Y GARCIA, que tiene por objeto evitar fraudes a los acreedores. op.cit.,p.161.

¹⁶²Ya en el Código de comercio francés , la venta judicial hecha según la forma prescrita en el propio Código, producía el efecto de purgar el derecho de persecución inherente a los créditos privilegiados sobre el buque. Esta causa de extinción de los privilegios fue recogida por la generalidad de los Códigos ,entre ellos el nuestro.El artículo 193 del Código francés, en su versión original, disponía : «*Les privilèges des créanciers seront éteints, ...Par la vente en justice faite dans les formes établies par le titre suivant...*».V. GONZALEZ REVILLA, op.cit.,pp.175-176. V.sup. § 15 b).

El R.R.M. se ocupa de detallar que los efectos extintivos de la venta judicial del buque se producen en virtud de la inscripción de la propia escritura de la venta en la que se exprese la extinción de los gravámenes así como que el sobrante que hubiera habido, en su caso, ha sido consignado en establecimiento oficial a disposición de los demás acreedores¹⁶³.

Asimismo el Reglamento aclara que la extinción de los gravámenes inscritos también tiene lugar como consecuencia de la venta del buque por el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial, siempre que así se haga constar en el contrato o escritura de adjudicación al acreedor o a un tercero¹⁶⁴.

La amplia formulación de estas reglas (excluida la última de ellas citada) permite entender que la extinción afecta a todo tipo de "responsabilidades" que pesen sobre el buque, consten o no inscritas en el Registro Mercantil. Consecuentemente el sólo cumplimiento de los señalados requisitos formales y de publicidad será suficiente para que los acreedores con derecho real sobre el buque, pierdan éste último, sin perjuicio de que puedan conservar sus acciones personales contra todo el patrimonio del

¹⁶³ Art. 169 RRM: «En el caso de inscripción de venta judicial de un buque, a que se refiere el artículo 582 del Código de comercio, se cancelarán los gravámenes que al mismo afecten, bastando para ello la propia escritura de venta en la cual se exprese la extinción de tales responsabilidades, y su hubo sobrante, que se consignó a disposición de los demás acreedores en un establecimiento oficial. Si los gravámenes fueren hipotecarios, se estará a lo dispuesto en el Ley de Hipoteca Naval y en este Reglamento».

¹⁶⁴ Art. 170 RRM: «Cuando la venta del buque se efectúe en procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial y se otorgue la escritura de venta a un tercero en nombre del deudor, se cancelarán también los gravámenes inscritos posteriormente al crédito ejecutado, siempre que en el contrato o en la escritura conste que quedaron extinguidas tales responsabilidades y que se consignó el sobrante en un establecimiento oficial a disposición de los acreedores. Procederá asimismo la cancelación cuando el buque que se adjudique al acreedor en pago de su crédito en el procedimiento extrajudicial, siempre que en la escritura de adjudicación se hagan constar dichos extremos».

deudor¹⁶⁵.

Finalmente ,debe repararse en que la extinción de privilegios derivada de la venta judicial se produce con independencia de que el adquirente conociese o no de la existencia de acreedores marítimos privilegiados que no hubiesen concurrido al procedimiento en tiempo oportuno para hacer valer su derecho. La Ley parte de la base de que la ejecución pública se realiza con garantías de publicidad *erga omnes* y no autoriza a quienes descuidaron el ejercicio de su derecho para que puedan pretender la ineficacia de la venta alegando la mala fe del adjudicatario.

88.-El régimen de extinción en los Convenios.

La ordenación jurídica internacional del régimen extintivo de los privilegios se caracteriza, en general, por un amplio respeto a las legislaciones domésticas ,que se modula con el establecimiento de unos plazos de prescripción que poseen naturaleza de máximos. En los dos siguientes epígrafes nos referimos a los dos supuestos básicos de extinción reconocidos por el Derecho convencional internacional.

89.-Sigue: Prescripción del privilegio.

El Convenio de 1926 establece la regla general de extinción

¹⁶⁵Así, GAMECHOGOICOECHEA, para quien el artículo 582 del C. de c. es terminante y no admite distintos ni excepciones. Por otra parte, opina este autor, que los acreedores del anterior propietario podrán ejercer contra el precio de venta la acción real que hubieren tenido contra el buque. V. GAMECHOGOICOECHEA, *op.cit.*, pp.111-112. Sin embargo esta última opinión no nos parece convincente. El precio obtenido por la venta se integra, como bien fungible, en el patrimonio del deudor. No cabe aquí hablar de subrogación real, el acreedor poseerá simplemente una acción personal ejercitable según el principio general del artículo 1.911 del C.c.

de los privilegios por el transcurso del plazo de un año, salvo en el supuesto de los créditos por suministros concertados por el Capitán fuera de su puerto de matrícula ,en cuyo caso el plazo no pueda exceder de seis meses¹⁶⁶.

Pero estos plazos generales fueron establecidos con carácter de límites máximos que no pueden traspasar las normas reguladoras de la extinción en los derechos nacionales, a los cuales se remite claramente el Convenio cuando precisa que aquellos límites temporales operan «fuera de los demás casos previstos por las leyes nacionales». Esta remisión a los derechos internos se produce asimismo en materia de interrupción de plazos¹⁶⁷.

Por otra parte, aunque los plazos anual y semestral que hemos indicado se configuran con carácter improrrogable, el Convenio ha previsto una excepción a esta regla. En efecto ,la legislación de los Estados parte queda en libertad para prorrogar en aquellos supuestos en que el buque gravado no haya podido ser embargado en las aguas territoriales del Estado en que

¹⁶⁶El propio Convenio detalla, de un modo casuístico, el *dies a quo* que ha de servir para comenzar el computo de los referidos plazos. Art. 9, primero y segundo párrafos : «Los privilegios se extinguen, fuera de los demás casos previstos por las leyes nacionales, a la expiración del plazo de un año, sin que para los créditos por suministros , a que se refiere el número 5 del artículo 2°, el plazo pueda exceder de seis meses. Respecto de los privilegios que garantizan las remuneraciones de asistencia y de salvamento, el plazo empezará a contarse a partir del día en que las operaciones han terminado, respecto del privilegio que garantiza la indemnizaciones del abordaje y otros accidentes y por lesiones corporales, desde el día en que el daño se ha causado; respecto del privilegio por las pérdidas o averías del cargamento o de los equipajes , desde el día de la entrega del cargamento o de los equipajes o de la fecha en que hubiesen debido ser entregados; respecto de las reparaciones y suministros y demás casos señalados en el número 5 del artículo 2°, a partir del día del nacimiento del crédito. En todos los demás casos, el plazo corre desde que el crédito es exigible. La facultad de solicitar anticipos o abonos a cuenta no producirá el efecto de hacer exigibles los créditos de las personas enroladas a bordo, incluidos en el número 2 del artículo 2°».

¹⁶⁷Cfr., artículo 9, quinto párrafo.

el demandante tiene su domicilio o su establecimiento principal, sin que el plazo "extendido" pueda, en ningún caso, exceder de los tres años a partir de la fecha del crédito¹⁶⁸.

En resumen, y siempre que la cuestión de la vida del privilegio deba dilucidarse dentro del ámbito de aplicación del Convenio, el principio general en el Derecho español es el de la extinción del privilegio por el transcurso del plazo de prescripción que corresponda al crédito marítimo que garantiza, pues aquella extinción sigue la suerte de la obligación principal. Naturalmente esta regla general no impide que el privilegio se extinga, con independencia del crédito, por haberse agotado los plazos fijados en el artículo 582 del C.de c.

Ahora bien, si el plazo de prescripción del crédito o del privilegio excede de un año (o de seis meses para el caso de suministros) serán éstos últimos límites temporales los que pongan fin a la vida del privilegio pues entonces juegan los techos máximos previstos en el Convenio¹⁶⁹.

Por lo que se refiere al Convenio de 1.967¹⁷⁰ y al Proyecto

¹⁶⁸Según el penúltimo y último párrafos del art. 9 : «Las Altas Partes contratantes se reservan el derecho de admitir en su legislación, como prórroga del plazo anteriormente señalado, el hecho de que el buque gravado no haya podido ser embargado en las aguas territoriales del Estado en que el demandante tiene su domicilio o su establecimiento principal, sin que este plazo pueda exceder de tres años después de la fecha del crédito».

¹⁶⁹V. RUIZ SOROA, *Manual...cit.*, p. 72.

¹⁷⁰ Resulta interesante, para la mejor comprensión del nuevo régimen internacional proyectado, el examen de las discusiones habidas y de las diversas soluciones alcanzadas durante el curso de la negociación del texto de 1967.

En un primer momento, la diversidad de posiciones expresadas por las Asociaciones Nacionales en su contestación al cuestionario, llevó al Grupo de Trabajo de la Comisión Internacional a ofrecer una fórmula inicial de compromiso. Según dicha fórmula se fijaba un plazo prescriptivo de dos años aplicable tanto a los privilegios internacionales como nacionales. Este plazo resultaba susceptible de interrupción sólo en los casos de embargo conducente a venta forzosa o requisa sobre el buque gravado. Junto a éste plazo general se establecía la prescripción especial y automática de los privilegios por

derechos de puerto una vez que el buque abandonaba el lugar en el que se habían originado. Se justificaba ésta especialidad por el hecho de que las autoridades portuarias y análogas podían garantizarse el pago simplemente impidiendo la salida del buque. Asimismo se aclaraba que el carácter privilegiado de los gastos judiciales sólo operaba cuando realmente se realizaba la venta forzosa. En base a éstas ideas quedaría redactado el artículo 9 del Proyecto de Oxford.

Con la anterior formula el Grupo había perseguido dos objetivos, a saber la abolición del confuso y conflictivo concepto de "viaje", como técnica delimitadora de la vida del privilegio, y la elaboración de reglas simples y claras.V.ASSER, Segundo Informe...,cit.,pp. 269 y 275.

Posteriormente, la Comisión Internacional decidió suprimir la excepción relativa a los derechos de puerto en consideración a que algunos de los mismos sólo eran susceptibles de originarse precisamente a la salida del buque, razón por la que había que mantener el régimen general de extinción también para éste privilegio. Al mismo tiempo, la Comisión consideró que el término de "embargo" empleado en el precepto comprendía tanto la medida cautelar como la ejecutiva y que el de "requisa" debía de ser interpretado en su más amplio sentido, refiriéndose tanto a la requisa del título como a la del uso. Se añadieron además, como excepciones a la expiración del plazo de dos años, el caso de quiebra o de *compulsory liquidation* del propietario. Con éstas enmiendas quedaría redactado el Proyecto de Portofino. V. ASSER, Tercer Informe...cit., p.288.

Con ocasión del debate de la Comisión que condujo al Proyecto de Amberes se adoptaron algunas modificaciones que llevaron a una redacción más clara del artículo 8. Se considero, en efecto, que debería precisarse que ,excepto en el caso de embargo y venta forzosa del buque, el plazo de dos años no debería de ser susceptible de suspensión. La situación de quiebra ,*compulsory liquidation* y requisa, quedaban así configuradas no como causas autónomas y suficientes de interrupción de la prescripción, sino como causas determinantes de la imposibilidad del embargo interruptivo de la prescripción. La idea era que sería precisamente uno de éstos tres supuestos los que impedirían al titular del privilegio marítimo embargar el buque dentro del territorio del Estado en el que hubiera sido requisado o en el que el armador hubiera sido declarado en quiebra o en disolución forzosa. Por otra parte, la excepción no jugaría en el supuesto de que el mencionado titular pudiera haber embargado el buque en el territorio de otro país. V. ASSER, Cuarto Informe,cit.,p.319.

En la Conferencia de Nueva York, y no sin tener que vencer una fuerte oposición, se impondría finalmente la postura de Suecia consistente en fijar el término de prescripción de los privilegios en un año con el fin de evitar su indeseable excesiva acumulación con perjuicio para los propios acreedores privilegiados y para los hipotecarios. Asimismo se decidió eliminar toda mención a las causas específicas que no hacían posible el embargo y que figuraban en el Proyecto de Amberes. Con éstas enmiendas quedaría finalmente redactado el Proyecto de Nueva York.V.HERNANDEZ YZAL,Informe...cit., pp. 217-218.

El presidente de la Comisión formada en la Conferencia de Nueva York informó ,en la séptima sesión plenaria, que la citada Comisión había decidido aceptar la propuesta de la delegación estadounidense de extender (de nuevo) el plazo de prescripción de dos años si bien dicha ampliación podría ser compensada, en una suerte de compromiso, con la supresión de toda causa de interrupción. Sin embargo, cuando se llegó a la votación del artículo 8, la delegación de la RFA defendió una enmienda presentada conjuntamente por dicho país y por Suiza y Yugoslavia, en cuya virtud se pedía la vuelta al período de un año de prescripción que figuraba en el Proyecto de Nueva York junto a la posibilidad de interrumpirlo con la mera presentación de la demanda de reclamación del crédito,i.e., sin necesidad de embargo del buque, y ello en atención a que algunos acreedores modestos (e.g.los marineros) no podrían siempre hacer frente a los gastos inherentes a toda traba judicial del buque. Aunque ésta propuesta no fue aceptada en la votación (8 a favor-entre ellos España-,18 en contra y 18 abstenciones), la intervención del delegado de Grecia, apoyado por el de Noruega consiguió que se votara específicamente la prescripción anual de los privilegios obteniéndose un resultado de 18 a favor ,10 en contra y 16 abstenciones(entre ellos España). La defensa del plazo

de Lisboa, de contenido idéntico en éste punto, hay que anotar que los respectivos textos han simplificado notablemente esta materia. Si bien se mantiene el plazo general de un año, se suprime la particularidad de los seis meses para los créditos por suministros, desapareciendo asimismo todas las referencias a la manera de computar el comienzo del plazo de prescripción.

El *dies a quo* es ahora el de la fecha de nacimiento del crédito para cuya garantía se constituyen, sin más precisión, con lo que habrá que estar a las correspondientes prescripciones de las leyes internas¹⁷¹.

Se prohíben, por otra parte, las suspensiones o interrupciones del plazo anual, aunque el tiempo "no correrá" mientras que el titular del privilegio se vea impedido legalmente de trabar el buque para realizar su crédito¹⁷².

Quizá la innovación más destacable de los nuevos

anual hecha por Grecia se fundamentó en la necesidad de reforzar la seguridad de quienes compran un buque, para quienes la posibilidad de ser perturbados en su pacífico goce de la nave por acreedores privilegiados ocultos parecía excesiva si se adoptaba el plazo de dos años, máxime a la vista de que la acción de repetición contra el vendedor podría estar prescrita en algunos sistemas jurídicos que, en cambio, concedían para dicha acción un plazo de un año. Por su parte, el delegado de Noruega se refirió a que, una vez derrotada su propuesta de interrupción del plazo mediante simple demanda, no tenía mucho sentido establecer un plazo bianual ya que ello no favorecería a los llamados "acreedores modestos", que no necesitaban de dos años para percatarse de su incapacidad económica para embargar el buque. V. MINISTERE...Conférence..., cit., p. 129 y 147-153.

¹⁷¹Art. 8.1 en ambos textos : «Los privilegios marítimos enumerados en el artículo 4 se extinguirán por el transcurso de un año desde la fecha de nacimiento de los créditos que esos privilegios garanticen, a menos que, antes del vencimiento de ese plazo, el buque haya sido objeto de embargo conducente a una venta forzosa»

¹⁷²Art. 8.2 en ambos textos: «El período de un año citado en el párrafo precedente no estará sujeto a suspensión o interrupción, si bien con la condición de que el tiempo no correrá mientras que un impedimento legal no permita al acreedor embargar el buque». Debe notarse aquí el importante cambio respecto al texto de 1926. Mientras que en aquel la prórroga procedía sólo en el caso de que el buque no pudiera ser embargado en la propia jurisdicción del demandante, ahora puede haber prórroga con tal de que el buque toque únicamente puertos de países, cuyo sistema jurídico no conceda al acreedor el derecho de embargar el buque para realizar su crédito.

instrumentos internacionales sea el hecho de que en ellos nada se dice expresamente respecto a la validez de las causas de extinción previstas en los derechos nacionales. Claro es que ello no debe llevar a pensar que su implantación produciría necesariamente la unificación normas que rigen la extinción en todos los Estados que llegasen a ser parte. La calificación adjetiva que la prescripción y demás causas extintivas , presente en no pocos ordenamientos, conduciría a la aplicación de la ley nacional prevista en el art. 2 de ambos textos para todas las materias de naturaleza procesal.

90.-Sigue: Los efectos de la venta judicial.

El Convenio de 1.926 no se opone que la venta judicial sea contemplada como causa extintiva en las legislaciones nacionales, pero condiciona tal posibilidad a que , entre las formalidades exigibles por aquellas legislaciones, figure el aviso a los encargados del registro público de buques (Art. 9, cuarto párrafo)¹⁷³.

En realidad el Convenio habla de "venta" ,en general, por lo que da pie para dudar si el mismo se está refiriendo tanto a la venta voluntaria como a la forzosa o a una sola de ellas.

Sin embargo, el hecho de que el artículo 8 no establezca ninguna salvedad respecto a la venta voluntaria,junto al examen

¹⁷³El texto mencionado es el siguiente.«Entre los casos de extinción señalados por las leyes nacionales,la venta no extinguirá los privilegios , a no ser que se realice con las formalidades de publicidad determinadas por las leyes nacionales. Estas formalidades comprenderán un aviso previo, dado en la forma y plazos fijados por dichas leyes, a la Administración encargada de llevar los registros previstos en el artículo 1° del presente Convenio».

de los trabajos preparatorios¹⁷⁴ parece que nos lleva a la conclusión de que el Convenio está contemplando exclusivamente la venta judicial. Esta interpretación, que evita indudables problemas prácticos en el Derecho español¹⁷⁵, viene corroborada por la práctica seguida y por las soluciones alcanzadas en las posteriores labores conducentes a los nuevos textos internacionales.

¹⁷⁴ No hemos podido encontrar ni un sólo dato que permita entender incluida la venta voluntaria.

¹⁷⁵ De admitirse que el Convenio se remite también a la venta voluntaria, habría que plantearse si el régimen configurado por nuestro Código cumple con la exigencia mínima ordenada en aquel instrumento internacional. Al respecto parece claro que el art. 582 únicamente respeta dicha exigencia a medias. En efecto, nada hay que objetar acerca del efecto extintivo por el transcurso del plazo de tres meses desde la inscripción de la venta en el registro, pero no puede decirse lo mismo cuando se pretenda considerar terminado el privilegio por aplicación de la regla que permite contar aquel plazo desde el regreso y con independencia de la constancia registral. En este caso estaríamos ante una causa de extinción del privilegio que no cumpliría el mandato imperativo del art. 9 del Convenio y que, por tanto, debería ser considerada inválida.

En este sentido RUIZ SOROA, quien considera la purga del privilegio por venta voluntaria "implícitamente pública", como frontalmente contraria a la norma mínima del Convenio y atentatoria, además, al principio de publicidad negativa del Registro, según el cual la venta no inscrita no puede perjudicar a terceros. Por ello y por la pérdida actual del significado que, en su época, pudo tener el regreso del buque al puerto de matrícula, se pronuncia por la derogación implícita de éste supuesto. RUIZ SOROA, *Manual...cit.*, pp. 72-73.

En efecto, en ningún momento de la negociación del Convenio de 1967 se suscitó la pretensión de incluir la venta voluntaria entre las causas de extinción del privilegio¹⁷⁶. En consecuencia,

¹⁷⁶Ya el Proyecto de Oxford se limitaba a la venta forzosa, tanto si tenía lugar en un Estado contratante (art. 7) como no contratante (art. 8).

Por su parte, el Proyecto de Portofino dedicaba a esta cuestión sus artículos 10 y 11, los cuales preveían el efecto extintivo para todo buque, con independencia de su pabellón, pero sólo en el caso de venta judicial en Estado contratante. Este cambio de orientación se produjo como consecuencia de los largos debates habidos en el Comité de Redacción, que en este punto decidió apartarse del mandato recibido por la Comisión Internacional al percatarse de la inútil ficción a que podría conducir la fórmula propuesta. En efecto, se consideró por el Comité que, en el caso de venta en Estado contratante de buque de pabellón no contratante, la supuesta cancelación de todas las hipotecas tendría poco sentido o carecería de toda utilidad práctica, ya que no habría certeza alguna de que tales hipotecas hubieren sido canceladas en el registro del Estado en que el buque estuviera matriculado pues, evidentemente, el Convenio no podía imponer tal cancelación a las autoridades de un Estado no contratante. Teniendo a la vista la necesidad de evitar semejante absurdo fue como se redactaron los mencionados artículos 10 y 11. El primero de ellos se dedicó a prever las formalidades mínimas de publicidad que debería seguir la autoridad competente del Estado contratante en que realizase la venta judicial, que no eran otras que la de notificar la venta, al menos con treinta días de antelación, a todos los titulares conocidos de hipotecas, *mortgages* y de privilegios inscritos del artículo 4, así como al encargado del Registro del pabellón.

Para facilitar dicha notificación se imponía a la autoridad competente la obligación de obtener del encargado del Registro y del propietario los nombres y direcciones de los referidos titulares. Por su parte, el artículo 11 prescribía la extinción de todos los derechos con tal de que el buque hubiese sido embargado y vendido en un Estado contratante de conformidad con la ley de dicho Estado y con las disposiciones del Convenio. Además y para los casos de buque de Estado contratante vendido en Estado contratante establecía un deber para el registrador de emitir un certificado de cancelación de la inscripción, a petición del comprador. La inclusión de ésta última norma fue acordada por la Comisión Internacional con el propósito de proteger al comprador adjudicatario de buena fe en una venta forzosa, evitando así situaciones parecidas a la planteada en el caso inglés *The Acrux*. V. ASSER, *Tercer Informe...cit.*, pp. 289-290 y 295-296.

Posteriormente, el Proyecto de Amberes, establecería la importante diferencia de que la notificación prevista en el artículo 10 debería hacerse a todos los acreedores marítimos privilegiados del artículo 4, estuviesen o no inscritos. Y éste sería el régimen que, en sustancia, pasaría al Proyecto de Nueva York. V. *REDM*, n.º 11, 1965, pp. 324 y 358.

Ya en la Conferencia Diplomática de Bruselas, la delegación de Liberia defendió una enmienda en cuya virtud bastaría con que la autoridad competente del Estado de la venta forzosa notificase la misma al registrador del Estado de pabellón, quien a su vez se encargaría de notificar a los acreedores pertinentes. De éste modo, se decía, la notificación podría hacerse de acuerdo con la ley del Estado de registro y vendría facilitada por el hecho de que el encargado del Registro estaría en mejor disposición de conocer a los acreedores. Además, con ello se simplificarían trámites en consonancia con la celeridad que requería el tráfico marítimo y la consecuente necesidad de evitar costosos retrasos y paralizaciones en la explotación del buque. Aunque la propuesta fue apoyada por la delegación de los Estados Unidos (que más bien habría preferido la lisa y llana supresión del artículo 10), suscitó la oposición radical del delegado belga y del italiano, Mr. BERLINGIERI. Ambos consideraron que el mecanismo de las notificaciones por parte del Estado de venta era un elemento esencial de la Convención y constituía una pieza indispensable de la seguridad jurídica de los acreedores pues, había que recordar, que la consecuencia de la venta forzosa era nada menos que la

dicho Convenio admite esa eficacia sólo para la venta forzosa, solución que se repite en los Proyectos de Lisboa y OMI/UNCTAD¹⁷⁷.

extinción de sus hipotecas y privilegios. Sin embargo, si se aceptó una propuesta del Reino Unido consistente en la intercalación de las palabras : «or cause to be given» para denotar que el deber de notificar no tenía por que ser personal y directo de la autoridad competente que realizaba la venta (muchas veces carente de la maquinaria administrativa precisa para ello), sino que bastaba con que dicha autoridad asegurase su realización por otra persona, de acuerdo con la ley interna. Con esta variación y también con la mejora técnica que precisaba que la obligación de notificar a los acreedores hipotecarios con título al portador y a los privilegiados marítimos no alcanzaba más que a aquellos que hubiesen hecho saber sus créditos a la autoridad que conocía de la venta, fue aprobado el artículo por 35 votos a favor (entre ellos el de España) y 11 abstenciones. V. MINISTERE...Conférence...cit., pp. 157-159 y 164-165.

¹⁷⁷ El art. 11.1 del Convenio de 1.967 (parecido en el P.de Lisboa) dice lo siguiente: «En caso de venta forzosa del buque en un Estado Cont., todos los mortgages e hipotecas, excepto los que el comprador haya tomado a su cargo con el consentimiento de los beneficiarios, y todos los privilegios y otras cargas de cualquier género, dejarán de gravar el buque, a condición, no obstante de que : a) en el momento de la venta el buque se encuentra dentro del ámbito de la jurisdicción de ese Estado, y b) la venta se haya efectuado con arreglo a la ley de ese Estado y lo dispuesto en el Convenio». El art. 10 regula, la notificación que ha de hacerse de la venta forzosa.

PARTE QUINTA
DERECHO CONFLICTUAL

Capítulo XIV

Principios ordenadores de las normas de conflicto sobre los privilegios marítimos

91.-Posibles sistemas de conexión.

Ya habíamos llamado la atención acerca de que el Convenio de 1926, aún suponiendo un importante logro unificador, no conlleva ,en modo alguno, la eliminación de toda posibilidad de conflictos de leyes en materia de privilegios marítimos.

Por el contrario, son muchos los supuestos en que resulta preciso resolver problemas de Derecho internacional privado relativos a los gravámenes sobre el buque. De hecho, ello ocurrirá, como mínimo, siempre que el buque objeto de garantía o el Estado del foro en el que se pide la ejecución no pertenezcan a un Estado contratante¹.

Dicho sea de paso, conviene aclarar que la ley nacional, a que el Convenio remite frecuentemente cuando es aplicable, no puede ser otra que la conformada por las normas internas de naturaleza material con exclusión de las instrumentales de conflicto. Ello es así por cuanto la exclusión del reenvío es un principio firmemente asentado en el Derecho Internacional y comparado ,que se encuentra también presente en nuestro sistema

¹ Es más, aún en los casos que caigan bajo el dominio del citado Convenio hay que tener en cuenta su parquedad en materia de conflictos de leyes. Ciertamente que proporciona solución para las hipotecas y otras garantías navales contractuales inscritas y que ofrece normas directas de Derecho material para los privilegios no inscritos. Pero no menos cierto que deja sin resolver numerosos aspectos de Derecho Internacional Privado , como es el caso, e.g., de los conflictos móviles.

jurídico (artículo 12.2 C.civil)².

Por su parte, tampoco puede decirse que el Convenio europeo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales haya dado respuesta a esta cuestión³. Aún prescindiendo del hecho de que el carácter regional de éste instrumento impedirá que sus disposiciones, una vez que entre en vigor, alcancen una auténtica difusión internacional⁴, hay que fijarse, en primer lugar, en que la propia denominación del Tratado manifiesta su inaplicabilidad, en todo caso, a los créditos marítimos de origen extracontractual.

Pero es que tampoco nos parece claro que sus disposiciones alcancen a regular los de origen contractual, pues el Convenio no contiene reglas especiales para los derechos reales de garantía sobre bienes muebles y no creemos que la *lex rei sitae* invocada en materia de derechos sobre inmuebles pueda considerarse aplicable a los buques⁵.

²Así, el artículo 15 del Convenio de la CEE a que enseguida nos referimos. Esta regla de exclusión del reenvío está presente en el Derecho inglés y en la mayoría de los países del mundo. V. TETLEY, *Maritime Liens...cit.*, p.526.

³Nos referimos al «Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», abierto a la firma en Roma, el 19 de Junio de 1.990. Se trata de uno de los Convenios concluido en aplicación del art. 220 del Tratado de la CEE. Aún no se han cumplido los requisitos, para su entrada en vigor, previstos en el art. 29 (se requieren siete instrumentos de ratificación) por lo que el Convenio no se halla en vigor ni en el plano internacional ni para España.

⁴Aunque el ámbito de aplicación se ha configurado de un modo extenso: todas las obligaciones contractuales nacidas o vinculadas a cualquier Estado, sea o no parte (cfr.art. 1.1 y art.2), es obvio que sus disposiciones solo podrán ser invocadas ante los tribunales de un Estado parte. V.WILLIAMS, *The EEC Convention on the Law applicable to Contractual Obligations*, LM&CLQ, 1981, pp. 250-263.

⁵El Convenio se sustenta sobre el principio básico de la libertad de pacto para la determinación de la ley aplicable(art. 3), estableciendo una serie de reglas aplicables en defecto de elección entre las partes. Como criterio general se emplea el concepto (que recuerda a la *proper law* anglosajona) de las "relaciones mas estrechas": A falta de pacto, el contrato se rige por la ley del país con el cual presente «*les liens les plus*

En esta situación el recurso a las normas de conflicto resulta obligada, pues, no se olvide, nos hallamos ante un tipo de relaciones jurídicas que, generalmente, nacen y se desarrollan en el curso de la navegación internacional. Y esta dimensión significa el sometimiento del buque y de los actos de comercio relacionados con el mismo a una serie ininterrumpida y cambiante de soberanías estatales, que se suceden en función del lugar en que aquel se encuentra en cada momento o de las personas que intervienen en su actividad.

En el estudio de los conflictos de leyes en materia de derechos reales de garantía sobre el buque y, en particular, en materia de privilegios marítimos, se impone una previa distinción. De una parte, ha de resolverse el problema de la ley aplicable a la obligación principal de la que el privilegio trae causa, *i.e.*, debe determinarse la ley que rige el crédito. De otra, habrá que averiguar la ley aplicable al privilegio mismo, que corre accesorio a aquel.

Ante esta situación, el Derecho positivo, fiel al principio de la accesoriedad, puede optar por proporcionar idéntica solución para crédito y privilegio o, por el contrario, en atención a su distinta naturaleza, establecer reglas distintas

étroits» (art. 4). Sin embargo, y en lo que a nosotros interesa, en la medida en que el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario, se presume que aquel presenta las relaciones más estrechas con el país donde se encuentra situado el inmueble (art. 4.3).

También, para la forma de los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario, existe una norma especial que establece, de forma imperativa, la aplicación de la "*lex rei sitae*" (art. 9.6). No parece que estas normas especiales puedan recibir una aplicación analógica cuando el bien gravado es un buque. Su naturaleza mueble excluye esta solución para los privilegios marítimos. Y respecto a la hipoteca, incluso aceptando la ficción del artículo 1 de la LHN, creemos que prima aquí la ley del pabellón establecida en el Convenio de Bruselas de 1926, pues el artículo 21 del Convenio que comentamos salva la aplicación de los Convenios internacionales especiales.

de Derecho internacional privado para cada uno de ellos.

Asimismo los Ordenamientos pueden adoptar una misma norma de conflicto para todos los *iura in re aliena* o pueden elegir conexiones distintas para los privilegios marítimos y para las hipotecas.

Finalmente, se suelen establecer distinciones en cada una de las facetas de la disciplina interna del derecho real separando, a veces, entre el nacimiento y válida constitución del privilegio (o de la hipoteca), su cesión o modificación, el sistema prelativo a que debe quedar sujeto, su prueba y los procedimientos para su ejecución.

Teniendo ello en cuenta, el Derecho comparado muestra tres grandes métodos o sistemas para la resolución de los conflictos de leyes en materia de privilegios. El primero ve en el privilegio, como en el crédito, un derecho sustantivo y sujeta a uno y otro a la misma regla, *i.e.*, la *lex causa* (*lex contractus* o *lex delicti*, que generalmente coincidirá con la *lex rei sitae*). Sin embargo, la determinación de la preferencia es caracterizada como derecho adjetivo y queda sometida a la *lex fori*. La hipoteca (o *mortgage*) no se equipara al privilegio a efectos de normas de conflicto.

El segundo escinde el crédito (que queda sometido a sus propias reglas : *lex contractus* ; *lex delicti*, etc.) del privilegio y atribuye a éste último naturaleza procesal con la consiguiente e irrestricta entrada de la *lex fori*. También aquí suele ser distinto el régimen de la hipoteca⁶.

⁶A este grupo pertenecen Inglaterra, Francia, Australia, Bulgaria, Nueva Zelanda, Sudafrica y Suecia. Aquí la existencia de gravámenes reales es una cuestión de procedimiento y no de fondo, siendo, por tanto, la *lex fori* la

El tercero emplea reglas especiales para todos los derechos reales de garantía naval, que se concretan en la designación de la completa competencia de la ley del pabellón en los diversos aspectos de la institución, aunque, en alguna ocasión, llama a la *lex fori* para resolver la prelación de créditos⁷.

Debe observarse que la precedente clasificación no obedece a una simple y automática transposición de los grandes sistemas jurídicos. De hecho hay países de tradición romanística que siguen la *lex fori* y otros de influjo anglosajón que se separan del modelo del Derecho inglés. Si puede, en cambio, notarse un claro predominio de la *ley del pabellón* en los países europeos continentales, pero no hay una regla fija.

Por el contrario, la solución es universal en materia de normas procesales para la ejecución del privilegio, incluidas las de naturaleza cautelar. Aquí, la *lex fori* extiende su dominio en forma generalizada y soberana.

92.-La regulación de los privilegios por la *Lex Causae*.

Una de las conexiones que puede adoptar la norma de conflicto en materia de privilegios es la aplicable a la obligación principal por aquel garantizada. La lógica de éste criterio es sencilla y deriva del principio de accesoriedad del privilegio. Este debe seguir las vicisitudes de la deuda que lo

única competente. La consecuencia inmediata es que sólo se reconocen y pueden ser ejecutados los créditos marítimos que lleven aparejado privilegio según la ley de ejecución.V.UNCTAD: *Privilegios marítimos e hipoteca naval...cit.*, pp.35-36.

⁷Entre los países que siguen la ley del pabellón figuran: Argentina;Dinamarca;Italia; España;Perú; Polonia;Portugal;Venezuela y Yugoslavia. V.UNCTAD: *Id.*

origina, entre ellas la relativa a su régimen jurídico⁸. Se habla así de la *lex causae*, que será, según los casos, la *lex loci delicti commissi*, la *lex contractus* o, incluso, la que rija el acto administrativo generador de la obligación.

La *lex causa* significa así, frecuentemente, el lugar del nacimiento de la relación obligatoria para cuya garantía se constituye el privilegio.

Aunque la conexión resultó finalmente rechazada en el Derecho inglés, no cabe duda de que contó allí con no pocos simpatizantes. La idea era la de que la *proper law* de la deuda garantizada habría de determinar siempre la naturaleza de los derechos a que la misma daba lugar. Si tales derechos incluían un privilegio marítimo sobre el buque, dicho privilegio debía ser reconocido y ejecutado en Derecho inglés⁹.

Sin embargo, y en contraste con su anterior metropoli, la conexión ha alcanzado un notable éxito en los tribunales de los Estados Unidos y de Canada, que la han venido aplicando a la luz de los criterios generales que rigen en aquellos país para la construcción de de la *proper law*¹⁰.

⁸V. BATIFFOL et LAGARDE, *Droit International Privé*, 7 Ed., 1983, n°. 518 Bis.

⁹Este fue el punto de vista mantenido por la minoría en *The Halcyon Isle*, pero, habida cuenta de la postura que prevaleció, probablemente ya no resulta sostenible. V. C.M.I., *Questionnaire on Private International Law, Replies of the British Maritime Law Association*, Doc. PRIMARLAW- 6/X-84.

¹⁰En general, para la determinación de la *proper law* en las relaciones marítimas, se suele citar el caso *Lauritzen v. Larsen* (1953) como la autoridad obligada a tener en cuenta en el Derecho de los Estados Unidos a la hora de conocer cuales son los puntos de conexión relevantes. Se trataba de un caso de responsabilidad por daños producidos a un marinero. Las conexiones citadas a la sazón por el Tribunal Supremo fueron las siguientes: 1) Lugar del hecho dañoso; 2) Ley del pabellón; 3) Domicilio del damnificado; 4) Domicilio del naviero; 5) Lugar de celebración del contrato de enrolamiento; 6) Inaccesibilidad de la jurisdicción extranjera, y 7) La ley del *forum*. Claro es que el peso específico a conceder a cada una de estas conexiones dependerá de las circunstancias que concurran en cada caso. V. TETLEY, *Maritime*

En efecto, aunque la jurisprudencia estadounidense no ha seguido una línea siempre congruente, puede afirmarse que, en general y al menos en lo que respecta a los privilegios vinculados a obligaciones contractuales, no existe inconveniente en aplicar la *lex loci contractus* para el reconocimiento del privilegio y la *lex fori* para fijar su orden prelativo. Sin embargo, ésta regla general, no es segura, pues quiebra cuando los elementos norteamericanos presentes en la relación adquieren una cierta preponderancia, en cuyo caso se acude a la doctrina de *Lauritzen v. Larsen* y se declara el pleno dominio de la *lex fori*¹¹.

Mucho más clara es la situación en Canadá, donde el fallo del Tribunal Supremo en el caso *The Ioannis Daskaletis (Todd Shipyard v. Altema)* (1974), parece haber zanjado definitivamente la cuestión en el sentido de que la validez y reconocimiento del privilegio corresponden a la *lex causae* (en éste caso concreto a la *lex contractu*) mientras que la prioridad es materia

Liens...cit., p. 528.

¹¹Así, pueden citarse los siguientes casos: *Mills v. The Scotia* (1888), donde el tribunal sentenció que el privilegio por suministros queda sujeto a la ley del lugar donde aquellos se realizaron y no a la ley de la bandera, mientras que su prioridad ha de regularse por la ley del propio tribunal; *Meridian Trading Corp. v. SS Denton* (1960), en el que se declaró la prioridad de un *mortgage* norteamericano sobre un crédito por suministros realizado al buque en Italia; *Potash Co. v. M.V. Raleigh* (1973), en que el Tribunal de Distrito de la Zona del Canal aplicó la *lex fori* tanto al reconocimiento del privilegio cuanto a su preferencia, por el hecho de que la ruptura contractual del contrato de fletamento se produjo estando el buque en territorio bajo la jurisdicción de los Estados Unidos; *Mobil v. Pacific Bear* (1980), en que un proveedor de combustible norteamericano suministró combustible en Japón a un buque norteamericano. La doctrina del *proper law* derivada de *Lauritzen v. Larsen* llevó aquí a considerar aplicable la ley del foro a todos los aspectos del privilegio. V. TETLEY, *Maritime Lien...cit.*, pp.532-537. V. algunos otros casos significativos en el Derecho Norteamericano anterior a 1940 en PRICE, *op.cit.*, pp.210-218.

procesal, que cae bajo el dominio de la *lex fori*¹². Esta solución cuenta, por otra parte, con el respaldo de la doctrina más autorizada en aquel país¹³.

Frente a las anteriores posiciones, contrastan los Ordenamientos que no han visto ningún inconveniente en disociar la ley competente para regir la obligación principal y la ley competente para gobernar el privilegio, admitiendo la *lex causae* sólo para la primera. Esta es la situación generalmente presente en los países que recurren a la ley del pabellón.

Así, en el Derecho italiano se considera que los términos del artículo 6 del Código de la Navegación no pueden entenderse en el sentido de limitar la libertad de las partes para pactar la ley aplicable al contrato que origine la obligación garantizada, si bien dicha libertad no podrá jugar, en cambio, cara a la modificación del criterio del pabellón aplicable a los

¹²Un buque de bandera griega y de la propiedad de una compañía panameña fue gravado con hipoteca griega en 1961. En 1964 el buque fue reparado en un astillero de los Estados Unidos. El acreedor hipotecario embargó el buque en Canada. El crédito del reparador de los Estados Unidos goza en aquel país de prioridad absoluta sobre cualquier hipoteca extranjera, situación que no se da, en cambio, en el Derecho canadiense, donde el reparador no posee si quiera un *maritime lien* sino un simple *right in rem* subordinado en rango a la hipoteca. El tribunal se apartó de la doctrina sentada en Inglaterra en *The Milford* y en *The Tagus* y reconoció el privilegio extranjero como un derecho sustantivo válido en Canada. Pero estimó que la gradación era materia procesal, con lo que dejó el crédito del reparador preterido al hipotecario. V. TETLEY, *op.cit.*, pp. 537-540. Por su parte TETTENBORN, explica que la ley aplicada por el tribunal canadiense en éste caso fue la *lex situs* de la propiedad en el momento en que se creó el derecho. V. TETTENBORN, *Maritime securities and the conflict of laws-some problems*, LMCLQ, 1980, p.405.

¹³La combinación de la *lex causae* para la validez del privilegio y de la *lex fori* para la gradación de las preferencias ha sido considerado por TETLEY como el único criterio en que concurren los tres deseables requisitos de uniformidad, predictibilidad y justicia. Quienes contratan con el buque no deben preocuparse más que de conocer la ley de su propio país, pues esta será la que rija su crédito y su privilegio con independencia del lugar donde sea embargado el buque y de cual sea su pabellón en cada momento. V. TETLEY, *op.cit.*, pp.554-555.

privilegios¹⁴.

Y esta es precisamente la conclusión que hay que obtener del artículo 10.2 del Código civil español. En efecto, nuestro Derecho distingue nitidamente entre la ley aplicable a las obligaciones contractuales o extracontractuales y ley aplicable a los derechos reales de garantía sobre el buque. La *lex causae* sólo juega para la primera¹⁵ mientras que la ley del gravamen sigue un régimen diferente que resulta indisponible para las partes¹⁶.

De este modo se evitan los tradicionales problemas que presenta la *lex causae*, que se resumen en la multiplicidad de regímenes jurídicos que puede comportar y en la dificultad de su conocimiento o determinación, sobre todo respecto a las obligaciones nacidas en Alta Mar.¹⁷

Y no creemos que la accesoriedad del privilegio puede erigirse como una muralla infranqueable a favor de la *lex causae*.

¹⁴ V.C.M.I., *Questionnaire...*, Replies of the Italian Maritime Law Association, Doc. PRIMARLAW-1/VIII-83.

¹⁵ Distinto es el caso de los privilegios en el sentido civil tradicional de simple facultad de preferencia, pues estos, al carecer de naturaleza real, son gobernados en Derecho internacional privado por la ley que rige el crédito, si bien, cuando se trata de determinar el rango de los distintos acreedores privilegiados habrá que estar a una ley única que, en opinión de BOUZA VIDAL, no podrá ser otra que la *lex rei sitae* actual o ley del embargo, lo que supone la entrada en escena de la *lex fori*. V. BOUZA VIDAL, *Las Garantías Mobiliarias en el Comercio Internacional*, Pons, Madrid, 1991, p. 227.

¹⁶ Al respecto se ha dicho que si bien la exclusión convencional de la regla de conflicto determinada en el artículo 10.2 no resulta posible, dada la naturaleza de derecho necesario que parece caracterizar a la mencionada norma, nada impide que la obligación principal, cuando es de origen contractual, quede sujeta a la libertad de pacto en materia de ley aplicable, siempre que se den los requisitos de conexión comercial a que alude el artículo 10.5 del Código Civil. V. C.M.I., *Questionnaire on Private International Maritime Law*, Doc. PRIMARLAW-I/VIII, Replies by the Spanish Maritime Law Association, May 1984 and July 1988.

¹⁷ RODIERE se pronuncia concretamente en contra de la *lex contractus*, por cuanto su difícil conocimiento exige una investigación en cada caso. V. RODIERE, *Le Navire...* cit., p.171.

Por el contrario, la propia estructura del derecho real de garantía, cuyo ejercicio supone una clara limitación a los derechos de tercero, puede aconsejar un tratamiento distinto para crédito y privilegio a los efectos del Derecho conflictual. Si deudor y acreedor poseen libertad para elegir la ley aplicable a su crédito, esta misma libertad no puede ser concedida para la elección de la ley aplicable al privilegio pues dicha elección puede ser vital para la suerte de los terceros.

93.-La *lex rei sitae* y el buque.

La aplicación de la *lex rei sitae* a los derechos reales mobiliarios, en general, ha contado con variados argumentos a su favor. Algunos se han fundado en consideraciones de carácter jurídico, mientras que otros han puesto el acento en conveniencias económicas, de oportunidad o, incluso, para el interés del Estado o la seguridad del tráfico¹⁸.

Sin embargo, ésta conexión presenta numerosas dificultades cuando se aplica a bienes sujetos, por su propia destinación, a continuos movimientos transnacionales y esas dificultades aumentan cuando el bien particularmente considerado es un buque.

En efecto, parece lógico y adecuado que el lugar donde se halla el buque en cada momento sea el elemento de conexión natural para todo cuanto afecta a los aspectos públicos de la policía y el orden de la navegación, aspectos en los que

¹⁸Sin entrar en mayores detalles, baste decir que este ha sido el punto de conexión generalmente aceptado por la doctrina y por el Derecho comparado. V. BOUZA VIDAL, *op.cit.*, Pons, Madrid, 1991, pp. 121.171.

claramente debe primar el carácter territorial¹⁹.

Mas resulta ostensiblemente inadecuado para regir una materia en la que prevalece el carácter personal y requiere, por ello, una mínima estabilidad para la cabal protección de los intereses de los acreedores marítimos²⁰. Ello por no mencionar todos los supuestos de privilegios nacidos en Alta Mar (salvamento, abordaje, etc.), donde la propia idea de *lex rei sitae* posee un sentido impreciso.

Pero además, la ubicación de la *rei*, cuando ésta es un buque, está teñida de notable ambigüedad. En efecto, el lugar de situación de la nave puede entenderse en abstracto, en cuyo caso se identifica con la ley del pabellón, o en concreto, pudiendo entonces coincidir con la *lex causa*. Por otra parte puede distinguirse entre la *lex rei sitae* en el momento del nacimiento del privilegio y la *lex rei sitae* en el momento de su ejecución judicial (*lex rei sitae* actual). En éste último caso será generalmente y al mismo tiempo la *lex fori*²¹.

Y ésta ambigüedad da lugar a no pocas confusiones. Un ejemplo patente lo constituye el de la elección de la *lex loci contractus* como *lex causae* a que nos hemos referido en el punto anterior.

¹⁹Como decía EYNARD la *lex rei sitae* debe ser la competente siempre que se vea involucrado el orden público del país en que el buque se encuentra. En todo lo que concierne a las leyes de orden público debe primar su carácter territorial frente a su carácter personal. V. EYNARD, Jacques, *La Loi du Pavillon*, Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit d'Aix, Aix en Provence, 1925, p.24. Esta es precisamente la idea positivizada en el artículo 8.1 de nuestro Código Civil.

²⁰Como pone de relieve PRICE, una de las debilidades que presenta ésta conexión reside en la complejidad que supone en relación con un buque que ha visitado varios países y que en cada uno de ellos ha generado un privilegio. PRICE, *op.cit.*, p. 207.

²¹V. las dudas de RODIERE a este respecto, en *Le Navire...cit.*, p. 171.

El cabal entendimiento de esta cuestión merece una particular atención. Cuando la obligación surge de un ilícito civil (*delicti commissi*) o de cualquier relación extracontractual (salvamento) la *lex causae* será simultáneamente la de la *rei sitae* (normalmente el buque produce el daño o termina la realización del acto en el lugar en que se encuentra). Pero ambas leyes pueden diferir en el caso de obligaciones contractuales, lo que ocurrirá siempre que no coincidan el lugar de celebración y el de ejecución del contrato (e.g., en el caso de suministros o reparaciones).

Pues bien, cuando los tribunales de Estados Unidos o Canada recurren a la *lex loci contractus* lo hacen en tanto en cuanto aquel lugar coincide con la ley de situación del buque. Queremos decir que la verdadera conexión es allí *lex rei sitae*. La pretendida *lex causae* se desvanece cuanto la ley de perfección del contrato y la del lugar de realización de las prestaciones de él derivadas (lugar donde está el buque) entran en conflicto,. Y es que, en suma, de lo que se trata es de asegurar la aplicación del derecho propio a los contratistas locales²². Esta es, por lo demás, una construcción que no repugna en absoluto a los principios generales del Derecho anglosajón conflictual en materia de contratos²³.

²²Así, PRICE considera que la *lex rei sitae* ha sido adoptada ampliamente por Estados Unidos y Alemania, con lo que la identifica con la *lex causae*. Para que se constituya un *maritime lien*, dice, la ley del contrato o la que regula las consecuencias de un ilícito civil, debe concurrir con la ley del *situs* de la propiedad. Ordinariamente, la *lex loci contractus* o la *lex delicti* es también la *lex rei sitae*. Pero si no coinciden, es ésta última, referida al lugar en que se encontraba el buque el el momento en que se creó el privilegio, la que resulta relevante. V. PRICE, *op.cit.*, pp. 210-212.

²³Hay que tener en cuenta que , en el contexto anglosajón de la *proper law* , la *lex loci contractus* cede el paso a la ley del lugar de ejecución , i.e., aquel donde se realizan, en todo o en parte, las prestaciones

Bastante más clara y manifiesta es la postura del Derecho alemán favorable a la *lex rei sitae*. En este Ordenamiento, la ley que determina la constitución y validez de un privilegio es, sin ambages, aquella donde el buque se encontraba en el momento del nacimiento del correspondiente crédito, pero con la importante limitación de que el mencionado privilegio debe asimismo ser reconocido por la *lex fori*. De este modo se produce, en cierto modo, una competencia cumulativa de la *lex rei sitae* y de la ley del foro, en el sentido de que ambas han de reconocer el privilegio para que éste pueda ser válidamente ejecutado en Alemania.

Pero, además, si el buque adquiere privilegios posteriores en otras jurisdicciones, el privilegio anterior debe de ser también admitido por las sucesivas y respectivas leyes del lugar para que pueda mantener su validez. Ello es así por cuanto el Derecho alemán reconoce la *lex rei sitae* tanto en lo que se refiere al nacimiento del privilegio cuanto en lo que respecta a la conservación de los ya existentes²⁴. De este modo, cada ordenamiento, bajo cuya jurisdicción nace un privilegio, opera como filtro del mantenimiento de los anteriores. Todo ello acerca mucho éste régimen al de la *lex fori*²⁵.

A falta de una prescripción legal expresa, la *lex rei sitae*

dimanantes del contrato, cuando dicho lugar es distinto del de celebración. Como dice CONSTANS: «Otherwise a very strange state of things would arise, for it is hardly conceivable that persons would enter into a contract to be carried out in a country contrary to the law of that country». V. CONSTANS, *op.cit.*, pp.97-98.

²⁴V. PRICE, *op.cit.*, pp. 213-214.

²⁵Así, RUIZ SOROA, quien sigue aquí a ABRAHAM, en *Crédito marítimo con garantía real...cit.*, p.186. Por su parte, DUQUE señala como la ley del crédito cede en el Derecho alemán a favor de la ley del pabellón siempre que aquel haya nacido en Alta Mar. V. DUQUE, *op.cit.*, pp.24-25.

fue también objeto de profusa utilización en la praxis jurisprudencial francesa de finales del pasado siglo y de las primeras décadas del presente²⁶. Esta postura suscitó vivas y repetidas críticas entre la doctrina de aquel país , que se esforzaba en rebatir la conveniencia de asimilar los buques a los demás bienes muebles, a los efectos del Derecho internacional privado²⁷.

En cualquier caso ,y a salvo de las notables excepciones ya señaladas, la *lex rei sitae* no es una de las que goza de mayor aceptación . Y a ello han contribuido ,sin duda, las importantes dificultades a que hacíamos referencia.

Otra cosa es que se quiera reconocer en la ley del pabellón una derivación o aplicación especial de aquella regla o que se haga alusión a la *lex rei sitae* (actual) para identificar a la *lex fori* (por estar el buque embargado en el lugar de ejecución). Pero entonces se trata ya de otros

²⁶La jurisprudencia francesa sobre esta cuestión se había pronunciado, siempre y unánimemente, a favor la *lex rei sitae* , como el derecho común aplicable al buque. La argumentación para ello era muy simple: los buques eran muebles de acuerdo con el Art. 169 del Co. de Comercio, y , a falta de derogación por ley formal, debían ser regidos por las mismas reglas que los demás bienes muebles. Como no existía en derecho francés ninguna disposición especial expresa aplicable a los buques era preciso referirse a los principios ordinarios del derecho internacional privado, los cuales conducían a someter a los bienes muebles a la ley del país de su situación. Consecuentemente, los buques debían regirse por dicha ley, que constituye su estatuto real mobiliario común. V. EYNARD, *op.cit.*, pp.16-17.

²⁷Un abierto rechazo a la línea seguida por la jurisprudencia puede observarse en EYNARD, quien atacaba la argumentación empleada por la jurisprudencia francesa, considerandolo frágil y nada convincente. La regla que determina la *lex rei sitae* para los muebles no estaba escrita en ningún texto, limitándose el art. 3 del Co.Civil a establecerla para los inmuebles. Se comprendía, además, que, en virtud de su misma movilidad , la *lex rei sitae* no era adecuada para los muebles, y menos aún a los buques , que cambiaban constantemente de puerto y de país. De este modo el buque quedaría sujeto a una multitud de ordenamientos, lo que redundaría en una gran variabilidad en su condición jurídica , con la consiguiente incertidumbre , que podría resultar muy perjudicial a los intereses en juego. La jurisprudencia había , por tanto, forzado la aplicación de una regla , buena para el derecho civil, que no se adapta a la naturaleza de los buques de navegación marítima (*bâtiments de mer*). V. EYNARD, *Ibid.*, pp.18 y 21-23.

elementos de conexión que merecen examen aparte.

94.-El recurso a la *Lex fori*.

La aplicación de la ley del país del tribunal que conoce de la ejecución del privilegio a los aspectos procesales de dicha ejecución es una regla lógica, necesaria, pacíficamente aceptada en el Derecho comparado²⁸, reconocida por nuestro Derecho positivo²⁹ y por los Convenios Internacionales³⁰.

Asimismo, es frecuente, como ya sabemos, que la *lex fori* sea también reconocida para la determinación del orden prelativo de los distintos acreedores sobre el buque, sobre todo en los países

²⁸El absoluto imperio de la *lex Fori* en materia procesal goza de general aceptación y puede decirse que está universalmente reconocido. V. DICEY AND MORRIS, *The Conflict of Laws*, 10 Ed., 1980, p. 1175 (cita tomada de TETLEY, *Maritime Liens...cit.*, V. pp.530-531, para más referencias doctrinales en éste sentido). En el informe preparado por la Secretaría de la UNCTAD en 1984 puede leerse: «El único punto de coincidencia en este campo es que la mayoría de los ordenamientos jurídicos consideran que el procedimiento de ejecución de las hipotecas y *mortgages*, procedimiento consistente en el embargo y la venta judiciales, se rige por la *lex fori*». V.TD/B/C.4/ISL/48, *cit.*, p.36.

Por citar un concreto y significativo caso, la *lex fori* es la llamada a regular los aspectos procesales de la realización de la garantía en el Derecho italiano. V. C.M.I., *Questionnaire...Replies of the Italian Maritime Law Association*, Doc. PRIMARLAW-1/VIII-83. La dificultad de que la disciplina aplicable a los privilegios marítimos se substraiga a la *lex fori* en todo cuanto se refiere a su realización procesal, ha sido a veces vista en la doctrina italiana como una manifestación más del fenómeno, más amplio, de pérdida de influencia de la nacionalidad del buque como criterio de conexión en el Derecho conflictual. V. CARBONE, *La disciplina giuridica del traffico marittimo internazionale*, Il Mulino, Bologna, 1982, p.213. No podemos participar nosotros de ésta opinión. La aplicación por el Juez de sus propias normas procesales parece un requisito imprescindible para la seguridad jurídica y hasta para un cabal y ordenado funcionamiento de la justicia, que ya adolece de excesiva lentitud aún sin necesidad de aplicar normas procesales extranjeras.

²⁹Por lo que se refiere al Derecho español, y por imperativo de la regla general del artículo 8.2 del Código civil, la *lex fori* rige en cuanto concierne a las formas y procedimientos para la ejecución de cualquier derecho real sobre el buque.

³⁰Cfr. artículo 16 del Convenio de 1926 y artículo 2 del Convenio de 1967. Por lo que se refiere al Convenio Europeo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, y de acuerdo con su artículo 10.2: «En lo que concierne a las modalidades de ejecución y a las medidas a adoptar por el acreedor en caso de falta en la ejecución, se aplicará la ley del país del lugar de ejecución».

de *lex causae* o *lex rei sitae*³¹. En particular, en los Estados Unidos, la preferencia o prioridad de los privilegios se considera materia procesal sujeta a la ley del foro³², ley que también resulta competente en aquellos casos en que la *lex causae* no puede ser determinada por encontrarse el buque en Alta Mar³³.

Y otro tanto puede decirse de Alemania. Allí la *lex fori* manda en la prelación, en el entendido de que si existen privilegios cuya naturaleza es notablemente diferente de los que la ley del foro reconoce, aquellos se posponen en rango a los de ésta última, si bien, cuando todos hubiesen nacido bajo la misma *lex rei sitae*, ésta regulara su ordenación entre sí³⁴.

Pero hay casos en que la *lex fori* va mucho más allá y extiende sus dominios también, y con frecuencia, a todos los aspectos del privilegio, desde su creación hasta su ejecución y extinción. Así ocurre en los países que podríamos denominar "legeforistas", cuyos Ordenamientos suelen carecer de una norma escrita precisa y remiten la solución a la decisión judicial. Y es en estos casos donde hay que situar el verdadero problema.

³¹Esta construcción no es más que una consecuencia de la doctrina internacionista acerca de las garantías reales mobiliarias en general en la que se ha hecho notar la indudable *vis atractiva* que ofrece la *lex fori* sobre la *lex rei sitae*. No sólo quedan bajo del imperio de estas leyes los aspectos procesales de la ejecución, sino que a las mismas queda también atribuida la determinación del orden prelativo que corresponde a cada uno de los créditos asegurados con derecho real de garantía mobiliaria. V. argumentos de MAYER y de KAIRALLAH, a favor de la competencia de la *lex fori* para todo cuanto atenta a la clasificación de las garantías reales y al establecimiento de su rango y prioridad, en BOUZA VIDAL, *op.cit.*, p.226.

³²V. TETLEY, *Maritime Liens...cit.*, p.531.

³³En los supuestos de abordajes producidos en alta mar y si los buques involucrados son de distinta nacionalidad, los tribunales americanos aplican la "*general maritime law*", noción que se corresponde con la acuñada en los tribunales ingleses y que no supone otra cosa que la aplicación de la *lex fori*. V. PRICE, *op.cit.*, p. 213.

³⁴V. PRICE, *op.cit.*, p. 214; y KROEGER, *The Bareboat Charter Registry in Operation-The German experience*, *Transportrecht*, may 1988, p.11.

De entrada hay que reconocer la fuerte tentación que para muchos jueces tiene que suponer la *lex fori*. Aplicar la ley nacional es mucho más fácil, cómodo y, probablemente, más ventajoso para los acreedores nacionales³⁵.

Pero en contra de la *lex fori* milita la notable aleatoriedad que la misma comporta³⁶. En realidad este criterio es la antítesis de la predictibilidad, pues los acreedores del buque no pueden conocer nunca *a priori* cual serán las normas a cuyo amparo habrá de ser examinado su crédito. Sirvan para ilustrar este extremo algunas destacadas expresiones plásticas: PRICE: «*The vessel may be driven into port and the rights of a party made to depend, so to speak, upon the force of the wind and storm*»³⁷; FRANCK: «*faire dépendre le droit maritime de la rose des vents*»³⁸; CARRUS: «*La lex rei sitae pour le navire, c'est le triomphe de l'insécurité, du hasard, de l'iniquité et de la mauvaise foi*»³⁹.

Además, en su consideración intrínseca, la ley del foro no posee ningún vínculo esencial con las relaciones creadas por el concurso de los acreedores, ni con el fundamento y la naturaleza de sus derechos. En realidad es totalmente ajena a la organización de la explotación económica del buque.

Por encima de las anteriores observaciones, la jurisprudencia y la doctrina de los países "legeforistas" suelen

³⁵ V. CARRUS, *op.cit.*, p. 128.

³⁶ V. RODIERE, *Le Navire...cit.*, p. 171.

³⁷ V. PRICE, *op.cit.*, p. 207.

³⁸ Esta expresión es debida a FRANCK, M.L., y puede leerse en PAUNESCO, *op.cit.*, p. 36.

³⁹ V. CARRUS, *op.cit.*, p. 130.

invocar la naturaleza procesal del privilegio , el orden público o la *lex rei sitae* actual para justificar su postura , aplicar su propio Derecho y rechazar cualquier ingerencia de los Ordenamientos extranjeros.

El Derecho jurisprudencial inglés , caracterizado por un escaso desarrollo de la doctrina conflictual y por una visión hegemónica del Derecho marítimo, unida a un alto grado de conservadurismo⁴⁰ , es el ejemplo prototípico de los que recurren a la conceptualización procesal del privilegio.

En efecto, aparte de que la línea jurisprudencial es bien

⁴⁰Quizá ha sido la gran tradición de los tribunales ingleses en impartir justicia en todo el mundo, utilizando exclusivamente su propia ley lo que les ha llevado a rechazar cualquier injerencia del Derecho extranjero y a proclamar, correlativamente, el absoluto predominio de la *lex fori* , al menos en materia de privilegios marítimos. En realidad, en el Reino Unido no se ha desarrollado nunca una verdadera construcción científica sobre los conflictos de leyes. Y ello es particularmente cierto en el Derecho marítimo. La razón de ésta impermeabilidad de los tribunales británicos ha sido vista en el largo período hegemónico protagonizado por Inglaterra en los asuntos marítimos. El liderazgo ejercido por esta nación durante algunos siglos habría desarrollado un sentimiento chauvinista y de autocomplacencia que habría hecho innecesaria la apertura a otros Ordenamientos. Conscientes los tribunales ingleses de la bondad de su justicia , de la calidad de sus procedimientos y de la idoneidad de su sistema jurídico marítimo, no tenían porque admitir la entrada de leyes extranjeras para decidir los casos ante ellos planteados. Y fieles, como los que más a sus tradiciones, esta posición habría llegado hasta nuestros días. Son celebres las siguientes palabras , pronunciadas por Lord DENNIG en 1972: «*The right to come here [before English Courts] is not confined to Englishmen. It extends to any friendly foreigner. He can seek the aid of our courts if he desires to do so. You may call this "forum shopping" if you please, but if the forum is England, it is a good place to shop in, both for the quality of the goods and the speed of service*». V. TETLEY, *Maritime Liens...cit.*, pp. 541-542. También los propios autores ingleses se refieren a esta realidad. Así, THOMAS reconoce que la cuestión de los conflictos de leyes no ha jugado nunca un papel relevante en los asuntos marítimos, entre otras razones, por cuanto el desarrollo y formación de un Derecho marítimo general , común para todas las naciones, ha hecho innecesario y superfluo , en muchos casos, el recurso a otros sistemas jurídicos. Claro es que ese Derecho marítimo universal es «*simply a euphemism for the maritime law administered by the English Admiralty Court...In the context of conflict of laws any reference to a general maritime law is simply a reference to the lex fori*». V. THOMAS, *op.cit.*, pp.307 y 316-317. Sin embargo, JACKSON ofrece una clasificación, debidamente sistematizada de las reglas que rigen los conflictos de leyes que pueden surgir en cada una de las más típicas instituciones del Derecho marítimo. La clasificación parte de una distinción básica: asuntos de procedimiento, sometidos a la ley del foro; y asuntos sustantivos, que , a su vez, caen dentro de alguna de las categorías basadas en conceptos legales (*contract, tort or property*). En principal problema reside en la amplitud con que se conciben las materias de "procedimiento", en las que entran las siguientes: *Time bars; priorities; remedies; y evidence*. V. JACKSON, *op.cit.*, pp. 319 y 325.

consolidada e ininterrumpida en el sentido de estimar a la ley del foro como la única competente⁴¹, el análisis de los *leading cases* anteriores al Colorado lleva a la conclusión de que, en realidad, son todas las facetas de los *maritime liens* las que queda sujetas a la *lex fori*⁴².

Sin embargo, el Tribunal de Apelación, en el caso *The Colorado* (1923), pareció distinguir entre ley aplicable a la validez de un privilegio y ley aplicable a su ejecución⁴³. Pero la doctrina sentada en el Colorado distó mucho de estar clara, sembró mucha confusión y concitó abundantes críticas. En ésta ocasión el juez SCRUTTON resultó inescrutable⁴⁴.

En cualquier caso, *The Zigurds* (1932) y *The Acrux* (1965) mostraron claramente que el Colorado no constituyó un verdadero punto de inflexión y que había dejado las cosas tal y como estaban en la situación anterior⁴⁵. Y así se llegaría a la actual autoridad en esta materia: *The Halcyon Isle (Banker's Trust Intl. v. Todd Shipyards)* (1980). La más alta instancia judicial inglesa

⁴¹V. THOMAS, *op.cit.*, pp. 329-330.

⁴²Así, THOMAS cita *The Milford* (1858) y *The Tagus* (1903), supuestos en que los capitanes de un buque de los Estados Unidos y de Argentina, lograron la aplicación de la ley inglesa más favorable que la de la respectiva bandera, para reconocer y ejecutar su privilegio por créditos salariales. V, en particular, explicando *The Milford* y *The Tagus*, TETTENBORN, A.M., *Maritime securities...cit.*, pp.404-405.

⁴³En el supuesto concreto resolvió aplicar la *lex loci contractus* a una hipoteca extranjera y reconocer su preferencia sobre el crédito de un suministrador inglés. En dicha oportunidad, señaló el juez SCRUTTON que: «*The nature of the right may have to be determined by some other law; but the nature of the remedy which enforces the right is a matter for the law of the tribunal which is asked to enforce the right*».

⁴⁴Sobre este particular se ha dicho que, en el Colorado «...*the reasoning of the court is inscrutable and any explanation of the case therefore belongs more to the realm of speculation and prophecy than to legal science*». V. THOMAS, *op.cit.*, pp.320-328. La oración transcrita, en p.326. También, PRICE, *op.cit.*, pp.207-210, JACKSON, *op.cit.*, pp.326-327.

⁴⁵V. THOMAS, *Ibíd.*, pp. 328-329.

dictaminó allí ,por mayoría, que un privilegio marítimo no es un derecho sustantivo (*right*) sino un *remedy* que, como tal, cae de lleno dentro de la esfera procesal y ha de quedar sujeto, en todas sus facetas, a la *lex fori*⁴⁶.

La doctrina sentada en el *Halcyon Isle* constituye, sin duda, la referencia insoslayable para la actual resolución de los conflictos de leyes de los *maritime liens* en el Derecho inglés⁴⁷ y ha hecho notar su influencia en algún otro sistema del tronco anglosajón⁴⁸. Y, sin embargo, ha sido objeto de vivas críticas por parte de los autores.

Así, JACKSON ha señalado ,con elogiabile sinceridad ,que constituye un claro ejemplo de encubrimiento de la realidad mediante el empleo de abstrusas etiquetas legales. Si lo que se quiere es aplicar la ley inglesa, por razones comerciales o de protección de determinados intereses, ello debe decirse

⁴⁶Los hechos fueron los siguientes:Un buque británico con un *mortgage* también británico fue reparado en *Todd Shipyards*, en *Brooklyn (U.S.A)*. El acreedor hipotecario embargó el buque en Singapur, donde se aplicaba la Ley inglesa. El Comité Judicial de la Camara de los Lores (*Judicial Committee of the Privy Council*) decidió, por tres votos a favor y dos en contra, que los créditos por reparaciones en los Estados Unidos (y problamente todos los créditos marítimos privilegiados por las leyes extranjeras) eran *remedies* en el Derecho Inglés y debían quedar sometidos a la ley del *forum*. Tan sólo los créditos que den lugar a un *maritime lien* en el Derecho inglés pueden ser reconocidos como tales por sus tribunales: «...*maritime claims which are enforceable in actions in rem in English Courts where and only where the events on which the claim is founded would have given rise to a maritime lien in English law, if those events had occurred within the territorial jurisdiction of the English Court*».

⁴⁷Así, la Asociación Británica de Derecho Marítimo ha explicado que la *priority* de los privilegios constituye una cuestión de procedimiento y ,como tal, queda sujeta a la *lex fori*. Pero además, parece que la *lex fori* es igualmente competente para determinar si un derecho subjetivo debe considerarse como apto para generar un privilegio marítimo, pues este fue el punto de vista de la mayoría en *The Halcyon Isle* Si bien es cierto que este caso concernía estrictamente a la ley de Singapur, los Lores jurídicos aceptaron que dicha ley era coincidente con la ley inglesa.V. C.M.I., *Questionnaire...Replies of the British...cit.*

⁴⁸Así, e.g., la situación es exactamente la misma en Surafrica, tal y como ha revelado recientemente la División de Apelación de aquel país en *The Andrico Unity*. V. STANILAND, Hilton, *Foreing maritime liens not to be recongnized in South Africa*, *LMCLQ*, 1990, pp. 491-494.

claramente en lugar de recurrir a categorías jurídicas artificiales.⁴⁹

Por su parte, TETLEY apoya su crítica sobre el hecho de que los "remedies" constituyen una categoría exclusiva del *Common Law*, sin significado equivalente en el *Civil Law*, del cual, sin embargo, traen su origen los privilegios y a él conforman su naturaleza. Por ello, su calificación como "remedies" no puede explicarse más que en atención a una fuerte actitud chauvinista.⁵⁰

Y, más moderadamente, también THOMAS considera que el reconocimiento de los privilegios según el Derecho extranjero no sería para los tribunales ingleses ni retrógrado ni indeseable. Antes bien, no se ve ninguna razón de peso para que la *Admiralty Court* se niegue a aceptar otros privilegios que no sean los *maritime liens* según el Derecho inglés⁵¹.

Además, la propia minoría del tribunal que decidió el *Halcyon Isle* se mostró partidaria de la consideración sustantiva del *maritime lien* y de la competencia de la *lex loci contractus* para su validez y predijo el caos que podría causar en el futuro la sustitución de los principios del Derecho Internacional Privado por la *lex fori*.⁵²

Otro destacado país legeforista es Francia. No existe allí una norma positiva que proporcione solución clara y directa a los

⁴⁹V., sobre el *Halcyon Isle*, sus consecuencias y su crítica, JACKSON, *op.cit.*, pp.344-349.

⁵⁰V. TETLEY, *Maritime Liens...cit.*, pp.541-549.

⁵¹V. THOMAS, *op.cit.*, p.322.

⁵²V. TETLEY, *Maritime Liens...cit.*, pp. 549-550.

conflictos de leyes y esta situación ha propiciado un abundantísimo tratamiento científico. Y aunque se han elaborado teorías de distinto signo, la posición jurisprudencial y la doctrina mayoritaria parecen conducir, inequívocamente, a la nacionalista solución de la *lex fori* para los privilegios marítimos.

En efecto, ya en la segunda década del presente siglo la jurisprudencia francesa se mostraba claramente a favor de la *lex fori*. Con frecuencia se empleaba el eufemismo de la competencia de la *rei sitae* en el momento de la ejecución (en todos estos casos el buque estaba embargado en Francia , lo que equivalía a la *lex fori*) y no faltaban los casos en que se recurría al orden público⁵³.

Sólo los privilegios reconocidos en Francia podían lograr su reconocimiento y ser ejecutados por los tribunales de ese país. Si el privilegio era uno de los presentes en el Derecho francés resultaba irrelevante la solución que consagrara la ley del pabellón⁵⁴.

Pero lo más grave es que, en un alarde de chauvinismo y con claro desprecio a los más elementales principios de reciprocidad, la jurisprudencia se inclinaba ,muy principalmente, por la *lex fori* para los buques y privilegios extranjeros ejecutados en Francia pero recurría a la ley del pabellón para los buques franceses y no reconocía los privilegios ejecutados sobre ellos

⁵³También alguna decisión judicial belga había señalado, como única ley posible, la del lugar de ejecución por cuanto la ruptura de la *pars conditio creditorum* era una cuestión de orden público impermeable a la ley extranjera. V. EYNARD, *op.cit.*, p.69-70.

⁵⁴V. varios casos resueltos por distintos tribunales franceses en EYNARD, *ibíd.*, pp.69-72.

según la ley extranjera⁵⁵.

Esta misma situación resulta del compendio hecho por RIPERT más recientemente. El autor distingue los diversos supuestos: a) Buque francés embargado en Francia: Los tribunales franceses sólo reconoceran el privilegio de acreedor extranjero si dicho privilegio es reconocido por la ley del pabellón francés, lo que equivale a proclamar la ley del foro; b) Buque extranjero embargado en Francia: Un tribunal francés podría reconocer un privilegio extranjero pero, en la práctica, aplicará normalmente la *lex fori*, lo que, como en el apartado anterior, conduce a la ley francesa; c) Buque extranjero embargado en Francia por un privilegio francés: El tribunal francés aplicará la ley francesa; d) Prueba del privilegio: Deberá ser realizada según la ley de la bandera del buque; e) Prelación del privilegio: Se aplicará la *Lex Fori*⁵⁶.

Y las cosas no parecen haber cambiado. Aunque sigue sin existir una solución rotundamente clara, parece que, en definitiva, la jurisprudencia francesa continúa siendo partidaria de regir por la *lex fori* todo cuanto concierne a los privilegios marítimos.

La situación ofrece un poderoso contraste con la regla

⁵⁵En 1933, señalaba PAUNESCO que los autores modernos no se habían aún puesto de acuerdo acerca de la ley aplicable a los privilegios nacidos sobre navíos que navegaban por el extranjero, y que el estado de la jurisprudencia acerca de ésta cuestión era verdaderamente caótico. V. PAUNESCO, *op.cit.*, pp. 33 y 41. Sin embargo nos ofrecía, a modo de solución de síntesis, el siguiente esquema: a) Buque francés embargado y vendido en Francia por privilegio extranjero o local: se aplica el Derecho francés, como ley del pabellón. En realidad, ello significa la *lex fori*. b) Buque extranjero embargado y vendido en Francia: Se aplica el Derecho francés, con independencia de que el privilegio haya nacido en el extranjero o en Francia. También es irrelevante que el privilegio esté o no admitido por la ley del pabellón. Basta con que sea uno de los que figuran en el artículo 191 del C.de c. francés. Es decir, lisa y llanamente, la *lex fori*. V. PAUNESCO, *op.cit.*, pp.40-42.

⁵⁶V. RIPERT, G., *Droit Maritime*, 4 Ed., T.II, par. 1161 y ss.

aplicable a la hipoteca. En efecto, superadas algunas dificultades históricas⁵⁷, puede decirse que, finalmente, la ley del pabellón ha consagrado su imperio en Francia para regir la hipoteca y otras garantías navales contractuales. Esta contradicción ha tratado de ser salvada recurriendo a ingeniosos argumentos⁵⁸, que a nosotros no nos acaban de convencer⁵⁹.

⁵⁷La *Lex Fori* fue la única considerada válida por la jurisprudencia para regir la hipoteca naval en la época anterior a la implantación legal de la figura en Francia, i.e, hasta la ley de 10 de diciembre de 1874. En efecto, con anterioridad a dicho año se discutía acerca de la admisibilidad de la hipoteca, constituida de acuerdo con la ley extranjera, en un país que no reconociese la hipoteca sobre bienes muebles y, en particular sobre buques. En general puede decirse que la doctrina dominante se inclinaba por rechazar la aplicación de la ley extranjera en este punto, por considerar a la hipoteca marítima sujeta al estatuto de los muebles y, como tal, de orden público, por lo que no podría admitirse en Francia la existencia de otras hipotecas que las previstas en la ley territorial. Mas en contra de esta posición mayoritaria, se alzó alguna voz que, en aras de la seguridad jurídica y eficacia internacional de la hipoteca, defendía su admisibilidad por los tribunales de todos los países, ya que, se decía, de otro modo quedaría a la voluntad de los acreedores quirografarios el desembarazarse del gravamen hipotecario, pues lo único que tendrían que hacer sería embargar el buque y pedir su venta en cualquier país en que la institución fuese desconocida. Por el contrario, y en la misma línea de la posición dominante, el Tribunal de Casación francés, en un fallo dictado el 9 de Marzo de 1.872, negó toda eficacia a un mortgage constituido en Inglaterra sobre un buque inglés, en base a que los muebles poseídos en Francia por un extranjero son regidos por la ley francesa, al menos en cuanto a las cuestiones de privilegio, posesión y vías de ejecución. V. las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales a finales del pasado siglo en GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, pp. 83-87.

⁵⁸Los autores franceses partidarios de la *lex fori* para los privilegios y de la *lex signum* para la hipoteca han venido explicando su postura diciendo que se trata de dos casos netamente distintos. Para la hipoteca no existe inconveniente en reconocer el derecho extranjero, pues se trata de un gravamen nacido por la voluntad del deudor. Pero el privilegio precede directamente de la arbitraria voluntad del legislador. Y esta no puede traspasar los límites territoriales de su soberanía. Esta argumentación es citada, para criticarla, por EYNARD, *op.cit.*, pp. 71-72. Por su parte RODIERE estima que la Ley del Pabellón no puede ser considerada para los privilegios en los mismos términos que lo es para la hipoteca. En ésta última juega el importante elemento de la publicidad que ofrece el registro del buque, publicidad que no cuenta en el caso de los privilegios, al menos de los ocultos. V. RODIERE, *Le Navire...cit.*, p.171. Siguiendo a RODIERE en este punto, V. REMOND-GUILLOUD, *op.cit.*, p.15.

⁵⁹El razonamiento cae por su propio peso. Son muchos los casos en que el naviero busca el apoyo del privilegio, e incluso lo consiente contractualmente, como medio para obtener crédito. El hecho de que el privilegio opere con independencia de su voluntad no excluye el concurso de ésta. Y, si la publicidad es el hecho distintivo, hay que hacerse la pregunta que ya se hiciera CARRUS: ¿Como se explica entonces que el juez francés aplique su ley a los privilegios nacidos en el extranjero respecto a sus buques nacionales?. Otorgar un tratamiento distinto a los buques nacionales y a los extranjeros supone un quebrantamiento de la lógica y de la justicia. V. CARRUS, *op.cit.*, p. 131.

No puede ,por tanto, extrañar que, como ya ocurriera antaño, se alcen hogaño algunas voces solicitando la revisión de éste criterio. Y para ello se aducen los consabidos argumentos de la aleatoriedad unidos al de la conveniencia de dispensar un tratamiento unitario a los derechos reales de garantía sobre las naves⁶⁰.

Pero, aunque también se encuentran posiciones intermedias⁶¹, el análisis de las más autorizadas opiniones muestra como la doctrina gala prevalente ha acabado reconociendo los méritos de la *lex fori* y se ha plegado finalmente a la línea seguida desde antiguo por sus tribunales. Se diría que la jurisprudencia se ha impuesto en este caso a la dogmática jurídica. En efecto, tanto BONASSIS⁶², como RODIERE⁶³ o DUPONTAVICE⁶⁴ ,parecen sentirse

⁶⁰ Así, recientemente, VIALARD ha reaccionado contra una decisión del Tribunal de Apelación de Aix-en Provence, que dictaminó la competencia de la *lex fori*. El autor razona en el sentido de que la única ventaja de la ley del foro reside en la comodidad que supone para el juez que conoce de la ejecución el aplicar un derecho conocido. Frente a esta ventaja, de carácter práctico, se alzan sus inconvenientes, entre los que destacan, por una parte el elemento de la aleatoriedad, que, añadiéndose al del secreto, arroja un alto grado de inseguridad jurídica, y ,por otra y sobre todo, el hecho de que la *lex fori* destruye el deseable tratamiento unitario del buque, como objeto de derecho real, al ser la ley del pabellón la que rige la hipoteca, lo cual no puede conducir sino a indeseables distorsiones. V. VIALARD, Antoine, *De quelques aspects théoriques du régime des privilèges maritimes*, DMF, 1984.

⁶¹ Aquí hay que encuadrar a REMOND-GOUILLOUD. Aunque el autor defiende la ley donde ha nacido el crédito para el reconocimiento y validez del privilegio, se muestra partidario de la ley del foro para gobernar todo cuanto afecta a su régimen, efectos y condiciones de extinción. La razón es que el privilegio no es más que una parte del todo formado por el crédito del buque. Sólo la ley donde se ventila la solución al problema global del crédito del buque , i.e., la ley que rige el juicio, puede fijar el régimen del privilegio, pues ella representa «*le lieu géométrique des intérêts liés au crédit du navire*». V. REMOND-GOUILLOUD, Martine, *Droit Maritime*, Pedone, Etudes Internationales, n° 2, Paris, 1988, pp. 155-156.

⁶² BONASSIS muestra su aprecio por la solución de la *lex fori* con competencia cumulativa para resolver el problema de la validez del privilegio y la prelación entre privilegios y de éstos con la hipoteca. El autor ve en ésta solución un régimen perfectamente coherente, capaz de resistir, sin dificultad, la crítica de la imprevisibilidad y del desconocimiento por parte del acreedor del Derecho aplicable. En efecto, el buque puede ser embargado en el país del foro ,bien por un acreedor local bien por un acreedor extranjero con privilegio anterior. En el primer caso, nada puede reclamar el

cómodos con la doctrina "legeforista" seguida por sus tribunales.

95.-El sistema de la ley del pabellón.

La ley del pabellón ha sido el punto de conexión que se ha revelado más adecuado y que ha alcanzado mayor éxito en la doctrina y en la praxis nacional e internacional para la regulación de los conflictos de Derecho internacional privado en materia de gravámenes sobre el buque.

La elección de la ley del pabellón supone, desde luego, la desvinculación del privilegio (o del gravamen naval contractual) del acto originador del crédito a efectos del Derecho de conflictos. En estos casos se señala una ley como propia del privilegio, abstracción hecha de cual sea la competente de la relación jurídica de la que el privilegio trae causa y a la cual acompaña. En otras palabras, el legislador no contempla aquí el privilegio como cualidad ontológica del crédito, sino en relación a su aspecto de garantía especial y real sobre el buque gravado.

Por otra parte, es común denominador entre los países que optan por la ley del pabellón que ésta venga llamada

acreedor extranjero que dejó perder su oportunidad de embargar al buque en su propio foro. En el segundo caso, es obvio que se habrá informado acerca de la ley aplicable antes de tomar la decisión de embargar. En definitiva, la *lex fori* debe ser apoyada siempre que no conduzca a un tratamiento discriminatorio para los acreedores extranjeros respecto a los nacionales (como es el caso de la *preferred ship mortgage* norteamericana). V. BONASSIS, *La loi du pavillon et les conflicts de droit maritime, R.des C., T. 128, 1969 (III), pp. 562-566.*

⁶³Este autor se pronuncia a favor de la ley del tribunal de ejecución, que es la conexión que le parece menos mala, aún cuando reconoce el importante problema de someter a leyes distintas la suerte de los privilegios y la de las hipotecas. V. RODIERE, *Le Navire...cit.*, p. 172. La misma objeción puede verse en VIALARD, *op.cit.*, p. 325.

⁶⁴Para DUPONTAVICE, la ley del foro, que necesariamente coincidirá con la *lex rei sitae* en el momento de la ejecución es la solución cuando no pueden aplicarse las normas materiales del Convenio de 1926. V. DUPONTAVICE, *Le Statut des Navires...cit.*, p.142.



indisolublemente para todo tipo de derechos reales sobre el buque. No caben aquí disociaciones entre privilegios e hipotecas.

Este es el sistema recogido en nuestro Ordenamiento. Ahora bien, el término pabellón posee un carácter equívoco, que exige una mínima y previa tarea de análisis y clarificación del concepto si se quieren despejar ambigüedades en el estudio de éste elemento de conexión.

96.-Significado del pabellón :Nacionalidad,bandera y registro del buque.

El término pabellón o bandera, aplicado al buque, hace referencia a su nacionalidad. El Derecho internacional ha admitido y utilizado la nacionalidad del buque como una de sus peculiares características. Pero la doctrina ha discrepado a la hora de precisar su exacto significado y justificación.

Cuando se aborda el estudio de la nacionalidad de la nave conviene comenzar despejando algunos conocidos tópicos, románticos si se quiere, pero desfasados y jurídicamente inadmisibles.

Nos referimos, en primer lugar, a toda pretensión que se inspire en una personificación del buque, *i.e.*, a cualquier dirección que intente una asimilación al significado de la nacionalidad cuando se predica de las personas físicas. Ya habíamos precisado que el buque es objeto y no sujeto de derechos y no parece necesario insistir más sobre esta cuestión, por lo demás pacíficamente aceptada por la doctrina⁶⁵.

⁶⁵Es claro, dice MIAJA, que si la nacionalidad es un *status*, productor de derechos y obligaciones, su atribución a las naves supone, o un proceso de personificación, lo que resulta inadmisibles, o un empleo metafórico o

Asimismo deben ser rechazadas, en segundo lugar, las teorías que anudan la nacionalidad de la nave a su pretendida naturaleza territorial. La noción de la territorialidad del buque aparece en el siglo XIX y responde a una ficción, en cuya virtud el buque es considerado como una porción flotante del territorio del Estado de su pabellón⁶⁶.

análogico del concepto de nacionalidad mucho más forzado que cuando se emplea en relación con las personas jurídicas, que al fin y al cabo, son titulares de derechos y obligaciones. V. MIAJA DE LA MUELA, *op.cit.*, p. 389.

En puridad, la expresión «nacionalidad» referida al buque no es sino un recurso lingüístico práctico, una ficción jurídica y una impropiedad consagrada por el uso, pues la nacionalidad es un atributo o cualidad que corresponde exclusivamente a los sujetos de derecho. Una "corruptela", en suma, según FERRER, propia del Derecho Marítimo y del Aéreo, que no han sabido distinguir correctamente entre "jurisdicción" y "nacionalidad", cosa que si ha hecho, y acertadamente, el Tratado del Espacio. En efecto, el «Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes», Washington, Londres y Moscú, 27 de Enero de 1967, resuelve el problema de la jurisdicción del Estado en las actividades espaciales, atribuyéndola a aquel en el que se encuentra registrado el vehículo lanzado al espacio. Esa jurisdicción es la Jurisdicción Estatal, lo que significa el poder y la autoridad del Estado de registro para dictar leyes acerca del vehículo y para gobernar la conducta de su operador. Esta jurisdicción existe tanto cuando el vehículo espacial se encuentra en el espacio ultraterrestre como cuando se haya en cualquier cuerpo celeste. De este modo, con el recurso al concepto de jurisdicción, se resuelve en forma adecuada para las naves espaciales lo que no se supo resolver para las naves marítimas y aéreas. V. FERRER, Manuel Augusto, *Actividad Comercial en el Espacio*, RLDNMA, n°. 1/2, 1988, P.P.U., Barcelona, 1988, pp. 162-163.

Asimismo, acerca de lo inapropiado que resulta el concepto de nacionalidad aplicado a un buque así como de las dificultades que esta práctica suscita se han pronunciado PINTO, R., y O'CONNELL. V. la cita de estos autores en CHURCHILL y LOWE, *The Law of the Sea*, 2nd. Ed., Manchester University Press, Manchester, 1988, p. 205.

⁶⁶Se trata de la extendida e infundada idea de considerar el buque como un parte del territorio, i.e., de la famosa "isla flotante", desgajada del territorio del Estado de su nacionalidad. Algunas reflexiones de EYNARD nos servirán para ilustrar gráficamente esta vieja elaboración: Entre los atributos que posee un buque, es decir, nombre, estado civil (Constatado en los registro de matrícula y en los documentos de a bordo), domicilio (El puerto de matrícula), y nacionalidad, es ésta última cualidad en la que verdaderamente reside la principal originalidad de los buques. En efecto, el buque constituye el ejemplo único de un "bien nacionalizado que se desplaza". A diferencia de otros bienes muebles, que no tienen ninguna patria, y que siguen, por tanto, la fortuna que les impone sus sucesivos propietarios, los buques dependen de un país que les retiene continuamente vinculados y que les confiere el derecho, bajo ciertas condiciones regladas a priori, de arborar sus colores y de invocar su protección. Constituyen, en suma, una "isla flotante" que explica el hecho de su nacionalidad. En estos términos, la cuestión natural que se suscita es la de saber si no debe quedar sujeto a la ley nacional de su territorio, denominada "Ley del pabellón", ya que el pequeño trapo que se percibe entre la jarcia de abordaje es el símbolo del poder soberano del Estado que imprime sobre el buque la marca concreta de su nacionalidad. V. EYNARD, *op.cit.*, pp.13-14.

Aunque principalmente se ha invocado para justificar el régimen de Derecho público del buque en Alta Mar, el concepto territorial ha sido también empleado para dar sentido a la competencia privilegiada de la ley del pabellón a otras relaciones jurídicas.

Sin embargo, como ya pusiera de manifiesto GIDEL, se trata de una simple metáfora que no posee más que un valor nemotécnico. Y es, además, una metáfora peligrosa por cuanto no vale nada más que para la Alta Mar o ,quizá, para el simple paso inocente por el Mar Territorial⁶⁷.

Despejado así el camino, puede decirse que la opinión que ha prevalecido es aquella que ve en la nacionalidad del buque una simple técnica jurídica para conseguir que la actividad de los buques se encuentre, en todo momento y donde quiera que se encuentren, sujeta a la jurisdicción de algún Estado⁶⁸.

Al ser el buque una cosa, la nacionalidad expresa una calificación jurídica que crea una relación de sujeción de una cosa a la soberanía de un Estado. Se trata de la sumisión del buque a un determinado ordenamiento jurídico mediante el cumplimiento de unos requisitos en él determinados.

La inexistencia de tal relación jurídica dejaría a los buques desprovistos de toda protección estatal y susceptibles de

⁶⁷V. BONASSIS, *La loi du pavillon...cit.*, pp. 514-515.

⁶⁸El problema se suscita ,en particular, en aquellos espacios no sometidos a la jurisdicción de ningún Estado. La libertad de la alta mar, se dice, tiene el corolario de que todo buque en alta mar está sometido al derecho. Esta sujeción del alta mar al orden jurídico se organiza y se lleva a la práctica mediante una relación jurídica permanente, llamada nacionalidad, que se establece entre los buques que enarbolan determinada bandera y el Estado de dicha bandera. V. BOCZEK, B.A., *Flags of Convenience: An International Legal Study*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1962, p. 92.

apropiación inmediata⁶⁹.

Esta es también la concepción que se refleja en los Ordenamientos positivos, cual es el caso de nuestro país, donde el contenido de la nacionalidad en el Derecho español viene contemplado en el Art. 2º del R.D. 1027/1989, de 28 de julio, sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo: «amparo por la legislación española, acogimiento a los derechos que ésta concede y derecho a arbolar la bandera española»⁷⁰.

Sin embargo la dogmática jurídica que ha estudiado ultimamente la naturaleza de la nacionalidad del buque ha puesto más el acento en el aspecto intrínseco de la nave como bien mueble registrable. Corresponde a LEFEBRE D'OVIDIO el mérito de haber formulado, por primera vez, esta teoría, que parece que va ganando adeptos y abriéndose paso, incluso en nuestro país.

La nave, se dice, es un bien mueble registrado y su nacionalidad una típica manifestación de dicha calificación jurídica. El acceso al registro y la obtención de la nacionalidad operan el efecto jurídico de convertir en nave un bien mueble determinado. En otras palabras, la nave surge al mundo del derecho desde el momento en que es registrada y dotada de nacionalidad y desaparece cuando, por cualquier motivo, es dada

⁶⁹Como ha puesto de relieve RUIZ SOROA: «La nacionalidad del buque es el instrumento técnico necesario para, sustituyendo al principio de territorialidad, garantizar la actuación del derecho nacional en un ámbito territorial ajeno». V. RUIZ SOROA, J.M., *Reflexiones sobre las banderas de conveniencia y el derecho marítimo y laboral español*, ADM, V.VI, 1986, p.112.

⁷⁰La fórmula es criticable. Aunque parece expresar suficientemente la idea de jurisdicción ofrece una idea de nacionalidad sustentada exclusivamente en el disfrute de derechos. Nada se dice de los deberes derivados de la misma. La nacionalidad, y con ella la jurisdicción, suponen el sometimiento a la ley del pabellón a todos los efectos, no solo a los de amparo y tutela.

de baja y pierde su nacionalidad.

Una nave no registrada no es jurídicamente tal sino un simple bien mueble corporal. La nacionalidad se configura así como un elemento esencial y constitutivo del concepto jurídico de la nave⁷¹. Esta construcción tendrá, como veremos, importantes consecuencias a la hora de encontrar soluciones para los conflictos móviles.

Sentadas estas nociones previas, conviene también advertir que los términos "Estado del Pabellón", "Estado de Registro" y "Estado de Matricula", conceptos muy empleados en la letra de los Tratados, pueden considerarse equivalentes y ser objeto de utilización indistinta en el plano internacional. La doctrina está de acuerdo en la sinonimia terminológica de éstas expresiones. Todas ellas sirven para designar e identificar indirectamente a un mismo Estado; *i.e.*, se observa una utilización *pars pro toto* del concepto Estado de registro o Estado de bandera para designar el hecho de la nacionalidad del buque⁷².

⁷¹V. LEFEBRE D'OVIDIO, Antonio, *Transferimento della nave da u na nazionalita ad altra e sue conseguenze giuridiche nel campo del diritti «in re alinea»*, R.D.N., 1959, p.214. También, siguiendo a LEFEBRE, V. SCERNI, *La nazionalità delle navi como oggetto delle norme internazionali*, *Comunicazioni e Studi*, V. XI, 1960-62, pp.90-91. En un trabajo posterior el mismo autor se confiesa fascinado por la tesis de LEFEBRE. V. SCERNI, M., *Nazionalita della nave e Diritto Internazionale Privato*, RDIPPR, V. I, n°.2, 1965, p.200. La teoría ha sido seguida, entre nosotros, por RUIZ SOROA quien considera que lo relevante y esencial para identificar al buque y a su régimen jurídico es su publicidad registral. La nacionalidad es un elemento extrínseco y hasta superfluo, que se mantiene sólo por inercia histórica y que hoy día carece de una clara justificación. En suma, un buque es inexistente en el mundo jurídico si carece de registro mientras que si está registrado posee, necesariamente y como consecuencia del registro, una nacionalidad .V.RUIZ SOROA, *Manual...cit.* pp.27-28.

⁷²Así, para CHURCHILL y LOWE, el hecho de que los Estados concedan generalmente su nacionalidad a los buques por medio de su registro y autorización a enarbolar la bandera determina que las expresiones tales como el "Estado de Registro" y "Estado de Bandera" deban ser consideradas sinónimas y referidas al Estado de nacionalidad. El mismo Convenio de las Naciones Unidas sobre las Condiciones de Inscripción de los Buques identifica el Estado

Claro es que esta equivalencia se rompe cuando los conceptos se emplean con una dimensión nacional. Pabellón, matrícula y registro expresan realidades diferentes y cumplen funciones diversas cuando abandonamos el plano internacional y nos situamos dentro de cada uno de los Ordenamientos internos⁷³.

Así ocurre en el Derecho español. A pesar de las notables dificultades de interpretación que presenta el R.D. 1027/1989, de 28 de julio, creemos que pueden obtenerse las siguientes conclusiones: 1*) *Matrícula y Registro* son términos equivalentes y designan el hecho de la inscripción de los buques españoles en el correspondiente "Registro de Matrícula" del distrito marítimo⁷⁴; 2*) La Matrícula o registro constituye requisito previo y necesario del *abanderamiento* o acto administrativo en

de Pabellón y el Estado de Registro o de Matrícula, salvo, claro ésta, el caso del abanderamiento provisional, cuestión ésta última a que nos referimos más adelante. V. CHURCHILL y LOWE, *op.cit.*, p. 205. También MEYERS afirma que la doctrina y los mismos textos de Derecho Internacional han empleado frecuentemente y de un modo indistinto los términos de nacionalidad, registro, documentación y bandera o pabellón del buque para designar un mismo Estado. V. MEYERS, H., *The nationality of ships*, Nijhoff, The Hague, 1967, pp.127-143.

⁷³Es interesante la precisión conceptual que hace MEYERS a éste respecto. La nacionalidad o "atribución" (*nationality* o "*allocation*", expresión preferida por MEYERS) expresa el conjunto de derechos y deberes que un Estado tiene respecto a un determinado buque y de sus usuarios. El registro (*registration*), alude a la inscripción de la nacionalidad del buque y de sus usuarios en un registro público situado en tierra y colocado bajo la supervisión de un órgano de la administración. Su finalidad es la de dar publicidad y servir de prueba de dicha nacionalidad. La documentación (*documentation*) designa los documentos que, de acuerdo con la legislación nacional, deben estar a bordo del buque con la finalidad de ofrecer una prueba por escrito a todos los interesados de que el buque posee una nacionalidad dada. Por último, bandera o pabellón es el símbolo presente en el buque que sirve para manifestar su nacionalidad a distancia, haciéndola así cognoscible a todos los interesados. De este modo, los referidos conceptos vienen a expresar una misma realidad: el acto unilateral en virtud del cual el Estado decide atribuir el carácter nacional a un buque (acto que MEYERS denomina *immatriculation*). Este acto es un *prius* de la nacionalidad y se compone de dos fases sucesivas, *i.e.*, la decisión y la publicidad de la decisión. Concedida la nacionalidad, el registro, la documentación y la bandera, por éste mismo orden secuencial, no son más que instrumentos al servicio de la publicidad de aquella. De este modo es como deben ser interpretados los términos que aparecen en el artículo 5 y en el resto del Convenio de Ginebra de Alta Mar de 1958. V. MEYERS, *op.cit.*, pp.127-143.

⁷⁴Cfr. artículos 2°; 3°; 4° y 12. 2°).

virtud del cual se autoriza a que el buque enarbole pabellón nacional ⁷⁵; 3*) Este acto administrativo de abanderamiento se concreta con la entrega de la *Patente de Navegación* (o con el Rol de Navegación para buques inferiores a 20 R.B.) ,cuya posesión a bordo confiere al buque nacionalidad española y permite al buque navegar por los mares con el *pabellón español*⁷⁶.

Pero insistimos en que ésta compleja gama de conceptos con diverso significado técnico, por lo demás característica del Derecho marítimo administrativo ⁷⁷ , se mueve en un plano meramente interno y no alcanza al Derecho internacional. Cara a éste último, y con la sólo excepción de los supuestos de abanderamiento provisional, debemos considerar que las expresiones Estado de bandera; Estado de pabellón; Estado de Registro y Estado de matrícula aluden a la misma conexión expresiva del Estado de la nacionalidad del buque⁷⁸.

No obstante, Estado del Pabellón es el vocablo de mayor

⁷⁵Cfr. artículo 14.

⁷⁶Cfr. artículos 25 a 27.

⁷⁷Adviertase como esta abundancia de conceptos contrasta con el régimen dispuesto para las aeronaves en la legislación aeronáutica. En efecto, la ley 48/1960, de 21 de Julio, sobre la Navegación Aérea no contiene mención alguna al abanderamiento y a la bandera. Es cierto que emplea también la ficción de la nacionalidad. Pero ésta viene dada simplemente con la inscripción de la aeronave en el Registro de matrícula: «Artículo 16.- La inscripción de la aeronave en el Registro de matrícula determina su nacionalidad. Artículo 17.- Las aeronaves extranjeras tendrán la nacionalidad del Estado en que estén matriculadas. Artículo 34.- La matrícula de la aeronave en el Registro determina su nacionalidad española. Con ello siguió el legislador español las pautas del Derecho Internacional Aeronáutico . El Capítulo III del Convenio de 7 de Diciembre de 1.944 sobre Aviación Civil Internacional (BOE núm. 55, de 24 de Febrero de 1.968) se denomina «Nacionalidad de las Aeronaves» y en su artículo 17 se lee: «Las aeronaves tienen la nacionalidad del Estado en el que estén matriculadas.»

⁷⁸La bandera o pabellón son sólo el signo externo de la nacionalidad. El Derecho sólo admite aquel si es enarbolado legítimamente por haberse seguido los trámites y cumplidos los requisitos exigidos por el Estado que concede la nacionalidad. cfr. arts. 4, 5 y 6 del Convenio de Alta Mar, de 29 de Abril de 1.958-BOE , de 27 de Diciembre de 1.971.

aceptación en la doctrina de Derecho Internacional Privado. Este será también el utilizado preferentemente por nosotros que ,en atención a su cabal significación técnica interna, *i.e.*, símbolo presente en el buque que sirve para manifestar su nacionalidad a distancia, nos atrevemos a designar asimismo como *lex signum*.

97.-Inconvenientes y ventajas de la ley del pabellón en el Derecho internacional privado.

Como ya se ha dicho, la nacionalidad del buque ha sido el recurso tradicionalmente empleado por el Derecho Internacional Público para conferir al buque un *status* jurídico dimanante de un Ordenamiento estatal. En general puede afirmarse que la ley del pabellón sigue jugando un importantísimo papel para la regulación de cuanto concierne a los aspectos públicos de la navegación en Alta Mar, si bien la aparición de nuevas necesidades han hecho perder a aquella cierto protagonismo a favor de la ley de los ribereños⁷⁹.

⁷⁹Entre los factores que han contribuido en los últimos años a revelar la insuficiencia de la ley de la bandera frente a la Ley territorial del ribereño ha destacado poderosamente el de la contaminación marina. La opinión pública ha solicitado el reconocimiento jurídico de los intereses del Estado ribereño en esta materia como un derecho de este último a proteger su patrimonio medioambiental. Por eso no deben de extrañar las disposiciones , contenidas en los Convenios Internacionales sobre la materia, que han venido a producir una importante derogación al principio, según el cual, un buque en Alta Mar está exclusivamente sometido a la jurisdicción del Estado del pabellón. Exponente típico de ésta realidad es el Artículo 1,1 del Convenio de Intervención/1.969. Se ha visto en éste precepto una clara representación de la superación de la precedente regla de Derecho Marítimo Internacional según la cual los supuestos de intervención en alta mar por Estado distinto del de la bandera estaban tasados, limitándose a las hipótesis tradicionales de la trata de esclavos, la piratería y el derecho de persecución. Ulteriores pasos en la dirección de ampliar las competencias de estados distintos al de la bandera se han dado en los sucesivos Convenios de seguridad marítima y lucha contra la contaminación ,aprobados bajo los auspicios de la OMI.

Estas previsiones específicas para la materia de la contaminación marina no se presentan como una tendencia de carácter puramente sectorial sino como manifestación de una línea evolutiva mas general unida a una superación sustancial del principio de la libertad de navegación. La crisis de tal principio tradicional y el desarrollo del ámbito de la competencia del Estado ribereño han venido determinadas fundamentalmente por dos factores. En primer

De hecho ,la creciente importancia de la ley local ha mermado -y notablemente- el espacio que el Derecho internacional clásico dejaba a la Ley de la bandera de los buques situados en las aguas sometidas a la jurisdicción de otros Estados⁸⁰.

Pero de cualquier modo sigue siendo válida, en terminos generales, la afirmación de CAMARA, según la cual la competencia del Estado del pabellón se viene respetando cuando entran en colisión la *comunidad territorial* y la *comunidad naval*, siempre que no resulten vulnerados los intereses de la primera⁸¹.

lugar por la adquisición de la independencia de los países en desarrollo que ha roto la homogeneidad de la Comunidad Internacional que en este campo no ha presentado tradicionalmente intereses conflictuales. En segundo lugar por el cambio habido en los últimos años en cuanto a la utilización de los espacios oceánicos. Durante siglos la navegación y la pesca han constituido los únicos usos de los mares sin que hayan precisado de una reglamentación internacional detallista. Hoy, por el contrario, el progreso tecnológico permitirá que a corto plazo sea posible la explotación de los recursos minerales oceánicos. Ello está determinando ,en el plano jurídico, el tránsito de un derecho del mar, especialmente orientado a la regulación de la navegación, a un régimen jurídico basado en la utilización de los referidos recursos. Como los Estados ribereños tendrán un evidente interés en disfrutar económicamente de los recursos situados en sus zonas marítimas jurisdiccionales, resulta que la tutela jurídica de dichos intereses resultará en una restricción del principio de la libertad de navegación sobre gran parte de los espacios marítimos. V. ZUNARELLI, S., *Bandiere di convenienza e l'evolvere dei principi di libertà di navigazione e di commercio marittimo*, IDM, 1981, pp. 400-475.

⁸⁰Una perspectiva de la situación clásica en torno a la distribución de competencias entre el Estado del pabellón y el ribereño en Derecho Internacional Público, puede verse en FEDOZZI, P., *La condition juridique des navieres de commerce*, R. des C., T. 10, 1925(V), pp. 5-66.

⁸¹En efecto, tradicionalmente se ha observado una tendencia legislativa y jurisprudencial a excluir de la jurisdicción nacional los hechos cometidos a bordo de los buques mercantes extranjeros situados en las aguas territoriales propias, cuando aquellos hechos no tienen incidencia sobre la seguridad y sobre la vida de la comunidad territorial. Así, e.g., CAMARA se refiere a la Sentencia del Tribunal de Nápoles de 7 de Febrero de 1974 (*in giur.it.*, 1974, II, p. 513), donde se dice que la moderna doctrina tradicionalista y la praxis internacional de los Estados reconocen la existencia de una costumbre internacional ,según la cual la nave extranjera en las aguas territoriales permanece como una comunidad extraña cuando la misma , como tal comunidad, no viene a interferir en la vida local mediante hechos que turben o puedan turbar la tranquilidad, estableciéndose de tal modo un ligamen entre la "Comunidad Territorial" y la "Comunidad Naval", pues en tal caso encuadra fundamentalmente la intervención del Estado costero que tiene derecho a velar por un desarrollo inalterado de la vida de su propia comunidad territorial. A modo de solución intermedia , la referida jurisprudencia constata que siempre que se trate de determinar la soberanía de los Estados, la potestad del Estado costero está en función de la comunidad situada en su territorio, mientras que la del Estado de la bandera está en función de la comunidad instalada sobre la nave y, por tanto, la potestad del primero se

Situados ya en la órbita del Derecho Internacional Privado, cabe observar también una progresiva pérdida de relevancia del pabellón del buque como punto o elemento de conexión de la norma de conflicto. Y esta decadencia no es, desde luego, ajena al creciente vaciado del propio contenido de la nacionalidad del buque. Nos referimos al fenómeno de las banderas de conveniencia, que ha hecho que el concepto de nacionalidad signifique cada vez menos cara al grado de ligamen socioeconómico entre la nave y su Estado de pabellón⁸².

El problema ha sido especialmente advertido por la doctrina de aquellos países que han otorgado a la ley del pabellón un papel de primer orden para la resolución de los conflictos de leyes en casi todas las relaciones de Derecho marítimo. Este es el caso de Italia, donde son muchas las voces que se han alzado a favor de una corrección a la baja del excesivo protagonismo que

reserva a la esfera concerniente a la actividad y a los intereses de la comunidad territorial, y la potestad del segundo a la esfera correspondiente a la actividad de los intereses de la comunidad naval. V. CAMARA, Guido, *Sulle fonti e cosiddetta autonomia del diritto italiano della navigazione e sulla nazionalità della nave*, *Derecho Marítimo Europeo*, Vol. IV de los Estudios Interdisciplinarios en homenaje a Ferran Valls i Taberner, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1.987, pp. 1177-1196, particularmente, p. 1195. Para una cabal información acerca de esta cuestión y de su concreción en los distintos textos internacionales puede verse, UNCTAD, Secretaría: *Régimen aplicable a los buques mercantes extranjeros en los puertos*, Doc. UNCTAD, TD/B7C.4/136, de 9 de septiembre de 1975; y *Régimen de los buques mercantes en los puertos a nivel regional*, Doc. UNCTAD, TD/B/C.4/275, de 1 de octubre de 1984.

⁸²En este sentido ha observado BONASSIS que la artificialidad del vínculo que une al buque con su Estado del pabellón aconseja algunas restricciones en el papel que debe jugar dicha ley en Derecho Internacional Privado. En una época en que el pabellón quizá no significa más que una etiqueta formal parece que no se puede reconocer a la ley del pabellón el mismo papel que jugaba cuando la bandera era el símbolo de lo que BONASSIS ha llamado una "nacionalidad sociológica". V. BONASSIS, *op.cit.*, pp.22-26. En el mismo sentido: SOYER, Jean-Claude, *Les aspects de Droit international privé de la réforme du Droit maritime*, *JDI*, 1969, pp.610-629.

la ley del pabellón desempeña en el *Codice della Navigazione*⁸³.

Entre nosotros, quizá ha sido RUIZ SOROA quien mejor ha llamado la atención acerca de esta realidad, llegando a calificar la nacionalidad del buque como «una simple etiqueta de fácil sustitución y nulo significado»⁸⁴.

⁸³Observa CARBONE que la consagración definitiva de las banderas de conveniencia ha llevado a que el denominado vínculo auténtico (*genuine link*), haya quedado circunscrito a una mera obligación del Estado de pabellón de velar por el ejercicio de su jurisdicción y control a bordo. Al decir de CARBONE, la reciente evolución de las relaciones entre el buque y el Estado del cual enarbola su bandera evidencia que actualmente el tráfico comercial ha asignado al termino "nacionalidad de la nave" un significado muy distinto del que se reconocía a esta expresión en los años precedentes a la entrada en vigor del Código de la Navegación italiano. De hecho,, por una parte, se ha visto confirmada la inexistencia de límites efectivos en el ámbito del ordenamiento internacional, al poder de los Estados de conceder su nacionalidad a los buques desprovistos de todo ligamen socio-económico con la comunidad nacional de la cual poseen el pabellón y, de otra, se ha asistido a la proliferación de las banderas de conveniencia. Por todo ello, el papel asignado por el Código a la ley del pabellón resulta hoy seguramente excesivo. V. CARBONE, Sergio M. *Conflitti di leggi e diritto Marittimo nell'ordinamento italiano:alcune proposte*, IDM, 1.983, pp.67-80. (p.68).

Por su parte, observaba ZUNARELLI como hacía ya tiempo que la doctrina mas atenta había revelado (Probablemente también a causa del progresivo vaciado del contenido de los criterios de vinculación de la nacionalidad del buque) que el ordenamiento jurídico del Estado de la bandera no es siempre el mas idóneo para la reglamentación de todas las relaciones jurídicas en que se puede encontrar involucrado un buque. V. ZUNARELLI, S., *Bandiere di convenienza e l'evolvere...*, cit., pp. 400-475.

También MARESCA comenta que un reclamo excesivo y no discriminado de la ley de la bandera, tal y como está configurado en el vigente Código de la Navegación italiano, no se compagina bien con las exigencias de la práctica y conduce a situaciones criticables en orden a la individualización de la ley que presenta el más intenso vínculo con la relación en la que concurre el elemento extranjero. La solución mas adecuada debe consistir en la utilización residual de la ley de la bandera, de modo que está solo entraría en juego una vez que se ha verificado, en el caso concreto de que se trate, si los criterios ordinarios de determinación de la ley aplicable, en base a las circunstancias que presenten una mayor conexión con un ordenamiento, no producen un resultado satisfactorio. V. MARESCA, Maurizio, *La riforma delle norme di diritto internazionale privato della navigazione e gli esiti del recente progetto in corso di elaborazione*, IDM, 1.982, pp. 596-598.

⁸⁴Explica RUIZ SOROA que el hecho de que, desde la "Navigation Act" de Cromwell, de 1.651, se exigiese una cierta coincidencia entre la nacionalidad del buque y la de sus propietarios hacía que cobrase pleno sentido la profusión de diversos efectos jurídicos de la nacionalidad, tales como las de naturaleza subvencional a los buques mercantes propios, la aplicación del derecho nacional en materia social y de seguridad marítima y el empleo de la nacionalidad como punto de conexión en Derecho Internacional Privado, aunque fuese como criterio residual y en ausencia de voluntad expresa en otro sentido. Sin embargo, la relajación de las condiciones para el otorgamiento de la nacionalidad, operado a partir del nacimiento de las banderas de conveniencia, ha hecho que, en la actualidad, la nacionalidad del buque se haya convertido en: «una simple etiqueta de fácil sustitución y nulo significado», por lo que, seguir otorgando a tal calificación una importancia similar a la de épocas pasadas: «no hace sino contribuir a enmascarar una realidad y un tráfico de confusos intereses». Por eso, en algunas modernas

Mas, a pesar de estas dificultades, la ley del pabellón (o si se quiere del registro) sigue mostrándose como la que ofrece mayores ventajas en punto a la regulación de los conflictos de leyes en una materia como es la relativa a la propiedad y a los gravámenes reales sobre el buque. Y estas ventajas pueden resumirse en la estabilidad y publicidad de la conexión.

En efecto, salvo en los supuestos de conflictos móviles, el pabellón constituye un hecho invariable y ostensible que ofrece publicidad y proporciona seguridad jurídica a los distintos operadores del tráfico marítimo. Estos tienen interés en un fácil e inmediato conocimiento de la ley que regulará su garantía y establecerá su preferencia frente a otros posibles acreedores. Y esta información quizá no haya sido ajena a la hora de realizar sus respectivas prestaciones para el buque⁸⁵.

disposiciones se ha comenzado a sustituir el dato de la bandera por el de la nacionalidad o residencia de la empresa naviera como único que verdaderamente expresa la conexión entre el buque y un determinado ordenamiento (Como ejemplos de tales modernas disposiciones se cita : "Convenio Europeo sobre Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales, de 19.6.80; el Reglamento Comunitario sobre Seguridad Social , de 14 de Junio de 1.971, Art. 15-2-c). V.RUIZ SOROA, Reflexiones...cit..

⁸⁵Observa BOUZA VIDAL como la vinculación del medio de transporte con los distintos países en que ,en cada momento, se encuentra es del todo efímera. El buque, como la aeronave, cumple su natural destino viajando y su viaje depara una continuada mutación de sumisiones a los distintos Ordenamientos jurídicos. La *lex rei sitae* se convierte así en un punto de conexión sujeto a cambio permanente y altamente inestable. Su inadecuación es entonces obvia.La ley de abanderamiento se muestra así más ventajosa, con el añadido de que no es sólo estabilidad lo que ofrece, sino también publicidad y oponibilidad frente a terceros.Una misma ley sirve para regular , no sólo la validez,contenido y efectos de los derechos de garantía, sino también las medidas de publicidad y la eficacia *erga omnes* de las garantías reales. V.BOUZA VIDAL,op.cit., pp.173-174. En el mismo sentido, a favor de la Ley del pabellón,V. DUQUE, La responsabilidad...cit.,p.25; RUIZ SOROA,op.cit.,p. 187; y FARIÑA,op.cit., p. 241, quien alude a "necesidades prácticas" que hacen irremplazable la ley del pabellón para regir las condiciones de publicidad relativas a los privilegios y a las hipotecas marítimas.

Decía EYNARD que un buque, con independencia del lugar donde se encuentre, no puede ser gravado mas que por privilegios consagrados por su ley de bandera y que, una vez que aquellos han cobrado vida, deben de poder ser invocados en todos los países conforme al principio de respeto internacional de los derechos adquiridos.V.EYNARD, op.cit., p.68.También, predicando la virtud de la ley del pabellón,PRICE,op.cit., p. 207.

Las indudables ventajas de la *lex signum*, como conexión de Derecho internacional privado llamada a regir los derechos reales sobre el buque, explican el éxito que aquella ha tenido en otros sistemas nacionales⁸⁶.

Al respecto hay dos países que revisten para nosotros un especial interés. El primero es Italia, cuyo régimen se asemeja mucho al consagrado en el Derecho español⁸⁷.

⁸⁶En Bélgica, país donde la jurisprudencia se muestra abiertamente contradictoria, la doctrina parece en cambio inclinarse netamente por la ley del pabellón. Así GOEMANS, estima que la ley del pabellón es la más apta, se deriva de las reglas generales de Derecho internacional privado y su aplicación supone el respeto de la soberanía del Estado que tiene la responsabilidad del estatuto comercial, social, fiscal y administrativo del buque. V. GOEMANS, P., *Privilèges maritimes et loi du pavillon*, Liber Amicorum LIONEL TRICOT, Kluwer, Antwerpen, 1990, p. 271. En el mismo sentido se pronuncian SMEESTERS y WINKELMOLEN, quienes, además, ven en el artículo 14 del Convenio de Bruselas de 1926: «*la consécration du système de la loi du pavillon tant en ce qui concerne les hypothèques que les privilèges que grèvent les navires ressortissant à un état contractant*». V. SMEESTERS et WINKELMOLEN, *Droit maritime et droit fluvial*, Bruxelles, 1929, T.I, p.125. También el Derecho alemán llama al pabellón cuando el criterio principal de la *lex rei sitae* resulta inviable.

⁸⁷Las disposiciones preliminares del C.c. italiano, aplicables a los buques hasta la aparición del *Código della Navigazione* ya establecían que las relaciones derivadas de la propiedad y los derechos reales sobre las naves quedaban sometidos al imperio de la ley del pabellón. Esta era la única competente para regir todos los aspectos de los privilegios, hipotecas y otros derechos reales, incluidos la constitución, forma, modalidades de ejercicio y prueba (excluyendo el régimen netamente procesal) y orden de prelación. V. BRUNETTI, *op. cit.*, pp. 54-56. Posteriormente, y como ya habíamos apuntado, las Disposiciones Preliminares del *Código della Navigazione* hicieron de la ley de la bandera el ordenamiento fundamental al cual hay que referirse para la disciplina internacional privatista de toda relación y/o situaciones jurídicas que gravitan en torno al tráfico marítimo internacional. En particular, el régimen establecido para los privilegios marítimos descansa en la ley del pabellón y es, como enseguida veremos, muy similar al del Derecho español. El artículo 6 del Código de la Navegación envía a la *lex signum* para la regulación de la propiedad y de los demás derechos reales y de garantía sobre el buque, incluidas las formas de publicidad de los actos de constitución, transmisión y extinción de tales derechos: «*La proprietà, gli altri diritti reali e i diritti di garanzia sulle navi e sugli aeromobili, nonché le forme di pubblicità de gli atti di costituzione, trasmissione ed estinzione di tali diritti, sono regolati dalla legge nazionale della nave o dello aeromobile*». Tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina, esta regla no constituye sino una adaptación de la *lex rei sitae* a las especiales circunstancias de movilidad propias de la nave. La nacionalidad de la nave, exteriorizada mediante el pabellón, constituye un punto de referencia fácilmente reconocible por todos los interesados, que permite localizar el ordenamiento jurídico aplicable de un modo seguro y unitario. V. CARBONE, Sergio M., *La disciplina...cit.*, pp. 210-211. Por otra parte, parece estar fuera de toda duda, que los derechos reales y los de garantía a los que se refiere el precepto incluyen tanto a la hipoteca como los privilegios marítimos.

Finalmente, y también como en España, ésta conexión se ha considerado

El segundo es Francia, cuya riqueza doctrinal precisa también mención aparte. Ciertamente es que en este país parece haber triunfado finalmente la *lex fori* y que la misma cuenta hoy con un predominante núcleo doctrinal de aceptación. Pero no es menos cierto que, aparte de alguna jurisprudencia antigua⁸⁸, la ley del pabellón contó con el apoyo de lo más granado de la dogmática jurídica de la primera mitad de este siglo.

En efecto, aparte de los "pabellonistas" a ultranza, que en las primeras décadas del siglo XX profesaron un irrestricto fervor a la ley del pabellón en el Derecho marítimo⁸⁹, la

de Derecho necesario, si bien ello no obsta a la libertad de los interesados para pactar la ley aplicable al contrato que origine la obligación garantizada. V. C.M.I., *Questionnaire... Replies of the Italian... cit.*. Sobre el artículo 6 del *Código italiano V.*, en general, ODDINI, Mario, *Sulla legge regolatrice del privilegi marittimi*, R.D.N., 1962 (I), pp.218-246.

⁸⁸La jurisprudencia menor de finales del pasado siglo mostraba en Francia algunos casos de aplicación de la ley del pabellón a los buques extranjeros embargados y vendidos en Francia, aunque, a veces, ésta solución se combinaba con el dominio de la *lex fori* para la prueba de los privilegios.

⁸⁹Este es el caso, e.g., de EYNARD. A lo largo de su obra contempla todas las instituciones clásicas del derecho marítimo: Propiedad y gravámenes sobre el buque; responsabilidad del propietario por los actos del capitán; contratos, averías y seguro. Y para cada una de ellas propugna el autor la unidad y estabilidad que se derivan, como ventajas incontestables, de la ley del pabellón. Frente a la *lex rei sitae*, que conduce a situaciones insatisfactorias, la ley del pabellón, donde el buque queda sujeto a un estatuto inmutable que, además, resulta determinado previamente y es claramente reconocible, ya que aparece indicado por el pabellón y por *l'acte de nationalité* (Patente de Navegación, en nuestro caso). Sólo la ley del pabellón parece que permite salvaguardar adecuadamente los intereses de terceros, ya que permite conocer a los acreedores que contratan con el buque cual será la ley aplicable a su relación jurídica. El buque, dice EYNARD, es una cosa esencialmente nacional, cualidad que conserva en cualquier lugar por el que viaje. ¿Qué cosa más natural, pues, que quede sometida, como una persona, a la ley de su país de origen? Además es una cosa individualizada, que se parece a un inmueble que se desplaza pero que posee un lugar de sede fijo en el que puede ser localizado: su puerto de matrícula. Bien visto, el verdadero *situs rei* es, para el buque, el país de su puerto de matrícula. En definitiva, el autor concluye que la ley del pabellón debe ser elegida como regla normal de solución de los conflictos de leyes en derecho marítimo, por ser conforme a la naturaleza jurídica del buque, de fácil observación por los armadores, justa y equitativa cara a los terceros y apta para proteger sus intereses. V. EYNARD, *op.cit.*, pp. 20-23.

Su construcción descansa, no obstante, en una desfasada percepción del sentido de la nacionalidad del buque que no tiene en cuenta el proceso evolutivo del contenido del concepto al que anteriormente nos habíamos referido.

conexión fue viva y concretamente defendida para los privilegios por destacados autores como EYNARD⁹⁰, PAUNESCO⁹¹, CARRUS⁹², o NIBOYET⁹³. Y ,en la doctrina moderna, tampoco ha faltado en Francia quien se ha pronunciado a favor de la *lex signum* , aunque

⁹⁰Para EYNARD, la admisión de la ley del pabellón en materia de privilegios venía exigida por la reciprocidad internacional. Si el artículo 192 del *Code de commerce* sujetaba a la ley francesa los privilegios nacidos durante el viaje de un buque frances, habría que admitir que los nacidos en el curso de la expedición de un buque extranjero habían de quedar sujetos a su ley nacional. Sólo la ley del pabellón ofrecía una solución lógica y justa, capaz de salvaguardar eficazmente el crédito marítimo a través de la seguridad que su invariabilidad y claridad proporcionaba a los prestamistas sobre la nave. V. EYNARD, *op.cit.*, pp.73-74. Y ello valía para todos los aspectos del privilegio. La *lex signum* debía extender su imperio a la determinación del rango y orden prelativo de cada uno de los créditos privilegiados, así como a todos los efectos de éstos, tales como a la concreción de la extensión del patrimonio afecto a la seguridad del crédito y a la subrogación frente al asegurador. Y ,como corolario de lo anterior, también los modos de justificar y probar el crédito privilegiado han de someterse a la ley del pabellón. EYNARD observa las incoherencias e injusticias de algunos fallos judiciales, que quieren someter la prueba de los privilegios a la ley francesa y, con RIPERT, admite que la regla *locus regit actum* juege ,junto a la *lex signum* y siempre que no la conculque, cada vez que sirva para ofrecer mayores facilidades para la prueba de los créditos correspondientes. V. EYNARD, *op.cit.*, pp.73-83.

⁹¹Por su parte, PAUNESCO afirmaba que la doctrina clásica se había decantado en Francia a favor de la ley del pabellón. Si los bienes muebles ,en general, se regían por la *lex rei sitae* ,ello era porque no poseían ni nacionalidad ni individualidad constatable. Por ello había que recurrir al territorio en que se encontraban ,que es el único elemento material apreciable para establecer la competencia de la ley. Pero los buque si poseían aquellos atributos, por lo que la ley del pabellón, que exterioriza su nacionalidad y país de registro, resultaba mucho más apropiada e intangible. V. PAUNESCO, *op.cit.*, pp.37-40.

⁹²También CARRUS, en sede de contemplación particular de los privilegios de naturaleza refaccionaria, se mostraba rotundamente a favor de la ley del pabellón, que por su inmutabilidad y predictibilidad debía regir la validez, los efectos y las causas de extinción de los privilegios. V. CARRUS, *op.cit.*, p. 134. Además, y en el mismo sentido que EYNARD y RIPERT, observaba CARRUS que: «*L'application facultative el parallèle de la loi locale sera admise toutes les fois qu'elle présentera les avantages d'une facilité plus grande de preuve et qu'elle n'ira pas à l'encontre d'une disposition formelle de la loi du navire*». V. CARRUS, *op.cit.*, p. 137.

⁹³Particular atención ofrece la solución ofrecida por NIBOYET, que resuelve la conexión a favor del registro cuando este difiere del pabellón. Atendiendo a la existencia de algunos casos de disociación pabellón-registro en la navegación fluvial (buques griegos del bajo Danubio con puerto de matrícula en los puertos rumanos de Galatz y Braila), estima relevante la ley del registro y no la del pabellón, por cuanto aquella es la que representa a la *lex rei sitae*, que es la regla general de la que dimanán las especiales para los bienes muebles *in transitu*. La teoría puede verse en : NIBOYET, J.P., *Des conflits de la lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits sur les meubles corporels à titre particulier*, Thèse, Paris, Sirey, 1912. V. un resumen y las palabras críticas de RIPERT, en PAUNESCO, *op.cit.*, pp.33-36, que es de donde tomamos la referencia de la obra.

sólo sea para someter a un tratamiento unitario a privilegios e hipotecas⁹⁴.

Es más, la ley del pabellón , para los privilegios marítimos en particular, es la única que llegó a obtener cierto reconocimiento internacional en los intentos codificadores del pasado siglo⁹⁵.

Pero aún más evidente resulta la idoneidad de la ley del pabellón cara a la regulación de los gravámenes reales contractuales. Aquí adquiere especial importancia , en particular para la hipoteca naval. Es en el puerto de matrícula donde se centraliza toda la información relativa a la hipoteca y a los demás gravámenes inscritos. Es allí donde todos los interesados, acreedores, eventuales compradores, podrán informarse acerca de la situación jurídica del buque.

Combinada con la publicidad registral y las leyes nacionales que exigen la conformidad previa de los acreedores inscritos para dar de baja al buque y conceder su exportación, la ley *signum* es la que ofrece mayor protección y seguridad al crédito hipotecario que, como sabemos, es hoy día indispensable para la construcción y adquisición de los buques mercantes.

Así se explica que , incluso los Ordenamientos que se niegan a aceptar la ley del pabellón para los privilegios marítimos, la

⁹⁴V. BATIFFOL et LAGARDE, *op.cit.*, n°. 508.

⁹⁵La ley del pabellón fue la conexión elegida por el Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Bruselas de 1885 (10 y 11 de septiembre de 1885), «Proyecto de Reglamento Internacional de los Conflictos de Leyes en materia marítima. La Ley del pabellón debe servir para determinar: ...5°) cuales son los créditos garantizados por un privilegio marítimo; 6° cual es el rango de los privilegios sobre un navio». V. éste texto en francés en CARRUS, quien lo toma del Anuario del Instituto de Derecho Internacional. *op.cit.*, p. 133, nota (2).

También en el "Congreso Internacional de Derecho Comercial", celebrado en Bruselas en 1888. V. EYNARD, *op.cit.*, p.76.

reconozcan como criterio determinante para la validez de las hipotecas y de los *mortgages*. Tal es el caso de Inglaterra⁹⁶ y de otros países de la órbita anglosajona⁹⁷.

Y puede decirse que lo mismo ocurre en Francia. En efecto, desde 1.874 los tribunales franceses admitieron la hipoteca o *mortgage* constituida según la ley de un pabellón

⁹⁶Paradojicamente, la conexión pabellón para regular los conflictos de leyes en materia de gravámenes sobre el buque parece tener su origen en el contexto doctrinal Anglosajon. Así MANCA, atribuye a MACLACHLAN el mérito de haber defendido, por primera vez, el principio de sujeción de los derechos reales y de garantía sobre el buque a la ley marítima de la bandera. Tras haber sido recogido en diversas decisiones judiciales inglésas, el referido principio habría pasado luego a otras legislaciones y se encontraría en la base del actual artículo 6 del Código italiano. V. MANCA, *Commento alle Convenzioni Internazionali Marittime*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1974, V.I, p.20.

Pero finalmente, la jurisprudencia ha ido fijando a lo largo del siglo y no sin vacilaciones, la competencia de la ley del pabellón para gobernar los conflictos de leyes en materia de *mortgages*. La regla fue ya admitida por CONSTANS en 1920, aunque hay que decir que sin demasiado entusiasmo. «*It must however, be confessed that the number of reported cases on this branch of law is small, and deciding principles cannot be stated with any degree of certainty. It is submitted, however, though with some little hesitation, that the law of the ship's flag is that which prima facie governs a maritime mortgage where a conflict of laws arises*». CONSTANS, *op.cit.*, p.107.

En cualquier caso, la Ley del pabellón es competente para determinar la validez de la constitución del gravamen hipotecario o *mortgage*, incluidos los requisitos formales y de publicidad que puedan ser exigibles de acuerdo con dicha ley, pero la prioridad que deba darse a la hipoteca frente a otros acreedores es considerada una cuestión de procedimiento que queda sujeta a la *lex fori*. V. CONSTANS, *Id*.

Más recientemente, siguiendo la misma línea, se cita el Angel Bell (1979), donde el juez DONALDSON aludió a la clásica noción de la territorialidad del buque para justificar esta posición. Distinto de la garantía accesoria que constituye el *mortgage* es el contrato principal de préstamo, cuya regulación se somete a la ley pacionada o, en su defecto, a la *proper law*. Así JACKSON, *op.cit.*, pp.343-344. Sin embargo, un atento examen del Angel Bell muestra la relatividad de esta conclusión. Es cierto que la validez de un *mortgage* depende de la ley de su puerto de registro (*lex signum*). Pero si dicha ley conduce a declarar la invalidez del gravamen, el acreedor puede aún hacer valer su derecho frente al deudor en los tribunales ingléses amparándose en la existencia de un *equitable mortgage*. La lección que hay que extraer del Angel Bell es que, si dicha pretensión prospera, la hipoteca no será oponible a los acreedores privilegiados y demás reales sobre el mismo buque, pero será en cambio exigible y eficaz frente al deudor (*mortgagor*) y sus acreedores personales. V. TETTENBORN, *Maritime securities...cit.*, 1980, pp. 404-410.

⁹⁷En los Estados Unidos, la Subsección K de la *Ship Mortgage Act*, 1920, en su forma enmendada (46 U.S.C. § 951) prescribe que un *mortgage* extranjero será considerado prefente «...*if such mortgage...has been duly and validly executed in accordance with the laws of the foreign nation under the laws of which the vessel is documented and has been duly registered in accordance with such laws in a public register either at the port of registry of the vessel or at a central office...*». Análoga disposición se contiene en el *Liberian Code of Laws (Maritime law)*, de 1956 (Section 112A, Title 22).

extranjero⁹⁸.

A partir de entonces quedó removido cualquier obstáculo de "orden público" y se fue consolidando una posición jurisprudencial y doctrinal abiertamente partidaria de la *lex signum* para gobernar todos los aspectos de la hipoteca, excepto los de orden exclusivamente procesal, situación que perduraría a lo largo de este siglo⁹⁹ y llegaría hasta nuestros días¹⁰⁰,

⁹⁸Una vez aprobada la ley de hipoteca naval de 1.874, los tribunales franceses no tuvieron inconveniente en admitir la validez de las hipotecas constituidas sobre un buque extranjero y de acuerdo a una ley extranjera, postura que fue asimismo mantenida por la doctrina de la época, la cual se pronunció a favor de la aplicación de la ley del pabellón para resolver los problemas relativos tanto a la forma como a los efectos de la hipoteca, sin perjuicio de considerar aplicable la ley personal del constituyente en materia de capacidad. El fallo del Tribunal de casación de 25 de Noviembre de 1.879 reconoció la validez de una hipoteca constituida según la ley extranjera en un buque extranjero, sobre la base de que el art. 1° de la Ley de 10 de Diciembre de 1.874 autorizaba la hipoteca de las naves, por lo que, aún siendo aquella solo aplicable a los buques franceses, no podía entenderse que la hipoteca sobre buque extranjero estuviese prohibida en Francia. El mismo fallo declaró que las formalidades previstas en la mencionada Ley de 1.874 no resultaban aplicables mas que a los buques franceses, por lo que su falta de cumplimiento no podía servir de obstáculo para el reconocimiento de las hipotecas constituidas según las formas previstas en el Derecho extranjero. Del mismo modo, y según nos dice GONZALEZ REVILLA, la doctrina (LYON CAEN; FIORE, CAVAGNARI, VALROGER), estimó que la hipoteca foránea no podía estar a priori desprovista de eficacia. La ley del pabellón, fue considerada como la mas adecuada para regir la forma y los efectos de la hipoteca, habiéndose destacado a tal efecto la sentencia del Tribunal de Casación francés de 25 de Diciembre de 1.879, que se apoya en la equivocada idea de la extraterritorialidad de los buques. V. el estado de la doctrina y jurisprudencia franceses a finales del pasado siglo en GONZALEZ REVILLA, *op.cit.*, pp.83-95; también, PAUNESCO, *op.cit.*, pp.50-51.

⁹⁹Derrumbado el obstáculo del orden público que había sido tradicionalmente esgrimido para denegar el reconocimiento de la hipoteca extranjera, la ley del pabellón quedaría consagrada, en doctrina y jurisprudencia, como unica competente para regular tanto la validez de la constitución de la hipoteca (incluido el requisito de publicidad registral) cuanto los distintos aspectos relativos a sus efectos (e.g. la naturaleza convencional o legal y el alcance de la subrogación del acreedor hipotecario frente al asegurador del buque; o el alcance del asiento objetivo de la hipoteca). Tan sólo las formas de procedimiento para la ejecución hipotecaria escaparían de la *lex signum* para caer bajo el imperio de la *lex fori*. Los consabidos argumentos a favor de ésta solución, i.e., estabilidad, fiabilidad, publicidad, etc., son explicados por EYNARD. V. EYNARD, *op.cit.*, pp. 43-62. El autor insiste en la necesidad de manejar un concepto estricto del orden público a la hora de enjuiciar la aplicabilidad del Derecho extranjero (como ejemplo, señala el funcionamiento del mortgage como pacto comisorio. Aunque la disposición que prohíbe el pacto comisorio en Francia es de orden público interno, sólo tiene por objeto la protección de los deudores en Francia y no debe constituir obstáculo para que los extranjeros ejerzan en dicho país los derechos que les reconoce su ley nacional) V.*op.cit.*, p. 56. EYNARD cita expresamente a LABBÉ; LYON-CAEN et RENAULT; RIPERT; SURVILLE et ARTHUYS; VALERY y VALROGER, como doctrina favorable a la ley del pabellón y, con LYON CAEN

aunque no han faltado voces que han insistido en la inseguridad que ,en esta materia, ofrece la jurisprudencia gala¹⁰¹.

Finalmente y en la esfera del Derecho convencional internacional, conviene insistir en que la aprobación del Convenio de 1926 supuso el reconocimiento generalizado de la Ley del pabellón en punto a la regulación de los gravámenes navales contractuales, a salvo de la lógica implantación de la *lex fori* en materia procesal. La misma solución sería luego recogida en el Convenio de 1967 y se consolidaría definitivamente en el Proyecto de Lisboa y en el de la OMI/CNUCDE¹⁰².

et RENAULT, concluye lo siguiente: 1) La hipoteca constituida sobre un navio extranjero según su ley nacional podrá ser ejecutada en Francia; 2) Incluso en aguas francéas, no se puede conceder valor a una hipoteca sobre el buque, cuando el país de su bandera no reconozca esta institución; 3) La hipoteca constituida sobre un buque francés se ha de poder ejecutar en todos los países. V. EYNARD, *op.cit.*, 54-55.

¹⁰⁰Recientemente, se ha sostenido que , en defecto de aplicación del Convenio de 1926, la hipoteca puede quedar sujeta a la *lex fori* , como lugar donde se embarga el buque y se invocan los efectos del gravámen. V. REMOND-GOUILLOUD, *op.cit.*, Pedone, n° 2 Etudes Internationales, París, 1988, p.149.

También se ha aludido a la incongruencia que supone otorgar un papel decisivo al pabellón para determinar si se aplica o no el Convenio de 1926 y olvidarlo, en cambio, en caso negativo. V., acerca de ésta reflexión y, en general, a favor de la ley del pabellón: VIALARD, *op.cit.*, pp.325-326.

¹⁰¹La ley francesa de 1967, sobre el estatuto de los navios, contiene dos disposiciones que corroboran la validez de las hipotecas adquiridas bajo pabellón extranjero. Se trata de los artículos 49 y 50, en cuya virtud las garantías reales convencionales, constituidas sobre un buque con anterioridad a su afrancesamiento (*francisation*) serán ejercitables y oponibles si se cumplen ciertas condiciones de publicidad. Sin embargo, la ley no resuelve el problema del reconocimiento de la hipoteca sobre buque extranjero embargado en Francia. Sobre este particular señala SOYER que aunque algunas decisiones judiciales se han inclinado por la ley del pabellón, otras han preferido la ley del foro invocando la razón de que una garantía sin desposesión es difícil de conocer por los lejanos acreedores de otros países que se relacionan con el buque. V. SOYER, *Les aspects...*, JDI, 1969, p. 627.

¹⁰²En efecto, como ya se ha dicho, el artículo 1 del Convenio de Bruselas de 1.926 es una norma típica de Derecho internacional privado uniforme que, como tal, tiene por objeto determinar cual es la ley que los Estados parte del Convenio han de considerar como aplicable a la constitución de las hipotecas , *mortgages* y prendas sobre los buques, ley que no es otra que la del pabellón del buque en cuestión. V. ALONSO LEDESMA, *op.cit.*, p. 115. Esta misma norma se ha mantenido en los respectivos artículos 1 de los textos internacionales aludidos.

98.-El artículo 10.2 del Código Civil.

Nuestro derecho positivo ha acogido el criterio de la ley de la nacionalidad o ley del pabellón a la hora de elegir punto de conexión para todos los derechos que se constituyan sobre el buque¹⁰³. En efecto, el Artículo 10.2 del Código Civil prescribe lo siguiente: «Los buques, las aeronaves y los medios de transporte por ferrocarril ,así como todos los derechos que se constituyan sobre ellos , quedarán sometidos a la ley del lugar de su abanderamiento,matricula o registro.Los automóviles y otros medios de transporte por carretera quedarán sometidos a la ley del lugar donde se hallen».

La norma transcrita no refleja, de ningún modo, una noción subjetivizadora del buque¹⁰⁴ ni es trasunto de cualquier pretendida territorialidad de la nave¹⁰⁵.Tal y como ha puesto de

¹⁰³La solución de la ley del pabellón había venido siendo admitida por la doctrina española hasta que, en 1974, logro positivizarse al abrigo de la reforma de nuestro Derecho Internacional Privado.La explicitación legal de la regla del pabellón apareció con la reforma del Título preliminar del C.c. en 1974. La norma del artículo 10.2 del C.c. no figuraba en los primeros trabajos preparatorios para la reforma. Su origen inmediato hay que encontrarlo en el texto propuesto por la Ponencia de la Comisión de Justicia, que propuso un tratamiento especial para determinados bienes, entre los que se citaban expresamente los buques y las aeronaves. V. REMIRO BROTONS, Antonio, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Ed.Revista de Derecho Privado (Edersa), Madrid,1978, T.I, pp. 230-231.

¹⁰⁴Lo infundado de cualquier postura que intente justificar la ley del pabellón a partir de un empleo equivoco del concepto de nacionalidad se revela por el hecho de que aquella conexión es adoptada por legislaciones que rigen el estatuto personal por el domicilio y no por la nacionalidad. V. MIAJA DE LA MUELA, *op.cit.*, p. 390.

¹⁰⁵Ya sabemos que el buque mercante no constituye un ámbito territorial de soberanía por lo que la ley de la bandera del buque no equivale ,lisa y llanamente, a la *lex loci*.A ello se opone la regla especial contenida en el artículo 11 del C.c. según la cual, si los contratos fueran otorgados a bordo de los buques durante su navegación, se entenderán celebrados en el país de abanderamiento a los efectos de la determinación de la ley reguladora de sus formas y solemnidades. Si el buque mercante constituyese un ámbito territorial de soberanía, sobraría la regla transcrita ,pues bastaría con la regla general de remisión al país en que se otorguen los contratos. Esta circunstancia ha sido mencionada por GONZALEZ CAMPOS , para quien, a falta de una directa vinculación del acto con un espacio sometido a su soberanía, el legislador a estimado aquí que aquel debe entenderse celebrado en el país del abanderamiento. Por otra parte, según el mismo autor, el buque en puerto no

relieve la doctrina internacionalista , aquella se limita a establecer una especialidad o variedad de la *lex rei sitae* para determinados bienes muebles, cuya inmanente movilidad desaconseja, por necesidades prácticas, la aplicación pura y simple de la mencionada regla general¹⁰⁶. Se trata de los bienes que, en alguna ocasión, se han llamado "supermuebles"¹⁰⁷, uno de cuyos exponentes más significativos es el buque¹⁰⁸.

Sea como fuere, el precepto transcrito nos plantea a nosotros el inicial problema de saber si los privilegios marítimos pueden o no entenderse comprendidos entre los «derechos» a que el mismo se refiere, *i.e.*, los que «se constituyan» sobre el buque. La importancia de la cuestión es obvia. Pues bien, parece que no hay duda en cuanto a que la norma es aplicable a todo tipo de

puede entenderse en navegación, a los efectos de la regla especial comentada, por lo que las formalidades de los actos realizados a bordo se sustraen del imperio de la ley del pabellón y quedan sometidos a la *lex loci*. Queda así marcada una clara distinción entre una y otra conexión. V. GONZALEZ CAMPOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales...cit.*, V.I, pp. 138-139.

¹⁰⁶Aunque la *lex rei sitae* ostenta la competencia general para regir los derechos reales mobiliarios, a veces y por diversas razones, la regla ha debido de ser abandonada a favor de otras conexiones que han parecido más adecuadas a la naturaleza especial de algunos bienes muebles. En tales supuestos la inicial ventaja que supone la identificación entre localización jurídica y localización física del bien se ve notablemente disminuida, cuando no desaparece totalmente. Se trata, de los bienes que pueden calificarse como "itinerantes", entre los que figuran los bienes en tránsito y los medios de transporte. A los primeros, conyunturalmente en movimiento, se les asigna la ley del lugar de expedición de la mercancía (art. 10.1. §3 del C.c), a los segundos (buques, aeronaves y ferrocarriles), bienes de inmanente movilidad, la ley de su «abanderamiento, matrícula o registro» (art. 10.2 C.c.). V. BOUZA VIDAL, *op.cit.*, p.131.

¹⁰⁷Como dice REMIRO BROTONS, la aplicación de la *lex rei sitae* a los denominados "supermuebles", resulta demasiado insegura, fortuita y aleatoria, en detrimento de la seguridad jurídica y en beneficio del fraude de ley. Además es impracticable en el caso de Alta Mar. V. REMIRO BROTONS, *op.cit.*, p. 230.

¹⁰⁸La singularidad en la aplicación de la *lex rei sitae* se explica por cuanto el destino normal de la nave es la navegación, bien el Alta Mar, donde ninguna ley que no sea la del pabellón puede ser aplicada, o bien en puerto extranjero, donde la aplicación de la *lex rei sitae* revestiría un carácter tan aleatorio que sería incompatible con la certidumbre mínima que demandan los derechos de todos los interesados. V. MIAJA DE LA MUELA, *op.cit.*, p. 390.

gravamen naval, lo que permite incluir a los privilegios marítimos¹⁰⁹.

Desde otra perspectiva, se ha observado que la dicción literal del precepto comentado remite a criterios plurales de conexión : "abanderamiento"; "matricula" o "registro", con la consiguiente dificultad de determinar cual de ellos resulta competente cuando no todos ellos llamen inequívocamente al mismo ordenamiento. La situación ha sido resuelta en el sentido de considerar la exclusiva competencia del pabellón para los buques¹¹⁰.

Otro problema ínsito en nuestra norma conflictual es el relativo a si la misma es capaz para cubrir todos los momentos y aspectos de la vida del privilegio. Se trata de saber si la ley del pabellón ha sido llamada por el legislador para regular tanto la constitución del privilegio como su vida

¹⁰⁹La naturaleza de derecho real de garantía que ostentan los privilegios marítimos hace que estos deban de seguir ,en Derecho internacional privado, la misma suerte que las garantías reales de origen convencional. A ello no se opone su origen legal y su carácter generalmente oculto, pues ,no cabe duda de que se trata de derechos "constituidos" sobre el buque a los efectos del artículo 10.2 del C.c. Distinto es el caso de los privilegios en el sentido civil tradicional de simple facultad de preferencia, pues estos , al carecer de naturaleza real , son gobernados en Derecho internacional privado por la *lex causae*, si bien, cuando se trata de ventilar su concurrencia y prioridad de rango habrá que estar a una ley única que, en opinión de BOUZA VIDAL, no podrá ser otra que la *lex rei sitae* actual o ley del embargo. V. BOUZA VIDAL, *op.cit.*, p. 227.

Por su parte, RUIZ SOROA considera indudable que la norma se refiere, como mínimo, a todo tipo de derechos reales sobre el buque. Señala el autor que, a la naturaleza real de los privilegios, no debe oponerse el argumento de que la más intensa conexión de aquellos se da con el lugar donde nace el crédito privilegiado y no con el lugar de la bandera (a diferencia de la hipoteca, sometida siempre a publicidad en el Estado de pabellón), ya que , la ley no autoriza tal interpretación, además de conducir esta solución a la admisión de leyes distintas para cada privilegio, con el consiguiente caos en la administración judicial de la cuestión. V. RUIZ SOROA, *Crédito...cit.*, p.187.

¹¹⁰El tenor literal es claro. Se refiere , sucesivamente, a tres clases de vehículos , utilizables en otros tantos modos de transporte, y asigna una conexión precisa y distinta a cada uno de ellos, i.e., el abanderamiento para el buque; la matricula para las aeronaves; y el registro para los medios de transporte por ferrocarril.

(cesión, modificación, etc.) y ejecución y, en particular la determinación de su grado de preferencia con respecto a otros privilegios o gravámenes.

Desde luego no parece haber duda respecto a la competencia de la *lex signum* para todo cuanto afecta al nacimiento, estructura y dinámica del privilegio, incluidos, en su caso, los requisitos formales y de publicidad¹¹¹.

Claro es que el reconocimiento general de la ley del pabellón no debe ser obstáculo para la aplicación de la regla *locus regit actum* a las formalidades exigidas por aquella para la validez del privilegio. Así, cuando nuestro C. de c. llama a la intervención de juez o tribunal extranjero (Cfr. art. 583), no cabe duda de que serán admisibles y poseerán pleno valor probatorio los documentos otorgados conforme a la pertinente ley extranjera (art. 11.1 C.c.). Naturalmente ello siempre en la medida en que la ley de realización del acto no contradiga, sino que más bien de sentido o complemento, las prescripciones formales establecidas en el propio C. de c., las cuales se han de aplicar siempre (art. 11.2 C.c.)¹¹².

Respecto a la prelación hay que contestar, en principio, también afirmativamente. Así se pronuncia la opinión más representativa de nuestro Derecho marítimo. La prelación de créditos pertenece, en nuestro Ordenamiento al derecho

¹¹¹Aunque el artículo 10.2 no contiene ninguna mención expresa a la publicidad (a diferencia de lo que ocurre en el párrafo anterior), hay que entender que la ley del pabellón extiende su dominio al régimen de publicidad de los actos de constitución, transmisión y extinción de los derechos reales sobre los buques. V. REMIRO BROTONS, *op.cit.*, pp. 233-234.

¹¹²V., esta misma reflexión, para el Derecho francés, en EYNARD, *op.cit.*, p. 78-83.

sustantivo, no al adjetivo. Y esta afirmación es suficiente para que la determinación de las preferencias caiga de lleno dentro del ámbito del artículo 10.2 del C.civil¹¹³.

Se ha dicho al respecto que cualquier otra opción supondría la existencia de un elevado grado de inseguridad jurídica para los acreedores¹¹⁴.

Sin embargo algunas importantes opiniones iusprivatistas internacionales parecen inclinarse por la *lex fori*, que consideran imperativa en materia de preferencias¹¹⁵. Y esta conexión, convertida en *lex concursus*, se ha visto también como la única competente cuando la preferencia de los privilegios se ventila en situación de quiebra o concurso del propietario del buque¹¹⁶.

¹¹³ Así, se afirma en la respuesta dada por la AEDM al formulario del C.M.I.; V. C.M.I., *Questionnaire...Replies by the Spanish Maritime Law Association*.

¹¹⁴ Así RUIZ SOROA, quien se muestra en contra de la idea de que la graduación de los créditos participa de una naturaleza procesal y debe, por ello, quedar sometida a la *lex fori*. V. *Crédito marítimo con garantía....cit.,p.188*.

¹¹⁵ Nos referimos, en concreto a BOUZA VIDAL. La autora ha explicado recientemente que el efecto expansivo de la *lex fori*, que goza de aceptación cuando se produce en detrimento de la *lex rei sitae*, resulta mucho más discutible cuando es la conexión especial de la ley del pabellón la que entra en colisión. Pero a continuación parece apoyar la ley del embargo (equivalente a la *lex rei sitae* actual) frente a la del pabellón para la determinación de la preferencia de los distintos acreedores: «Cada vez que estas leyes (se refiere, entre otras, a la del pabellón) no coinciden con la ley del lugar de situación efectiva/ley del embargo de la cosa, el carácter imperativo de las disposiciones que regulan el rango de preferencia entre los acreedores conducen a la aplicación de la ley del embargo/*lex rei sitae* actual. Ello claro está, sin perjuicio de que la validez del título que alega el acreedor garantizado se determine por la ley que el legislador ha declarado aplicable a estos bienes en sustitución de la *lex rei sitae* (de nuevo se refiere, entre otras, a la ley del pabellón)». V. BOUZA VIDAL, *op.cit.*, pp.174 y 227. Aún sin pronunciarse claramente en éste sentido, REMIRO BROTONS apunta la posibilidad de que el número y la prelación de los privilegios de los acreedores marítimos se sustraiga a la ley del pabellón y quede sometida a la ley del foro, bien por la vía de la calificación procesal o bien por la del recurso a la excepción de orden público. V. REMIRO BROTONS, *op.cit.*, pp. 234-235.

¹¹⁶ Explica BOUZA VIDAL que otra manifestación de la importancia de la ley de situación actual del bien mueble, como punto de conexión que se impone a cualquiera otro, se da en caso de quiebra o concurso. En tal supuesto, la *lex*

Prescindiendo ahora del análisis de la necesidad de que la ejecución real de los acreedores privilegiados sobre el buque deba llevarse a la masa concursal (necesidad más que discutible), nos inclinamos por pensar que es más convincente la tesis de la ley del pabellón.

El artículo 10.2 no distingue cuando llama a una misma conexión para la determinación de la ley aplicable a los gravámenes reales sobre el buque. Por ello, debe entenderse que la única exclusión posible es la de las normas procesales, naturaleza de la que no participa la estructura de los derechos reales de garantía.

El precepto ofrece así un régimen unitario que, salvo en los supuestos de conflictos móviles, poco tiene que envidiar al que proporciona la *lex fori*. Además (aunque éste no es un argumento jurídico) ,no puede decirse que nuestro Derecho de origen interno se caracterice ,precisamente, por su actualidad y coherencia. Su aplicación a toda ejecución real en los juzgados españoles estaría en muchas ocasiones coronada de mayores dificultades que las que produciría el recurso a la ley de la nacionalidad del buque.

Otro problema que debe ser considerado en cualquier sistema como el nuestro es el relativo a los buques carentes de pabellón. En efecto, puede ocurrir, aunque éste es un supuesto más bien extraño en la práctica, que el buque gravado esté desprovisto de

concursum determina los requisitos de publicidad que debe reunir la garantía para poder oponerse a la masa concursal, el rango y prioridad de los créditos privilegiados que concurren sobre un mismo bien y las modalidades de realización de la garantía en el seno del concurso. Para la ley del pabellón queda la validez de la garantía en el momento de su constitución y sus vicisitudes hasta el momento del concurso. Cfr. BOUZA VIDAL, *op.cit.*, p. 174 y 231.

nacionalidad o no sea esta conocida, e.g., por encontrarse en el interregno entre la baja en un registro y la alta en otro; porqué sea destinada a un uso distinto de la navegación; o porqué ha sido objeto de hallazgo (salvamento) y no hay elementos suficientes para su identificación¹¹⁷.

En tal supuesto, excluido desde luego de la aplicación del Convenio de 1926, creemos que debe recuperar su plena vigencia la regla general consagrada en el artículo 10.1 del C.civil para las garantías reales mobiliarias, en general, i.e., la *lex rei sitae*. Desaparecido el supuesto de hecho para la aplicación de la norma especial renace el imperio de la norma general, solución que, por otra parte, no encuentra ningún inconveniente si se repara en que un buque sin nacionalidad difícilmente navega (como no sea remolcado)¹¹⁸.

Finalmente, no hay que olvidar que la conexión bandera ha sido estimada de Derecho necesario y ,como tal, indisponible por la voluntad de las partes, quienes, como ya quedo dicho, si podrán ,en cambio, hacer uso de su autonomía para designar la ley aplicable a la obligación principal¹¹⁹.

Consecuencia de todo lo dicho es que nuestro juzgador debe aplicar a los buques extranjeros de país no contratante del

¹¹⁷La desnacionalización del buque está prevista también por algunos pocos países como sanción administrativa o penal accesoria por incumplimiento de la legislación marítima o de contrabando. V., sobre ésta cuestión y ,en general, sobre los problemas de Derecho Internacional Público que plantean los buques sin nacionalidad, MEYERS, *op.cit.*, pp.309-323.

¹¹⁸Según ha señalado BERLINGUERI, refiriéndose al mismo supuesto en el Derecho italiano, cuando una nave está privada de nacionalidad, el criterio de conexión principal debe ser abandonado a favor de un criterio subsidiario, que no puede ser otro que el establecido en al artículo 22 de C.c. italiano, que llama a la *lex rei sitae* para regir la propiedad y los derechos reales sobre los bienes.V. BERLINGUERI, *I diritti di garanzia...cit.*, pp. 25-27.

¹¹⁹V. C.M.I., *Questionnaire... Replies by the Spanish...cit..*

Convenio la regla de conflicto contenida en el art. 10.2 del Código Civil, que remite al derecho del país del abanderamiento.

Naturalmente, la aplicación del derecho extranjero sigue, en este caso, las reglas generales, por lo que, de no probarse aquel, entrarán entonces en juego las normas españolas de origen interno¹²⁰.

¹²⁰En contra RUIZ SOROA, quien estima que, en defecto de prueba del Derecho extranjero, deberán aplicarse por el juez español las normas del Convenio, por ser éstas las únicas vigentes en España, a salvo del papel complementario llamado a jugar por las normas de origen nacional. V. RUIZ SOROA, *Manual...cit.*, p. 59.

Capítulo XV

La Ley del pabellón y los conflictos móviles

99.-La mutabilidad de la conexión.

La conexión pabellón es estable pero no inmutable. Y es evidente que ésta realidad es irrelevante en aquellos Ordenamientos que descansan en la *lex causae*, *lex rei sitae* o en la ley del foro.

Sin embargo, la elección de la nacionalidad del buque como ley aplicable a los derechos reales sobre el buque conlleva la inevitable servidumbre del problema de interpretación que se plantea cuando aquella varía en momento posterior al nacimiento de un privilegio marítimo pero con anterioridad a su ejecución.

Cada vez que el buque sea exportado a una persona extranjera y ésta proceda a matricularlo en un nuevo registro, se producirá una mutación del punto de conexión elegido por nuestro legislador para la regulación de los derechos constituidos sobre el buque, que constituye un supuesto de lo que en Derecho Internacional Privado se conoce como "conflicto móvil"¹²¹.

La dificultad estriba entonces en determinar cual de las posibles leyes, la del pabellón anterior o la del pabellón en

¹²¹Al parecer, el término de "conflicto móvil" en Derecho Internacional Privado se debe a BARTIN y hace referencia a «la influencia que ejerce sobre las situaciones jurídicas existentes la modificación de las circunstancias de hecho o de derecho en que se basa la determinación de la ley aplicable». Al producirse una mutación transnacional -de índole personal o territorial- en el elemento de la relación jurídica llamado por la norma de conflicto para determinar la ley aplicable, tiene lugar también el cambio de ésta y se hace preciso saber cual de las dos, la anterior al cambio o la posterior, resulta competente para regular la nueva situación creada. V. BOUZA VIDAL, *op.cit.*, pp.179-180.

el momento de la ejecución , habrá de ser elegida para determinar la validez ,ejecutoriedad y prelación de los privilegios marítimos. En otras palabras, hay que resolver el problema del momento respecto al cual está llamado a funcionar el criterio de conexión.

Y es que ocurre frecuentemente que, cuando el legislador ha optado por la nacionalidad de la nave, no ha tenido en cuenta que se trata de un criterio o conexión susceptible de variar en el tiempo, con la consiguiente entrada en juego de una nueva individualización de la ley designada para regular la relación jurídica¹²².

El problema se complica aún más cuando son varios los cambios de pabellón producidos durante la vida del privilegio y, en particular, cuando aquellos son de "ida y vuelta", como consecuencia de un abanderamiento provisional.

Antes de pasar al estudio de este asunto, parece conveniente insistir en que el conflicto móvil sólo puede venir asociado a un genuino cambio de registro. En concreto, no habría conflicto móvil por el hecho de la inscripción de un buque en el proyectado Registro Comunitario EUROS. Y ello por cuanto la hipótesis prevista en los distintos proyectos de Reglamento preparados por la Comisión CEE no comporta exportación del buque ni cambio de

¹²²Normalmente las normas positivas internas de los países que aceptan la *lex signum* no ofrecen una respuesta directa a esta cuestión. Así, guardan silencio el Código italiano (art. 6); el Griego (art. 9) y el Polaco (art. 7). Por el contrario, el Código Bulgaro sí resuelve el conflicto móvil , atribuyendo competencia a la Ley del lugar de ejecución. V.RODIERE, *Le Navire...cit.*, pp.171.172.

su pabellón¹²³.

100.-Cambio de pabellón por exportación definitiva.

La exportación de un buque por adquisición de su titularidad por personas no residentes y su consiguiente matriculación en registro extranjero conlleva un cambio de nacionalidad del mismo que afecta decisivamente a su estatuto jurídico.

En particular, la eficacia del crédito de los acreedores reales por hipoteca naval o por privilegios marítimos podrá verse alterada en función de las normas ,tanto instrumentales como materiales, que resulten entonces aplicables. Al menos dicho riesgo existirá siempre que la cancelación de los respectivos créditos no venga impuesta por el Ordenamiento de la primera

¹²³En relación con los estudios actualmente en curso acerca de la calificación de los buques mercantes como buques comunitarios, a través de su matriculación en el proyectado "Registro Euros" y la consiguiente concesión del derecho a enarbolar la bandera comunitaria, hay que tener en cuenta que ello no supone propiamente un cambio de bandera, ya que el mencionado registro de la comunidad no implica la baja en el registro nacional, del mismo modo que la bandera de la comunidad no supone que el buque deje de enarbolar su bandera nacional.

Se trata en suma de un registro paralelo y simultáneo al registro nacional ,establecido con el fin de lograr una cierta uniformidad en determinados aspectos de las condiciones sociales y de explotación de los buques de los Estados Miembros (tales como condiciones de seguridad, definición de tripulaciones mínimas de seguridad, nacionalidad y régimen de trabajo de las tripulaciones, reconocimiento mutuo de diplomas, reconocimiento de certificados para transferencia de buques, etc.).

Los buques matriculados en Euros conservan su nacionalidad y quedan sujetos a todos los efectos (salvo a los taxativamente enumerados en el proyecto de Reglamento en cuestión) a la jurisdicción y control del Estado de su bandera.

En particular, y en lo que se refiere a los derechos reales y a los privilegios marítimos, el proyecto declara expresamente que la matriculación en "Euros" no surtirá ningún efecto respecto a los mismos, los cuales seguirán rigiéndose por la legislación del Estado de pabellón. V. *Propuesta modificada de Reglamento del Consejo por el que se crea un registro comunitario de buques y se prevé para los buques que naveguen bajo pabellón comunitario*, Propuesta presentada por la Comisión en virtud del apartado 3 del artículo 149 del Tratado CEE , el 13 de diciembre de 1.991, (92/C 19/11), DOCE 25.1.92 ,N° C 19/10. El artículo 23 de este proyecto se denomina "Derechos reales" y tiene el siguiente texto: «El enarbolamiento del pabellón europeo no afectará a los derechos reales, ni a los privilegios marítimos del buque ni a las cuestiones de Derecho público, administrativo y penal, que seguirán rigiéndose por la legislación del Estado miembro del pabellón nacional».

bandera con carácter previo a la exportación.

En efecto, la protección de los acreedores reales puede obtenerse a través de un sistema de publicidad de sus créditos unido a una coordinación entre los dos Ordenamientos que entran en juego, *i.e.*, los de la bandera anterior y posterior. En estos términos bastaría con que cada una de las legislaciones exigiese la purga de los privilegios e hipotecas anteriores para consentir la baja y alta en sus respectivos registros¹²⁴.

Un ejemplo de este tipo nos lo proporciona el artículo 156 del *Codice* italiano, cuya aplicación supone la eliminación práctica de los conflictos móviles en relación con los buques italianos objeto de exportación. Distinto es el caso de la importación, supuesto en que el artículo 315 del Reglamento del *Codice* se limita a exigir la baja previa en el registro de procedencia, con lo cual deja viva la posibilidad de conflicto de leyes de pabellón en lo que respecta a los buques importados¹²⁵.

En un plano internacional, el problema ya fue tomado en consideración durante los trabajos preparatorios del Convenio de 1967¹²⁶.

¹²⁴Esta solución, referida en particular a la anotación de los gravámenes en un documento de a bordo, fue ya defendida en los albores del proceso de unificación internacional de la disciplina. V. BENSÀ, Enrico, *Hypothèque Maritime et Droits Réels*, *IDM*, 1902, pp. 208-209.

¹²⁵V. C.M.I., *Questionnaire...*, *Replies of the Italian...* *cit.*.

¹²⁶La cuestión del cambio de nacionalidad del buque no fue contemplada en el Convenio de 1926. Por el contrario, en el informe preliminar preparado por el C.M.I. con ocasión del comienzo de los trabajos conducentes al Convenio de 1967 se llamaba ya la atención al problema que podría presentar la exportación de un buque cara a la eficacia de los acreedores privilegiados e hipotecarios. Se decía que cabía imaginar que la ley interna de un país determinado autorizase la baja en el registro nacional sin el consentimiento, o aún sin el conocimiento, de los acreedores hipotecarios. Si se establecía un régimen internacional de reconocimiento de los privilegios e hipotecas y de sus respectivas prioridades, no obstante el cambio de pabellón, el problema

Precisamente en la necesidad de dispensar una adecuada protección a los acreedores hipotecarios y privilegiados ante la posibilidad de una exportación del buque producida durante la vigencia de sus derechos, es donde hay que ver la causa de algunas de las innovaciones recogidas en la nueva convención.

La solución a la que se llegó fue distinta para las hipotecas que para los privilegios, en atención a la publicidad de aquellas y al posible carácter oculto de éstos.

Respecto a las hipotecas, se descartó toda fórmula que implicase cualquier obligación, para los nuevos Estados de registro, de inscribir automáticamente las preexistentes al cambio de pabellón¹²⁷. Lo que se hizo, en cambio, fue añadir a la norma de reconocimiento de las hipotecas constituidas con arreglo a la legislación de un Estado parte, que ya figuraban en el Convenio de 1926, otras complementarias y prohibitivas de la inscripción en el nuevo registro sin el consentimiento previo de los acreedores hipotecarios que figurasen registrados en el

podría quedar resuelto siempre que los dos países involucrados fuesen Estados contratantes pero la solución podría ser más difícil si al menos uno de ellos no lo fuera. V.ASSER, Informe Preliminar...cit., p. 257.

¹²⁷ Cuando el grupo de trabajo de la Comisión Internacional se ocupó de éste tema llegó a la conclusión de que no sería factible introducir un mandato jurídico en el Convenio que impusiese la pervivencia y eficacia de las hipotecas inscritas a pesar de cualquier cambio de pabellón, ya que ello equivaldría a establecer la inscripción inmediata y automática del registro de pabellón lo que podría dar lugar a serias dificultades en los distintos sistemas hipotecarios nacionales. Con estas palabras se explicaba esta situación en el informe: «El nuevo Anteproyecto no contiene ni debe contener disposiciones detalladas de derecho uniforme sobre la extensión de las facultades concedidas por una hipoteca marítima, ni sobre las exigencias requeridas en relación con la constitución e inscripción de la hipoteca, salvo las condiciones mínimas mencionadas en el artículo 1°. Tales facultades y condiciones pueden variar según el Derecho nacional del país de inscripción. En estas circunstancias una inscripción automática de las hipotecas existentes en el nuevo registro, podría encontrar serias objeciones en la legislación nacional del país de la nueva inscripción, independientemente de si el país de la primera inscripción sea un Estado contratante o no, y de la misma forma, el Convenio no puede disponer la nueva inscripción en un Estado no contratante».

precedente¹²⁸.

Fue así como se llegó al texto del artículo 3 del Convenio de 1.967, en cuya virtud ningún Estado contratante dará de baja a un buque inscrito en su registro sin que medie el consentimiento escrito de todos los acreedores de hipotecas o *mortgages* inscritos. Correlativamente, la inscripción en el registro de nuevo pabellón de un Estado contratante no será autorizada si el Estado contratante del registro anterior no libra una certificación en el sentido de que el buque ha causado baja en su registro o la causará una vez que se acredite la nueva inscripción¹²⁹.

¹²⁸El Proyecto de Oxford optó por prohibir a los Estados contratantes la inscripción registral sin mediar el consentimiento del acreedor hipotecario del país de procedencia, fuere o no Estado contratante. De este modo se dispensaba protección al acreedor hipotecario, al menos siempre que el registro receptor perteneciese a Estado contratante. Al propio tiempo se prohibía también a los Estados contratantes el alta registral de un buque procedente de otro registro sin la previa certificación de baja de éste último (art. 6). V. ASSER, *Segundo Informe...cit.*, pp. 270 y 275. Así las cosas, la disciplina fue técnicamente mejorada e incluida como artículo 2 en el Proyecto de Portofino siguiéndose, en parte la propuesta presentada por Noruega. Con la nueva redacción se pretendía conseguir el doble objetivo de evitar cualquier laguna entre la cancelación en el registro de un Estado contratante y su nueva inscripción en otro, y de impedir la cancelación del registro de un Estado contratante sin el previo consentimiento de todos los acreedores hipotecarios. V. ASSER, *Tercer informe...cit.*, pp. 286 y 293. Este sería el régimen que, con algunos cambios redaccionales y recogido en el artículo 3, pasaría al Proyecto de Amberes y luego al de Nueva York. V. REDM, n°. 11, 1965, p. 355.

¹²⁹Este régimen fue establecido, en su configuración actual, en la Conferencia de Bruselas. En el texto precedente de la Conferencia de Nueva York bastaba, para admitir el registro del buque en otro Estado contratante, con que se garantizase que la baja en el registro de procedencia tendría lugar en el transcurso de treinta días. Por otra parte, en dicha Conferencia se rechazó la propuesta de que el deudor hipotecario garantizara el pago de las sumas adeudadas para que el cambio de registro fuera admitido. V. HERNANDEZ YZAL, *op.cit.*, p. 30. Por otra parte, y con la finalidad de dar más agilidad a los trámites administrativos y judiciales en todos aquellos casos en que el Convenio preveía la comunicación entre autoridades de Estados distintos (artículos 3 para el cambio de registro y artículos 9 y 10 para la venta forzosa), las delegaciones de los países nórdicos y las de Holanda y Dinamarca presentaron una propuesta de enmienda (art. 12 bis) según la cual aquellas autoridades (registradores y jueces) podrían comunicarse y remitirse documentos y certificados directamente, i.e., sin necesidad del recurso a los ordinarios y lentos canales diplomáticos. El delegado de los Países Bajos, encargado de presentar la enmienda señaló que los preceptos de éste tipo incluidos en otros tratados internacionales habían demostrado la viabilidad práctica y utilidad de éste sistema, cual era el caso del Convenio de Ginebra sobre el registro

Por lo que se refiere a los privilegios, se optó, simplemente, por la aclaración expresa de que el Derecho de persecución alcanzaba también a todos los supuestos de cambio de registro, con lo cual se pretendía asegurar la eficacia de la garantía privilegiaria, al menos cuando el país de la nueva bandera fuera un Estado contratante¹³⁰.

Bien puede decirse que el remedio proporcionado por los Convenios Internacionales no evitan ni dan respuesta al problema de los conflictos móviles. En efecto, las disposiciones de aquellos-que además son sólo aplicables en los Estados contratantes- se limitan a procurar que las garantías reales sobrevivan al hecho de la exportación, bien sea a través del expediente de la aprobación o cancelación de las que estén inscritas, bien mediante el ejercicio del Derecho de persecución en el caso de los privilegios no inscritos. Pero nada dicen respecto a si el juez debe elegir la ley del pabellón previo o la del posterior para la regulación de los diversos aspectos

de buques de navegación interior y el del Convenio sobre pesquerías ,firmado en Londres en 1966. La propuesta suscitó inicialmente la perplejidad de Grecia y la reticencia de Argentina, cuyo delegado manifestó que si se obviaban los canales diplomáticos se podría estar yendo en contra de las reglas generales de Derecho Internacional. Sin embargo, el delegado belga explicó que la comunicación directa entre las autoridades sectoriales competentes no era excluyente del mantenimiento de las vías diplomáticas ordinarias para la autenticación de documentos, siempre que ésta resultara necesaria. Por ello no creía que la enmienda afectase a los principios de soberanía de los Estados ni a las reglas de Derecho internacional. Tras estas explicaciones la enmienda fue aprobada, aunque con el mínimo margen y amplia abstención: 13 votos a favor, 12 en contra (España entre ellos) y 21 abstenciones, dando lugar al nacimiento del artículo 13 del Convenio de Bruselas. V. MINISTERE...Conférence...cit.,pp. 174-178.

¹³⁰El artículo 8 del Convenio de 1926 no contempla expresamente el cambio de pabellón. Habla tan sólo del cambio de dueño. Los redactores del Proyecto de Oxford optaron por declarar expresamente que el *ius perseguendi* no sería afectado por el cambio de propiedad o de bandera (art.5°).V. ASSER,Segundo Informe...cit., pp. 270 y 275. Esta precisión haría que el Convenio de 1967 hablase de "cambio de propiedad y de registro", terminología que pasaría luego al Proyecto de Lisboa, que se refiere al «cambio de propiedad, matrícula o pabellón» (art.7) y, en los mismos términos, al Proyecto OMI/CNUCDE (art.7).

inherentes a las hipotecas y a los privilegios.

Ante ello, la solución ha de buscarse en cada uno de los Ordenamientos internos. Así, en Francia encontramos algunos pronunciamientos doctrinales de signo contradictorio. En general puede decirse que la doctrina clásica se ha inclinado por aplicar la ley del pabellón que tenía el buque en el momento del nacimiento del crédito, aduciendo razones de seguridad jurídica¹³¹ o de respeto a los derechos adquiridos¹³². Pero, más recientemente, RODIERE ha visto mayores méritos en la ley del pabellón en el momento del embargo¹³³.

En cualquier caso, las elaboraciones francesas han sido más bien escasas en este punto además de desconocidas por la jurisprudencia. Ello no puede, por otra parte, extrañar en un país donde el debate se ha centrado sobre la *lex rei sitae* actual y la *lex fori*, lo cual a su vez explica la ausencia de referencias doctrinales en otros Ordenamientos ajenos a la ley del pabellón.

Contrapunto de lo anterior es la situación en Italia, donde, ante el silencio del *Codice della Navigazione*, el problema ha sido objeto de especial atención por parte de la doctrina y de la jurisprudencia.

¹³¹ Así PAUNESCO ha postulado la competencia de la ley anterior para los créditos nacidos bajo su imperio y la del nuevo pabellón para los generados bajo el mismo. De otro modo quedaría a la voluntad del deudor (propietario) la decisión acerca de la suerte que deberían de correr los créditos de sus acreedores. V. PAUNESCO, *op.cit.*, pp.37-38.

¹³² Un cambio de nacionalidad no puede nunca hacer perder los derechos adquiridos. V. EYNARD, *op.cit.*, p.85

¹³³ Para RODIERE, las soluciones menos malas son las de la *lex fori* o la del pabellón en el momento del embargo. A favor de ésta última está el hecho de que el pabellón es el elemento a considerar previamente para determinar si es o no aplicable el régimen del Convenio de 1926. V. RODIERE, *Le Navire...cit.*, pp.171-172.

Así, en la situación anterior al "BIANCA C", la doctrina italiana más autorizada resolvía el conflicto móvil otorgando la competencia, a todos los efectos, a la ley del pabellón del buque en el momento de la ejecución.

En apoyo de esta solución se empleaban distintos argumentos. Entre ellos figuraban los que se fijaban en las normas que impedían o restringían la exportación de buques italianos gravados y veían en ellas la voluntad proteccionista de un legislador consciente de que el cambio de bandera precluía definitivamente la aplicación de la ley italiana (BERLINGUIERI¹³⁴) y los que miraban a la propia estructura del privilegio (ODDINI)¹³⁵. Pero más original y sencilla era la

¹³⁴ Cuando éstas exigían el previo consentimiento de los acreedores lo hacían para proteger a éstos ante el posible menoscabo o incluso desaparición que podría sufrir su garantía como consecuencia de la entrada en juego del nuevo ordenamiento. Además, se aludía al carácter omnicomprendivo e indivisible de la disciplina del privilegio, que caía bajo el imperio del artículo 6 del Código de la Navegación y que hacía impensable una escisión de sus diferentes aspectos a los efectos del Derecho Internacional Privado. Ello, a su vez, impedía acudir a cualquier solución que disociase la validez del privilegio (ley anterior) y su encaje en el sistema prelativo (ley posterior). Y, considerando que la prelación debe ser regida por una ley única, esta no podía ser otra que la del pabellón en el momento de la ejecución. V. BERLINGUIERI, *I Diritti di Garanzia...cit.*, pp. 19-25.

¹³⁵ También ODDINI ha visto en los artículos 156 del *Código della Navigazione* y 315 de su Reglamento (que subordinan, respectivamente, la exportación de buque italiano al consentimiento de los acreedores reales y la importación de buque extranjero a la previa baja en el anterior registro) un claro indicio de que el legislador ha tenido en mente que la nueva ley de pabellón no va a reconocer los gravámenes preexistentes. Precisamente por ello se ha preocupado de proteger especialmente los intereses de los acreedores, proporcionando a éstos un derecho de veto a la exportación, oponible hasta que sus créditos sean satisfechos. Y, de esta situación, ha inferido ODDINI que la competencia para regular los privilegios corresponde, en todo caso, al pabellón posterior al cambio (el del momento del ejercicio del privilegio). V. ODDINI, *Sulla legge regolatrice...cit.*, pp. 230-234. Pero su aportación más original es la que parte del análisis estructural del privilegio. Decía ODDINI que los derechos reales de garantía poseen una vida latente o en potencia, que no encuentra su realización más que en vía de ejecución. Sólo cuando, verificada la condición de la pluralidad de acreedores, se determina la operatividad de la causa de prelación es cuando el privilegio adquiere su pleno sentido. Y nada parece más lógico que el legislador confiera mayor relevancia a esa fase operativa que a la fase meramente potencial y designe como ley reguladora del privilegio marítimo la del pabellón del buque en el momento en que aquel se ejercita. *Ibid.*, p. 235.

construcción de LEFEBRE D'OVIDIO, pues a éste le bastaba aplicar su teoría de la nacionalidad de la nave como elemento constitutivo para descartar inmediatamente cualquier posibilidad de injerencia de la ley anterior al cambio¹³⁶.

Esta posición doctrinal fue seguida, en un primer momento por la jurisprudencia, cuando empezó a ventilarse frente a los tribunales el caso del "BIANCA C"¹³⁷.

Sin embargo, la sentencia de la Corte di Cassazione de 21 de abril de 1966, también relativa al "BIANCA C", se pronunció a favor de la ley de la nacionalidad que tenía el buque en el momento en que surgió el crédito garantizado con el privilegio¹³⁸.

Así las cosas, la sentencia de la misma Corte di Cassazione de 11 de mayo de 1968 (*Comune della Libera Città anseatica di*

¹³⁶Para LEFEBVRE D'OVIDIO, el problema del conflicto móvil debe ser resuelto a partir del significado de la nacionalidad como elemento esencial del concepto jurídico de nave. Admitida esta construcción, es obvio que el cambio de nacionalidad comporta, no una simple modificación de los atributos externos de la nave, sino su desaparición como tal y la sucesiva aparición de otra distinta. Materialmente considerado el bien podrá seguir siendo el mismo, pero en cuanto nave ha nacido *ex novo*. Ello impide hablar propiamente de mutación de la conexión y produce la obligada consecuencia de que el artículo 6 del *Código della Navigazione* solo encuentra aplicación en relación con la bandera que enarbole el buque extranjero en el momento de la presentación de la demanda de ejecución. Es más, los acreedores del vendedor no pueden hacer valer sus privilegios sobre la nave, por la sencilla razón de que ésta ha dejado de existir como bien mueble registrado en el ámbito de su ordenamiento anterior. V. LEFEBRE D'OVIDIO, Antonio, *Transferimento...cit.*, pp.214-216.

¹³⁷En el fallo de la Corte de Apelación de Genova de 1963 ("BIANCA C", ex "AROSA SKY"), relativo al crédito salarial del capitán del buque nacido cuando éste tenía nacionalidad panameña y ejercitado cuando poseía nacionalidad italiana, el tribunal estimó aplicable el Derecho italiano (en este caso constituido por el Convenio de 1926). De este modo se confirmaba la doctrina anterior proclive a la ley de la bandera en el momento del ejercicio judicial del privilegio. V. comentario de la sentencia en RONZITTI, *Sulla sfera di applicazione...cit.*, pp.66-79. V. también, mostrando su acuerdo con el fallo, GIULIANO, Mario, *La Nazionalità della nave come criterio di collegamento nel diritto internazionale privato italiano*, RDIPPR, V. I, n° 3, 1965, p.432.

¹³⁸V. comentarios en GIULIANO, Mario, *Legge regolatrice dei privilegi marittimi e mutamento di nazionalità della nave*, RDIPPR, V.2, n° 3, 1966, pp. 322-448.

Brema c. Società Costa e Lloyd Tirrenico), de nuevo sobre el "BIANCA C", interpretó el artículo 6 del *Código* en un sentido intermedio o conciliador. La ley italiana (ley del pabellón en el momento de la ejecución) era la única competente para regir la conservación, duración, eficacia y modalidad del ejercicio del privilegio nacido bajo el amparo de otro ordenamiento jurídico. Pero éste último sería el relevante para determinar la validez del crédito y del privilegio¹³⁹. Y en el mismo sentido se pronunciaría el fallo de la *Corte di Cassazione* de 18 de septiembre de 1970 (*S.A.Costa v. Maison Genestal*, una vez más acerca sobre el "BIANCA C")¹⁴⁰.

Este conjunto de decisiones relativas al paradigmático caso del "BIANCA C" dejó finalmente zanjada la cuestión en el Derecho italiano, donde puede afirmarse que , desde 1970, existe ya una doctrina jurisprudencial, firme y consolidada, que resuelve el conflicto móvil distribuyendo la competencia entre ambos ordenamientos en el sentido apuntado¹⁴¹.

¹³⁹V. GIULIANO, Mario, In tema di estinzione del privilegi su nave stranjera trasferita alla nazionalità italiana, *RDIPPR*, V. IV, n°. 4, 1968, pp. 827-833. También , el mismo autor: Ancora in tema di estinzione dei privilegi su nave straniera trasferita alla nazionalità italiana, *Rivista di Diritto Int. Privato e Processuale*, V. VII, n°. 4, 1971, pp. 846-848.

¹⁴⁰El interés de esta sentencia es notorio, además, por cuanto aplica dicho principio a la conexión del artículo 14 del Convenio de Bruselas de 1926 para concluir que el texto internacional sólo puede ser aplicado cuando ambos países, el del pabellón de constitución del privilegio y el del pabellón en el momento de la ejecución , son países partes del Convenio. En una palabra el Convenio sólo se aplica cuando la circulación del buque se produce entre Estados contratantes. V. el comentario a la sentencia en: BALESTRA, Nicola, *Legge regolatrice dei privilegi sulla nave in caso di mutamento di nazionalità*, *R.D.N.*, , 1971 (II), pp. 31-52.

¹⁴¹V. CARBONE, *La disciplina...cit.*, p.212; También, C.M.I., *Questionnaire of the Italian...cit.* Con la perspectiva que ofrece la solución jurisprudencial, MANCA ha explicado la competencia que corresponde a la ley anterior en punto a la constitución y validez del crédito y el privilegio. Para apoyar su postura cita la norma contenida en el artículo 4 del Convenio de Bruselas de 1967, que expresamente mantiene la reipersecutoriedad del privilegio en caso de cambio de pabellón y cuya mención expresa fue olvidada en el Convenio de 1926 V. MANCA, *International Maritime Law...cit.*, 3rd V.,

101.-El abanderamiento provisional.

Como ya advertíamos, el conflicto móvil presenta ulteriores complicaciones cuando se produce como consecuencia de un abanderamiento provisional del buque en otro Estado. En tal caso la conexión queda sujeta a una mutación de ida y vuelta.

Antes de examinar los efectos que la situación produce en la ley aplicable a los gravámenes reales sobre la nave, conviene detenerse en el examen de la propia operación de abanderamiento provisional.

102.-Origen, desarrollo y ventajas del negocio.

El abanderamiento provisional o cambio temporal de bandera, asociado a un contrato de arrendamiento internacional del buque y durante el periodo de duración de dicho arrendamiento (*bareboat chartering*) es una posibilidad que se admite y regula ,por primera vez, en Alemania, al doblar la mitad del presente siglo¹⁴².

pp.390-391. Y en otra obra resume el autor la situación del siguiente modo: la indagación de si un privilegio ha nacido válidamente debe ser conducida a la luz de la ley en vigor cuando ocurrió el hecho o fue cometido el acto a los que la ley vincula el privilegio. La aplicación aquí de la nueva ley supondría la indebida atribución a ésta de eficacia retroactiva. La nueva ley entra en juego unicamente en lo que respecta a la ejecución del privilegio , pues un principio cardinal recogido en todos los sistemas legislativos consiste en que el proceso debe regirse por la ley en vigor en el momento en que aquel se desarrolla. V. MANCA, *Comento alle Convenzioni Internazionali Marittime...cit.*, V. I, p.22.

¹⁴²El origen del arrendamiento internacional de buque con cambio temporal de bandera se sitúa en la Ley alemana de 1951. Al finalizar la segunda guerra mundial los vestigios de lo que había sido la flota de comercio alemana habían sido expropiados y se encontraban dispersos por los distintos puertos del mundo. El propósito de la Ley fue permitir que los buques que habían sido alemanes pudiesen volver a ser explotados por nacionales sin necesidad de realizar las importantes y a la sazón inviables inversiones necesarias para su readquisición. Para obviar el problema se pensó en que el título de arrendatario alemán podría ser suficiente para conceder el pabellón de aquel país. Fue así, con claros propósitos de reconstrucción de una flota, como surgió el fenómeno en cuestión. V. KROEGER, *The Bareboat Charter...*, cit., p.8.

Tras la experiencia alemana, y aunque no han faltado algunas llamadas de atención a los peligros que la operación puede comportar para la seguridad del tráfico jurídico¹⁴³.

el arrendamiento internacional con cambio de bandera comenzó a usarse gradualmente por diversos países, generalmente a partir de la década de los setenta, ofreciendo significativas ventajas para la financiación de buques¹⁴⁴, para la realización de empresas marítimas conjuntas (*joint ventures*) y para la promoción ,en general, de la expansión comercial de las actividades

¹⁴³Se ha observado que el mecanismo del doble registro puede comportar algunos serios problemas cara a la identificación y responsabilidad del naviero. Puede incluso propiciar algunas prácticas fraudulentas ya que, en principio nada impide al arrendatario subarrendar la nave e inscribirla en un tercer país, con lo cual coexistirían tres registros simultáneos y diferentes. Pero estas dificultades admiten corrección en el plano legislativo nacional, donde habrán de establecerse las cautelas precisas para evitar posibles situaciones de inseguridad jurídica, simulación o fraude. V. VIGIL, Ricardo, **El registro de fletamentos a casco desnudo; peligros y ventajas**, ETL, V. XXV, n.º 1, 1990, p.9. Para RUIZ SOROA, la dificultad principal deriva de los contenidos, no uniformes, de las distintas legislaciones que regulan esta relación, cuya superposición puede a veces producir lagunas verdaderamente insalvables.

Así, en aquellos países que no han admitido la disociación bandera-registro, la pérdida temporal de la bandera implica pérdida de la nacionalidad del buque a todos los efectos, dándose al buque de baja en el Registro por todo el tiempo que dure el contrato de arrendamiento. Surge así la preocupante posibilidad de que ésta diferencia de regimenes se de precisamente entre el país de origen y el de nuevo pabellón provisional, en cuyo caso ninguno de los dos registros quedará abierto para reflejar la vida de los gravámenes sobre el buque. RUIZ SOROA, pone como ejemplos de uno y otro sistema al de la RFA (disociativo del registro y de la bandera) y el de España ,anterior al R.Decreto 1027/1.989, de 28 de Julio (pérdida de nacionalidad a todos los efectos) *Manual...cit.*, p.75.

¹⁴⁴Los bancos y las entidades financieras desconfían a veces de las garantías que puede ofrecerles la protección registral y legal de determinados países de bandera. Pero esos mismos países pueden ofrecer al mismo tiempo unas condiciones favorables de explotación de los buques colocados bajo su pabellón, e.g., debido a los bajos costos salariales. En este marco, la solución que satisface simultáneamente a los bancos y a los navieros es la de explotación con bandera extranjera y derecho nacional para las garantías hipotecarias.

Una vez realizado el arrendamiento y obtenida la bandera deseada, el arrendatario puede, a su vez, explotar el buque o cederlo a otra persona, sin que sea infrecuente que esa otra persona sea el propio arrendador ,que suele entonces aparecer como fletador por tiempo de su propio buque.

marítimas, particularmente en los países en desarrollo¹⁴⁵.

Si a estas indudables ventajas se une el reconocimiento por el Derecho internacional, que finalmente ha logrado esta modalidad de arrendamiento de buque, no puede extrañar que el negocio haya experimentado un espectacular crecimiento y se encuentre en plena expansión¹⁴⁶.

103.-La disociación pabellón-registro.

El cambio provisional de bandera es una operación de naturaleza híbrida. Descansa, de una parte, en un negocio jurídico (normalmente de arrendamiento) en cuya virtud se produce el traslado de la posesión entre personas residentes en distintos países. Esta posesión se integra por todo el haz de facultades

¹⁴⁵Puede decirse que, en general, se ha reconocido la bondad de la operación como elemento positivo que contribuye no sólo a hacer competitiva la explotación de buques por navieros de países en desarrollo sino también al desarrollo de una marina mercante propia por parte de dichos países. Estos pueden, mediante el recurso a buques de propiedad ajena y bandera propia, establecer rápidamente y con escasos recursos una marina mercante nacional tripulada por nacionales y empleada en los tráficos reservados. Así, VIGIL concluye en su trabajo que: «Todo parece indicar, pues, que siendo una práctica que no está en principio reñida con el derecho internacional y que, por otra parte, favorece tanto a los países en desarrollo, sobre todo aquellos que por la cuantiosa deuda externa se encuentran en dificultad para renovar su flota mercante, su aplicación debe ser recomendada». V.VIGIL, *op.cit.*, p. 12. Aunque expresadas a mero título personal, no cabe duda de que estas palabras adquieren especial significado por venir de quien vienen, i.e. del Jefe de Legislación Marítima de la División de Transportes Marítimos de la UNCTAD.

¹⁴⁶Como muestra de la importancia económica y aceptación empresarial del fenómeno sirvan los siguientes datos. La Ley que permitía la inscripción paralela en Chipre fue aprobada en 1986. A finales de julio de 1987 el número total de buques que habían enarbolado pabellón de Chipre bajo inscripción paralela era de 121, con un tonelaje bruto total de 505.868 toneladas, de los cuales 116 estaban inscritos en la RFA. En las Filipinas, la Ley que permite la inscripción del arrendamiento de buque extranjero se aprobó en 1975. De los más de 400 buques que constituyen la flota oceánica del país sólo 50 son de propiedad de nacionales filipinos. El resto está inscrito temporalmente. En 1988, 380 buques de nacionales de la RFA, con un total de 1,7 millones de toneladas de registro bruto, enarbolaban provisionalmente pabellón extranjero en régimen de arrendamiento. Cerca de 110 tenían pabellón chipriota; 150 de Antigua, y el resto de Burma, Togo, Filipinas y San Vicente y las Granadinas. V.UNCTAD y OMI, Secretarías: *Prácticas actuales relativas a la inscripción del abanderamiento a casco desnudo*, Doc. JIGE (IV) /2, de 26 de febrero de 1988 (Parte B), p. 41 (nota 66). También, KROEGER, *The Bareboat...cit.*, p.8.

que agrupa conjuntamente la gestión náutica y la comercial. Pero ,por otra, requiere de un acto administrativo por parte de las autoridades de esta índole encargadas del registro de buques en uno y otro país.

De hecho, la viabilidad del sistema descansa en la compatibilidad o complementariedad de las legislaciones domésticas del país del arrendador y del arrendatario. No existen ,en efecto, convenios bilaterales que propicien o aseguren el abanderamiento provisional. Ocurre, simplemente, que la operación no es practicable si no existe sintonía entre ambas legislaciones nacionales.

Una vez constatada la armonia entre los dos Ordenamientos, las partes concertarán su contrato de arrendamiento, en cuya virtud el buque será registrado y adquirirá ,temporalmente, la nacionalidad, *i.e.*, la bandera del país del arrendatario. Pero es posible, y de hecho así ocurre en numerosos casos, que el buque permanezca asimismo registrado en el país del arrendador¹⁴⁷. Aparecen entonces ,simultaneamente en escena, un

¹⁴⁷El examen del Derecho comparado muestra una amplia panoplia de sistema vigentes en materia de cambio provisional de bandera por razón de contrato de arrendamiento de buque. El informe que sobre la materia prepararon las Secretarías de UNCTAD y OMI clasificaba en tres sistemas los regímenes nacionales existentes, a saber: 1.-El de las legislaciones nacionales que permiten al buque extranjero ,arrendado por un arrendatario nacional, enarbolar el pabellón nacional mientras subsiste la inscripción original del buque en otro país. Del mismo modo, un buque nacional puede ser arrendado a casco desnudo a arrendatarios extranjeros con el derecho a enarbolar el pabellón del país del arrendatario manteniendo al mismo tiempo su inscripción original. Tal es el caso de la RFA, Polonia, España e Italia. 2.-El de las legislaciones nacionales que autorizan al buque inscrito en el extranjero y dado en arrendamiento a arrendatarios nacionales a enarbolar el pabellón nacional a condición de que el país en el que se haya efectuado originalmente la inscripción de su consentimiento por escrito. Algunas de esas legislaciones exigen además que se practique una nueva inscripción de las hipotecas y gravámenes inscritos en el registro de origen. En éste grupo están San Vicente y Las Granadinas, Vanuatu, Chipre, Liberia, Panamá, Sri Lanka, Antigua y Barbuda, Honduras y Bahamas. 3.-Finalmente, están las legislaciones de algunos países que admiten la inscripción de buques extranjeros arrendados a arrendatarios nacionales en un registro especial, pero sin que se produzca ningún cambio de pabellón ni alteración en el registro original. Este es el caso de México y, en

país de registro y otro de pabellón (acompañado de su propio registro)¹⁴⁸, repartiéndose uno y otro las competencias sobre el buque.

Pero ,como ya sabemos, la disociación entre Estado de Registro y Estado de Pabellón era algo ciertamente no previsto por el Derecho convencional y por la doctrina internacional anterior al Convenio de las N.U. sobre inscripción de los buques¹⁴⁹.

Por ello, y para justificar el régimen de distribución de competencias establecido en los distintos Ordenamientos que han acogido el sistema, se han ensayado algunas construcciones que quieren explicar la bondad y compatibilidad del abanderamiento

alguna medida , de Perú. México tiene establecido un «Padrón» para la inscripción de buques extranjeros arrendados por mexicanos. Estos buques se consideran Mexicanos a los efectos de poder gozar de los beneficios que la legislación les otorga (reservas de bandera, etc.), pero la inscripción, que es siempre provisional, debe desembocar en una adquisición del buque por nacionales mexicanos, so pena de incurrir en responsabilidades. V. UNCTAD/OMI, *Prácticas...cit.*

¹⁴⁸El sistema supone la presencia de dos registros, que frecuentemente guardarán entre sí una cierta interacción, pero lo cierto es que el buque en cuestión posee una sola nacionalidad y navega con una sola bandera durante todo el tiempo de duración del contrato. En efecto, la mecánica del abanderamiento provisional se articula en base a la concurrencia de dos registros que actúan complementariamente. El primero de ellos, que podemos denominar registro de origen, registro subyacente, *sottoposto*, o, según la expresión más conocida internacionalmente, *underlying register*, es aquel en el que se encontraba abanderado y registrado el buque inmediatamente antes de la celebración del contrato. El segundo, registro de abanderamiento provisional, registro de bandera, registro del arrendatario, o, en los términos más presentes en la práctica, *Bareboat Charter Registry*, es aquel correspondiente al país del arrendatario, cuya bandera enarbola el buque durante el período contractual.

¹⁴⁹A veces se ha querido ver algún antecedente de esta disociación en las disposiciones de UNCLOS. Así, señala VIGIL que, en realidad, la distinción entre Registro y pabellón aparecía ya, de un modo un tanto oscuro, en algunas de las disposiciones de UNCLOS , especialmente en algunas de las que se ocupan de la contaminación marina. Este es el caso, e.g. del artículo 209 de la Convención cuando alude a los buques «que enarbolan su pabellón, estén inscritos en su registro u operen bajo su autoridad...», pudiendo entenderse que contempla aquí tres posibilidades diferentes. La distinción parece más obvia en aquellos preceptos en que se emplea la disyuntiva «o» en lugar de la conjunción copulativa «y» para unir los conceptos de buque de pabellón y de buque matriculado (e.g., artículos 211 §2; 221 §3; 212 §1; 216 §1 b; 217 §1; 217 §2; 217 §3; y 222) V. VIGIL, *op.cit.*

provisional con el Derecho Internacional¹⁵⁰.

La tesis que ha logrado un reconocimiento general es la que ha distinguido entre los aspectos de Derecho público y de Derecho privado. Los primeros - todos los relativos al ejercicio de la jurisdicción y control del buque- deben caer bajo la esfera del país de la nacionalidad que tenga el buque en cada momento, *i.e.*, del país de pabellón provisional. Los segundos, básicamente los derechos reales sobre la nave, no deben verse afectados por la operación y han de continuar rigiéndose por la ley del registro original, *i.e.*, por la del país del arrendador¹⁵¹.

¹⁵⁰El fenómeno puede verse como una innovación en el presupuesto tradicional de que cada buque debía tener un único Estado de registro, sin vulnerar con ello el principio de prohibición de la doble bandera, propio del Derecho Internacional.

¹⁵¹Conocida es la ambigüedad del concepto de «relación auténtica» o «*genuine link*» a que se refiere el artículo 5 §1 del Convenio de Ginebra sobre Alta Mar de 1958 y que reproduce el artículo 94 de UNCLOS. En general, y en lo que a nosotros interesa, parece admitirse en Derecho Internacional que el referido término hace referencia a la relación entre el Estado de pabellón y los buques que tiene «asignados» («*allocated*»). El término «*allocation*» ha sido utilizado, con preferencia al de nacionalidad, para designar los derechos y deberes que adquiere el Estado respecto a los buques a los que otorga el derecho a enarbolar su pabellón. En estos términos, lo que el Derecho internacional prohíbe es la doble *allocation*. V. MEYERS, *op.cit.*, pp.31-33 y p.301. Por el contrario, el carácter instrumental que tiene el registro respecto a la nacionalidad del buque en el Derecho internacional, *i.e.*, aquel no era más que un medio de publicidad de esta, permite orillar y considerar irrelevante la función privada de la institución registral. Así, decía MEYERS: «...the words registration, documents, and flag are here used to denote medida by which allocation («nationality») is made cognoscible. It is irrelevant here that the register and the "document" usually also disclose other facts, and that amongst other things, they often contain data concerning the position of operators and owners from the point of view of private law". V. MEYERS, *ibid.*, p.140.

A partir de aquí, la admisibilidad del sistema en el Derecho internacional se ha solido justificar mediante la distinción entre la función pública y la función privada que desempeña todo registro estatal de buques. La función pública no es otra que la de legitimar al buque para enarbolar la bandera del Estado y la de atribuirle así su nacionalidad, quedando sometido a su jurisdicción y control. La función privada, en cambio, tiene por objeto la publicidad y protección registral del dominio y de los demás derechos reales sobre el buque. Admitida la distinción, no se produce vulneración alguna del principio de prohibición de la doble bandera aunque el registro del país de abanderamiento temporal vea limitadas sus competencias a la función pública, quedando la función privada a cargo del registro de origen. El cambio de bandera produce así una simple escisión entre función pública y privada del registro. Es cierto que existen dos registros, pero una sola bandera y un sólo Estado responsable de ejercer su jurisdicción y control sobre el buque, situación plenamente compatible con el Derecho internacional.

Esta elaboración doctrinal, ensayada y puesta en práctica en algunas legislaciones nacionales¹⁵², sería la que pasaría a informar los textos internacionales aprobados posteriormente.

104.-Reconocimiento internacional de la figura.

No cabe duda de que una multiplicidad de soluciones en el Derecho comparado se compeadece mal con la seguridad del tráfico jurídico internacional. De hecho, la falta de un régimen uniforme que goce de general aceptación supone una traba para

¹⁵²Aunque se ha dicho que la disociación entre Estado de Registro y Estado de Pabellón ha gozado de una mayor aceptación en los países Europeos continentales que en los del *Common Law* (el Reino Unido no ha adoptado el sistema), por mostrarse éstos últimos más reacios a trazar la línea distintiva entre funciones registrales públicas y privadas (V. EHLERMANN, Peter, *Bareboat Charter Registration. A lawyer's Point of View, Symposium on Bareboat Charter Registration*, ICC, París, October, 1987. s.e.) lo cierto es que, como enseguida veremos, diversos países de tradición y cultura jurídica anglosajona (generalmente países calificados como de libre matrícula o de bandera de conveniencia) reaccionaron rápidamente e implantaron el sistema mediante ley interna. Con todo, la indudable confusión existente en torno a la terminología empleada por los Convenios Internacionales para referirse a la nacionalidad del buque dió pie a otras construcciones más o menos pintorescas dirigidas a la justificación de la adopción de medidas legislativas nacionales de implantación del régimen del arrendamiento internacional. Este fue el caso, e.g., de quienes prepararon la legislación liberiana, quienes establecieron una singular distinción entre *documentation*, acto público atributivo de la nacionalidad, y *registration*, acto con transcendencia exclusivamente de Derecho privado. El grupo de trabajo que se ocupó del estudio de la implantación del doble registro en Liberia llegó a la conclusión de que no se vulneraría el Derecho internacional más que en el caso de que más de un Estado emitiese documentación acreditativa de la nacionalidad del buque. Esta conclusión ha sido explicada del siguiente modo: 1) De acuerdo con los términos del Convenio de Alta Mar de 1958 y de UNCLOS, un buque no puede enarbolar más que una bandera y debe estar registrado en y documentado por el Estado de dicha bandera (artículo 5 del Convenio de 1958 y artículos 91 y 94 de UNCLOS); 2) El régimen de arrendamiento internacional no puede implicar que el buque posea el derecho a enarbolar simultáneamente el pabellón de dos (o más) Estados, situación prohibida por el artículo 6 del Convenio de 1958 y por el 92 de UNCLOS); 3) El Estado de bandera es el único que debe ejercer su efectiva jurisdicción y control sobre el buque, i.e., el *genuine link* se ha de establecer entre el Estado de pabellón y el buque (art. 94 UNCLOS); 4) Hay que distinguir entre registro y documentación. El registro es el acto de inscribir el título sobre el buque en el archivo oficial de un Estado, con el propósito de establecer la identidad del propietario y de registrar los derechos de los acreedores. Por el contrario, documentación es la emisión y entrega al buque del documento que legitima al buque para enarbolar el pabellón (art. 5 §2 del CAM y art. 91 §2 de UNCLOS). En algunos sistemas legales, los actos de registro y de documentación son simultáneos mientras que en otros no lo son; 5) Lo que realmente prohíbe el Derecho internacional es la dualidad de documentación, ya que ésta es la que crea la nacionalidad. V. MAITLAND, Guy E.C., *The Bareboat Charter Registry in Operation: The Liberian experience, Symposium...cit.*

el funcionamiento del régimen de arrendamiento internacional de buques y perjudica por ello las posibilidades de desarrollo y explotación competitiva de las flotas mercantes. Por ello no es de extrañar que la cuestión fuese suscitada, debatida y finalmente reconocida en un plano internacional.

Así, la aprobación del Convenio de las N.U. sobre las Condiciones de Inscripción de los Buques (CNUCIB) incorpora, por primera vez en el Derecho internacional convencional, una distinción entre Estado de bandera y Estado de registro y se reconoce el régimen del abanderamiento provisional¹⁵³.

Además, y aún sin olvidar las limitaciones que afectan a su ámbito de aplicación¹⁵⁴ y las dificultades de interpretación que a veces plantea ¹⁵⁵, el Convenio estableció una regulación mínima de los aspectos registrales y administrativos inherentes

¹⁵³El artículo 2 define uno y otro de forma diversa y, sin perjuicio de que en la mayoría de los casos uno y otro puedan ser coincidentes, el artículo 12 prevé y da legitimidad internacional a la idea del desmembramiento o disociación entre uno y otro a través del sistema del arrendamiento internacional. V. RAFGARD, Tormod, *UN Ship Registration Convention -Nineteen Months on, Which Register which flag?*, Speakers Papers from the Conference, Lloyd's of London Press Ltd., London, September, 1987.

¹⁵⁴El Convenio se aplica únicamente a los buques comerciales utilizados en el transporte internacional de personas o de pasajeros, o de ambos, de registro bruto no inferior a 500 toneladas. Quedan excluidas por tanto las embarcaciones de pesca, de recreo y de investigación científica. Igualmente quedan fuera del ámbito de aplicación los buques mercantes que se empleen únicamente en el tráfico de cabotaje de un Estado.

Esto último resulta ciertamente criticable. La exclusión en base a una circunstancia tan contingente como es la de realizar cabotaje es discutible cuando se trata de una disciplina que afecta a algo tan "estructural" como es la nacionalidad del buque. Así, ZUNARELLI, Stefano, *La Convenzione di Ginebra sulle condizioni per la registrazione delle navi*, DME, V.IV de los Estudios Interdisciplinarios en homenaje a Ferran Valls i Taberner con ocasión del centenario de su nacimiento, Promoción Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1.987, pp.1229-1268.

¹⁵⁵El texto del CNUCIB es el fruto de una larga serie de difíciles compromisos por lo que se presenta en algunas partes, contradictorio, oscuro y de incierto significado jurídico. V. ZUNARELLI, *ibid.*, p.1229.

al negocio a que nos venimos refiriendo¹⁵⁶, que define como

¹⁵⁶Además de las definiciones correspondientes, son los artículos 11 y 12 del CNUIB los que se ocupan del cambio temporal de bandera y los que propiamente lo legitiman.

Así, en el artículo 11.2 h), se establece que entre los datos que deben constar en el Registro de buques ha de figurar el nombre y la dirección y, en su caso, la nacionalidad del arrendatario a casco desnudo, si las leyes y reglamentos nacionales dispusieren la inscripción de los buques tomados en arrendamiento a casco desnudo. Por su parte, el número 5 de dicho precepto dispone que «En el caso de un buque tomado en arrendamiento a casco desnudo, el Estado debería cerciorarse de la suspensión del derecho a enarbolar la bandera del anterior Estado del pabellón. Tal inscripción se efectuará previa acreditación de la suspensión de la precedente inscripción en lo concerniente a la nacionalidad del buque bajo el anterior Estado del pabellón y la indicación de los gravámenes de cualquier género inscritos».

El artículo 12 del CNUIB se ocupa específicamente de la reglamentación del «Arrendamiento a casco desnudo», y lo hace en los siguientes términos: «1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11 y de conformidad con sus leyes y reglamentos, un Estado podrá conceder la inscripción y el derecho de enarbolar su pabellón a un buque tomado en arrendamiento a casco desnudo por un arrendatario en ese Estado, durante el período del arrendamiento. 2 Cuando propietarios o arrendatarios en Estados Partes en el presente Convenio realicen tales actividades de arrendamiento a casco desnudo, se deberían cumplir plenamente las condiciones de inscripción contenidas en el presente Convenio. 3. Para alcanzar el objetivo del cumplimiento y para los efectos de la aplicación de los requisitos establecidos en el presente Convenio en el caso de un buque así tomado en arrendamiento a casco desnudo, se considerará que el arrendatario es el propietario. Sin embargo, el presente Convenio no tiene por objeto establecer derechos de propiedad sobre el buque tomado en arrendamiento distintos de los estipulados en el contrato de arrendamiento a casco desnudo de que se trate. 4. El Estado debería velar por que el buque tomado en arrendamiento a casco desnudo y que enarbole su pabellón, de conformidad con los párrafos 1 a 3 de este artículo, esté sujeto plenamente a su jurisdicción y control. 5. El Estado en que esté matriculado el buque tomado en arrendamiento a casco desnudo velará por que se notifique al anterior Estado de pabellón la cancelación de la inscripción del buque arrendado a casco desnudo. 6. para todas las cláusulas y condiciones, salvo las mencionadas en este artículo, concernientes a las relaciones entre las partes en arrendamiento a casco desnudo rige la libertad de contratación de esas partes».

Como puede observarse, el párrafo 5 del artículo 12 del Convenio deja abierta la puerta a la posibilidad de coexistencia simultánea de dos registros: el original y el de bandera. En efecto, el precepto se limita a prescribir la suspensión del derecho a enarbolar la bandera del anterior Estado sin exigir la cancelación de la inscripción correspondiente. Es así como se cumple el deber impuesto por el artículo 92 de UNCLOS, que establece que los buques navegarán sobre la bandera de un sólo Estado. Por lo demás, este deber se halla también expresamente establecido en el párrafo 3 del artículo 4 del CNUIB.

Además, y en relación con estas normas, cabe resaltar la inexacta formulación del Art. 11.3 b), que, por otra parte está privado de carácter vinculante. La mencionada disposición recomienda la indicación en el registro de los datos relativos al naviero ("operator") cuando éste no fuere el propietario o el arrendatario a casco desnudo. De la coordinación de tal disposición con la contenida en el Art. 11.2h) se desprende que ninguna de las dos normas requieren la inscripción de los datos de identificación de los elementos identificativos del arrendatario a casco desnudo, cuando el Estado no admita la inscripción del buque en el registro nacional, resultando ello sin duda en contraste con los objetivos y con los principios que inspiran la normativa del nuevo Convenio. V. ZUNARELLI, *ibíd.*, p. 1238.

Por otra parte, debe repararse en que la norma contenida en el artículo 12.3 es radicalmente innovadora respecto a los precedentes normativos en la materia de los países tradicionalmente marítimos y constituye una muestra significativa de la actual tendencia a atribuir relevancia no solo al momento

"arrendamiento a casco desnudo", modalidad que parece debe entenderse en sentido amplio, para comprender todas aquellas figuras negociales que impliquen el desplazamiento o cesión de la posesión del buque¹⁵⁷.

Por lo tanto, el CNUIB, además de poner fin a las actividades de la UNCTAD dirigidas a combatir a nivel

"estático" de la propiedad de la nave ,sino tambien al "dinámico" de su actividad. *Ibíd.*, p.1512.

Finalmente, el Art. 12.6 es oscuro pues no se comprende cuales son las previsiones contenidas en dicho artículo que puedan resultar relevantes en el plano de las obligaciones recíprocas entre las partes contratantes del arrendamiento. *Ibíd.*, pp.1250-1251. El único modo de atribuir a tal norma algún significado parece ser la de entender que ,con ella, se ha tratado de negar validez al pacto entre las partes tendente a excluir la posibilidad para el arrendatario de cambiar el registro de inscripción del buque tomado en arrendamiento. Se trata ,en cualquier caso,de una interpretación que conduce a conclusiones de bastante dudosa oportunidad. *Ibíd.*, Nota en p. 1251.

¹⁵⁷El contrato es siempre un *prius* del cambio provisional de bandera. Si no hay contrato no hay modificación de bandera. Por otra parte, el contenido obligacional del contrato debe producir, necesariamente, el traslado de la posesión del buque del arrendador al arrendatario (gestión náutica y gestión comercial), de modo que éste último adquiriera la condición de naviero responsable ,a todos los efectos, de la explotación y de la navegación. El caso mas frecuente será el de arrendamiento de buque, bien a casco desnudo o armado y equipado, con subrogación del arrendatario en la posición de empleador respecto a los contratos de trabajo del personal de a bordo. Pero nada se opone, en principio, a que el contrato en cuestión lo sea de usufructo o cualquier otro que transfiera la posesión y la cualidad naviera al arrendatario. Ello no obstante, las Recomendaciones ICC y la mayor parte de las legislaciones nacionales siguen al Convenio en este punto y se refieren expresamente al arrendamiento a casco desnudo (*bareboat charter*), expresión que creemos debe ser entendida en el amplio sentido antes mencionado, salvo en los casos en que el Derecho nacional aplicable imponga una interpretación mas restrictiva. Desde luego, el CNUIB abarca ,al menos, todo tipo de contrato de arrendamiento, pues define el «arrendamiento a casco desnudo» como «un contrato de arrendamiento de un buque por un tiempo determinado, en virtud del cual el arrendatario tiene la posesión y el control plenos del buque , incluido el derecho a designar el capitán y la tripulación por el período de arrendamiento». También la versión inglesa del texto se refiere a un contrato «for the lease of a ship» para definir el *bareboat charter*, y la francesa dice que por *affrètement coque nue* se entiende un *contract de location d'un navire*.

En este sentido se pronuncia ZUNARELLI, quien no ve ningún problema en la aplicabilidad de la norma en cuestión al caso de arrendamiento de buque armado y equipado ("*Locazione di nave armata ed equipaggiata*"), pues ,de hecho, es indudable que tambien en tal modalidad contractual el *Conduttore* asume, en relación con el capitán y la tripulación , la misma posición que el arrendador, sucediendo a este en todas las prerrogativas que el ordenamiento italiano reconoce al armador (*armatore*). *Ibíd.*, p. 1250.

Queda, sin embargo, por observar que, cuando el artículo 2 pone el acento en la tenencia de la completa posesión y control del buque introduce un requisito innecesariamente rígido en la definición: «incluido el derecho a designar el capitán y la tripulación por el periodo de arrendamiento». Esta precisión puede suponer un límite restrictivo para la pretensión de entender comprendidas otras eventuales formas contractuales que supongan una sucesión en la titularidad del ejercicio náutico. *Id.*

internacional la utilización de pabellones de conveniencia, dejó reconocida y regulada la práctica del registro de arrendamientos a casco desnudo, situación que abría un nuevo capítulo en el Derecho marítimo comercial, con directas implicaciones en el siempre difícil campo de las garantías marítimas y de la financiación para el desarrollo de las marinas mercantes.

Un nuevo paso fue dado por la Cámara de Comercio Internacional. Con la finalidad de analizar el sistema y de procurar soluciones que lo hicieran más eficaz y menos susceptible de originar conflictos, sobre todo, en los aspectos propios del Derecho internacional privado, organizó un Simposio en París¹⁵⁸ en 1987, que, enseguida, daría lugar a las «Recomendaciones para un marco legal regulador del registro de arrendamientos a casco desnudo» de 1988¹⁵⁹, destinadas a servir

¹⁵⁸Organizado por la Cámara de Comercio Internacional se celebró en París, en 1987, un simposio sobre *bareboat chartering registration*. Entre las conclusiones alcanzadas en aquella ocasión figuraban las siguientes: 1) El arrendamiento internacional se consideró un instrumento importante para facilitar la financiación de buques, en especial para los países en desarrollo. 2) Existía una clara necesidad de establecer términos y definiciones de aceptación universal y de distinguir claramente los papeles del registro subyacente (*underlying register*) y el del Estado de bandera. A éste último debería de corresponder la competencia para asignar la nacionalidad y para ejercer la jurisdicción y control sobre el buque. Al Estado de registro competía todo lo concerniente a la propiedad y gravámenes sobre el buque. 3) Se recomendaba que la ICC asumiese el protagonismo de revisar el sistema de arrendamiento internacional, que se hallaba en desarrollo y que elaborase unas reglas modelo sobre la materia. V. ICC Symposium on Bareboat Charter Registration. Concluding statement..., ICC, Doc.S 8713, 26/11/87 MCP/lcb.

¹⁵⁹De acuerdo con las conclusiones alcanzadas en el Simposio de 1987, la ICC procedió inmediatamente al estudio de las leyes y prácticas vigentes en materia de arrendamiento internacional y, sólo un año después, publicó sus «Recomendaciones para un marco legal regulador del registro de arrendamientos a casco desnudo». V. ICC-Commission on Sea Transport, *ICC Recommendations for a legal and regulatory framework for bareboat charter registration*, ICC Publication n°. 466 A, París, 1988. V. también, MORENO, Carlos, *Registro de abanderamiento de buques a casco desnudo*, Boletín IEMM, Mayo 1990, pp.12-16.

Las Recomendaciones de la ICC tienen por finalidad servir de asistencia a las empresas y a los funcionarios de los gobiernos que deseen preparar proyectos reglamentarios o anteproyectos legislativos relativos al arrendamiento internacional con cambio provisional de pabellón. Así mismo se dirigían a inspirar y facilitar el trabajo de los encargados de redactar textos de nuevos acuerdos internacionales en que se contemplase éste fenómeno.

de referencia para la práctica contractual y para la elaboración de nuevas disposiciones legislativas.

Y ,en efecto, las recomendaciones serían pronto seguidas, tanto en el terreno de los formularios de la contratación¹⁶⁰ cuanto en el los trabajos preparatorios del nuevo Convenio sobre privilegios e hipotecas marítimas¹⁶¹.

105.-La Ley aplicable a los gravámenes inscritos.

Uno de los problemas que han tenido que resolver los legisladores nacionales que se han enfrentado con la tarea de elaborar disposiciones reguladoras del arrendamiento internacional ha sido el del conflicto móvil que supone el cambio temporal de pabellón en relación con los gravámenes navales.

La postura partidaria de otorgar la competencia al registro de origen encuentra su fundamento en la propia justificación del sistema del abanderamiento provisional a que ya nos hemos referido, *i.e.*, en la disociación entre funciones privadas y públicas del registro¹⁶².

Pero obedece ,además, a una razón práctica. Las primeras legislaciones nacionales que regularon el arrendamiento

¹⁶⁰La BIMCO siguió las Recomendaciones de la ICC cuando alumbró, en 1989, el nuevo modelo de póliza denominado «BARECON 89». Esta nueva póliza sustituye a las dos anteriores, «BARECON A» y «BARECON B», vigentes desde 1974 para documentar el contrato de arrendamiento de buque a casco desnudo.

¹⁶¹Este fue el caso del Grupo Internacional Mixto (GIM ó GIJE) OMI/UNCTAD, encargado de elaborar el nuevo Convenio sobre privilegios e hipotecas marítimas.

¹⁶²Constituye una regla prácticamente general, la de que las legislaciones nacionales otorguen a la ley del pabellón la competencia para regular todo cuanto afecta a los aspectos públicos de la navegación, tal como la seguridad marítima y la prevención de la contaminación, las normas relativas a la tripulación, etc. Así la RFA, Italia, Francia, Chipre, Panamá, Antigua y Barbuda, etc. Sin embargo, algunos países, como Liberia, requieren que sus estándares de seguridad se apliquen incluso durante el tiempo de abanderamiento del buque liberiano en un Estado extranjero.

internacional solían olvidar el problema de los derechos sobre el buque. Ante este silencio existía una tendencia intuitiva a llenar la laguna recurriendo al registro del que procedía el buque y en el que podían ya existir registrados determinados gravámenes¹⁶³.

En general puede decirse que las legislaciones de los países europeos que admiten el sistema dejan a la ley del registro subyacente todo cuando concierne a la vida de las hipotecas y gravámenes inscritos o inscribibles¹⁶⁴.

¹⁶³V. HENGGEN, N.L., *Some legal issues raised by bareboat charter registration, Symposium...cit.*, p.4.

¹⁶⁴Este es el caso de la RFA, e Italia, seguido también por otros países no europeos, entre los que destacamos por su importancia Panamá y Chipre.

En Chipre, la Ley de la Marina Mercante (Inscripción de buques, ventas e hipotecas) de 1986 se ocupa, en su parte VA de la «Inscripción paralela de buques». En su virtud puede otorgarse la bandera chipriota a los buques arrendados por arrendatario chipriota. La inscripción se realiza en el «Libro especial de inscripciones paralelas del Registro de Chipre». Para ello se requiere el consentimiento por escrito del propietario del buque y de los acreedores hipotecarios así como la relación de todas las cargas que pesen sobre el buque. Durante la inscripción paralela se ha de suspender la inscripción en el registro extranjero, salvo en lo que concierne a transferencias o transmisiones y a la constitución, inscripción o cancelación de hipotecas u otras cargas que graven al buque, materias respecto a las cuales la ley del registro original conserva su plena competencia, incluso para los gravámenes que nazcan con posterioridad al abanderamiento. La ley de la bandera temporal carece de competencia alguna sobre ésta materia, si bien se prevé la inscripción de los gravámenes en un Libro especial de inscripciones paralelas a los solos efectos de información. Una nueva Ley, aprobada en 1987, autorizó la operación inversa, i.e., abanderamiento de buque chipriota en el extranjero, en cuyo caso, y en lógica reciprocidad, la ley de chipre es la única competente para todo cuanto afecta a la titularidad y derechos sobre el buque. V. *Prácticas actuales...cit.*, pp. 27-31.

En Panamá, el artículo 3 de la Ley n°.8, de 1925, en su forma enmendada por las Leyes n°.s. 11 y 83 de 1973, sigue el sistema chipriota. Así, los títulos de propiedad, las hipotecas y otros gravámenes no ven alterado su régimen por el hecho del cambio de bandera y siguen rigiéndose por la Ley del país del registro original. La inscripción de los derechos reales en el buque abanderado provisionalmente en Panamá está prohibida con sanción de nulidad del título inscrito y con la cancelación del derecho a enarbolar la bandera panameña. Sin embargo ello no parece que deba impedir que los mencionados gravámenes aparezcan relacionados a los puros efectos de información. *Ibíd.*, pp.35-36. Por otra parte, se ha apuntado la posibilidad de que la ley panameña autorizase también la concesión del abanderamiento provisional en base a un mero contrato de fletamento por tiempo, con simple asunción de la gestión comercial por el fletador. V. DE ALBA, Eduardo, *Bareboat Charter Registry in Operation. The Panamá Experience, Symposium...cit.* Análoga solución ofrece el Derecho alemán, cuyo Derecho internacional privado llama a la ley del puerto de registro y no a la de la bandera para la regulación de los gravámenes inscritos. Consecuentemente la ley alemana es la que resulta aplicable a los buques de registro original alemán abanderados temporalmente

Pero no son ni mucho menos imposibles las situaciones en las que los gravámenes que pesan sobre un mismo buque se rigen por leyes distintas. Así, en algunos supuestos la ley del registro original sigue gobernando los derechos inscritos antes del abanderamiento provisional mientras que se somete a la ley de la bandera el régimen de los nacidos durante el período de arrendamiento¹⁶⁵.

Y otras veces encontramos que el registro doble entraña un sistema de protección registral doble y ,con el, una doble competencia legislativa para regular la validez y reconocimiento de los gravámenes. Es el caso de algunos «paraísos fiscales» y ,el muy significativo, de Liberia¹⁶⁶.

en el extranjero. V. KROEGER, *op.cit.*, p.10.

El caso de México (Ley para el desarrollo de la Marina Mercante Mexicana, en vigor desde el 8 de julio de 1981 y Reglamento de Marzo de 1986) es verdaderamente singular. En realidad no se trata aquí de un abanderamiento provisional sino de un registro transitorio en el «Padrón de Abanderamiento Mexicano» ,que debe desembocar en el registro y abanderamiento definitivo en México. Es así como sólo los buques arrendados (generalmente con pólizas «BARECON A» o «BARECON B») por mexicanos "en trance" de adquisición por éstos tienen acceso al Padrón. Una vez perfeccionada la venta termina el período transitorio y el buque adquiere definitivamente y a todos los efectos la nacionalidad mexicana. Hasta ese momento el buque conservará la bandera extranjera y los gravámenes sobre el buque se registrarán por el derecho extranjero que resulte aplicable sin que las hipotecas y demás derechos puedan tener acceso al "Padrón". V. PINEDO, J.W., *The bareboat charter registry of the United Mexican States, Symposium...cit.*

¹⁶⁵ Este es el caso, *e.g.*, de Polonia. El Código Marítimo Polaco de 1981, en su forma enmendada en 1984, prescribe la ley del pabellón para la regulación de los derechos reales que pesen sobre el buque abanderado en Polonia temporalmente como consecuencia de un contrato de arrendamiento en el que el arrendatario sea polaco , pero sólo a condición de que los gravámenes inscritos en el registro de origen se rijan por la Ley del Estado del pabellón. La misma regla se establece para el caso inverso, *i.e.*, el abanderamiento provisional en el extranjero de buque inscrito en el registro polaco. V. *Prácticas actuales...cit.*, pp. 21-22.

¹⁶⁶ Tanto la *Merchant shipping (Amendment) Act*, 1986 de San Vicente y las Granadinas como la *Maritime Act* 1981 de Vanuatu (en su forma enmendada por la *Maritime Act* de 1982), exigen el consentimiento de todos los beneficiarios de hipotecas, *mortgages* y gravámenes análogos que consten anotados en el registro extranjero de procedencia como requisito para conceder el abanderamiento provisional. Prescriben además que deberá de practicarse una nueva inscripción de los referidos gravámenes en el correspondiente registro nacional y en el mismo orden en que aparecen en el extranjero. Una copia de la certificación de inscripción se deberá llevar a bordo del buque y la venta del buque realizada durante la situación de arrendamiento producirá la nulidad del

Por su parte, los Convenios de Bruselas sobre privilegios e hipotecas, fieles a los criterios presentes en el Derecho Internacional en sus respectivas fechas de negociación y aprobación, identifican Estado de registro y Estado de pabellón a la hora de definir su ámbito de aplicación y establecer la regla de Derecho internacional privado que impone la validez y el reconocimiento de los gravámenes inscritos¹⁶⁷.

Pero , ¿cual debe ser entonces el Estado relevante cuando, en virtud de un arrendamiento internacional, quedan temporalmente separados el registro y el pabellón?

La respuesta a esta pregunta puede ser diferente según que

certificado, si bien los gravámenes inscritos subsistirán hasta su pago o vencimiento. De modo recíproco y para el caso de abanderamiento provisional en el extranjero, las leyes citadas exigen el consentimiento por escrito de todos los acreedores inscritos y la prueba suficiente de que todos sus derechos han sido anotados en el documento emitido por el nuevo Estado de bandera. V. *Prácticas actuales...cit.*, pp.24-27.

En Liberia, el Título 22 de la *Liberian Code of Laws* de 1956 establece un régimen que equivale a la doble protección registral de los derechos reales sobre el buque. En efecto, al tiempo que reconoce la validez continua de las hipotecas, *mortgages* y otros gravámenes análogos, constituidos e inscritos de conformidad con las leyes del Estado del registro extranjero de procedencia del buque , autoriza también la anotación de dichos derechos en el Registro de Liberia convirtiéndose, en tal caso, en hipotecas liberianas preferentes. En el supuesto de que tal inscripción se lleve a cabo, deberán entonces inscribirse necesariamente todas las cargas posteriores que se inscriban en el registro de origen y por el mismo orden en que figuren en éste. La situación recíproca se contempla para el supuesto de abanderamiento provisional de buque liberiano en el extranjero. V. *Ibíd.*, pp.32-35. Los problemas a que puede dar lugar éste sistema son obvios: ¿Cual de las leyes resulta aplicable a la ejecución -que puede tener lugar en un tercer Estado- de una hipoteca o de un privilegio inscrito?

¹⁶⁷El artículo 14 del Convenio de Bruselas de 1926 centra el criterio de su ámbito de aplicación en los buques que «pertenezcan» a un Estado contratante. Los mismos términos son empleados por la regla contenida en el artículo 1 para designar la ley competente de constitución de los derechos, única que da lugar a su reconocimiento internacional. Por su parte, los artículos 12 y 1 se refieren, al regular respectivamente las mismas cuestiones, al Estado de registro. Poca duda cabe de que las expresiones referidas son empleadas como sinónimas de la de Estado de pabellón. Dada la fecha de elaboración de éstos Convenios, en las que el arrendamiento internacional con cambio de bandera no existía (caso de 1926) o constituía una realidad marginal y desconocida en el plano internacional (1967), difícilmente pudieron sus redactores haber pensado en un Estado de matrícula distinto del de pabellón. En otras palabras, estos Convenios descansan en la premisa de que los buques están registrados únicamente en el país cuya nacionalidad poseen y cuya bandera enarbolan. V. HENGEN, *op.cit.*, p.2.

el país de ejecución de la garantía cuente o no con legislación específica en materia de arrendamiento internacional. En el primer caso, las disposiciones contenidas en la propia ley interna podrán resultar determinantes. Pero no cabe duda de que en aquellos países en que no ha cuajado el sistema del abanderamiento provisional y cuyo Ordenamiento marítimo sigue descansando en el concepto tradicional de univocidad de registro y de pabellón la solución se muestra más compleja¹⁶⁸.

Ya hemos dicho que la doctrina mayoritaria, seguida por la praxis comparada, se había inclinado a favor de la ley del Estado de registro (registro subyacente) para todo cuanto concierne a los aspectos registrales propios del estatuto privado del buque.

Y ésta es también la solución que, aún muy concisamente, parece haber recogido el CNUIB, pues el número 5 de su artículo once dispone que en el caso de un buque tomado a casco desnudo, el Estado de abanderamiento no realizará la inscripción sino previa acreditación de la suspensión de la precedente inscripción en lo concerniente a la nacionalidad del buque bajo el anterior Estado del pabellón y la *indicación de los gravámenes de cualquier género inscritos*. Y es precisamente esta mera alusión a la *indicación* el hecho que permite interpretar que los gravámenes inscritos en el Estado de registro original conservarán su plena validez y continuarán rigiéndose por la ley de dicho Estado¹⁶⁹.

¹⁶⁸V., éste es el caso, e.g., de los Estados Unidos, país en el que cabe apreciar una gran incertidumbre acerca de la postura que podrían adoptar los tribunales en un caso de esta naturaleza. V. HENGEN, *ibíd.*, p. 6.

¹⁶⁹Además, y aunque el artículo 12 no establece expresamente esta solución, la misma podría quizá entenderse implícita por lo dispuesto en el segundo párrafo del número 3, según en cual el Convenio no tiene por objeto

Desde luego esta interpretación ha venido corroborada por la práctica posterior. Tanto algunas legislaciones subsiguientes¹⁷⁰ cuanto las «Recomendaciones de la Cámara de Comercio Internacional»¹⁷¹, los formularios de contratación¹⁷² y el

establecer derechos de propiedad sobre el buque tomado en arrendamiento que no sean otros que los estipulados en el correspondiente contrato. En el mismo sentido podría entenderse el número 6 del artículo 12, según el cual la libertad de contratación de las partes habrá de regir todo cuanto tenga que ver con la disciplina contractual.

¹⁷⁰El caso de Italia nos proporciona una acabada muestra de legislación nacional reciente y adaptada a las prescripciones del CNUIB y a la doctrina dominante que ha presidido la elaboración del nuevo proyecto OMI/UNCTAD sobre privilegios marítimos.

El régimen del abanderamiento provisional fue establecido en virtud de la Ley de 14 de junio de 1989, que vino a modificar los artículos 145, 150 y 163 del *Codice della Navigazione*. En 1990 fue aprobado el correspondiente Reglamento de desarrollo y aplicación de la ley. En su virtud se crea un «Registri Speciali» en el que habrán de inscribirse las naves registradas en el extranjero («Registro sottostante») que son autorizadas a enarbolar la bandera italiana en virtud de un contrato de arrendamiento con arrendatario italiano y siempre que el Estado del registro «sottostante» suspenda temporalmente el derecho a que el buque enarbole su propia bandera. Entre los requisitos para el abanderamiento provisional figura el del consentimiento de todos los titulares de derechos de garantía inscritos, siempre que tal consentimiento sea requerido por la ley del registro extranjero. Durante el período de abanderamiento provisional, que no puede exceder de dos años, rige la Ley italiana para todos los efectos de derecho internacional público y privado, excepto, precisamente, para lo previsto en el artículo 6 del *Código*, i.e., para los derechos reales y de garantía sobre la nave, materia cuya competencia queda atribuida a la ley del registro «sottostante». La disciplina es la misma -aunque, lógicamente, inversa- para el caso de arrendamiento de buque italiano a extranjero. Se exige entonces el consentimiento de todos los titulares de derechos reales o de garantía sobre la nave. Nada se dice respecto a si se incluyen o no los no inscritos. La transcripción en la matrícula de los actos constitutivos, traslativos o extintivos de la propiedad o de otros derechos reales o de garantía sobre la nave, así como su anotación en el Acta de Nacionalidad se continuará realizando de acuerdo con las prescripciones del *Código* y de su Reglamento. La ley extranjera de abanderamiento rige, en general, para todos los efectos de Derecho Internacional Público y Privado. Como excepción, algunos aspectos relativos a la protección de los marinos italianos y los derechos reales y de garantía sobre la nave siguen sometidos al imperio de la ley italiana.

¹⁷¹Las Recomendaciones de la ICC constan de tres partes: Definiciones Esenciales; Principios Fundamentales y Recomendaciones. A continuación destacamos lo que a nosotros más nos interesa:

A) .-Definiciones esenciales:

a) Inscripción de Arrendamiento a Casco Desnudo (*Bareboat Charter Registration*), significa la inscripción de un buque en un Registro de Arrendamiento a Casco Desnudo a nombre del arrendatario a casco desnudo (*Bareboat Charterer*).

b) Registro de Arrendamiento a Casco Desnudo (*Bareboat Charter Registry*), significa el registro del Estado cuya bandera el buque enarbolará y en el cual queda registrado el arrendatario como arrendatario a casco desnudo durante el período del arrendamiento a casco desnudo.

c) Registro Subyacente (*Underlying Registry*), significa el registro del Estado en el cual está registrado el propietario del buque y a cuya jurisdicción y control volverá el buque una vez terminado el registro del

arrendamiento a casco desnudo.

B) .-Principios fundamentales:

2) La base del fletamento a casco desnudo será un contrato en cuya virtud el arrendatario adquiere el control y posesión del buque ,incluyendo el derecho de nombrar al capitán y a la tripulación y que, en general, a lo largo de su duración, ocupa la posición del propietario, salvo en lo que respecta al derecho a vender o hipotecar el buque ,derecho que sigue correspondiendo al propietario.

4) El Estado del buque cuya bandera enarbola el buque es el único responsable de ejercer la jurisdicción efectiva y el control sobre la explotación y gestión del buque.

6) La validez y ejecutoriedad del título del propietario sobre el buque y de cualquier hipoteca se regirá por las leyes del Estado de Registro Subyacente.

C) .-Recomendaciones:

4) En el Registro de Arrendamiento a Casco Desnudo se hará constar (entre otras cosas): c) un documento emitido por el Registro Yacente en el que figuren detalles del nombre del buque, de su propiedad y de los gravámenes (*mortgages*) inscritos; y d) el consentimiento por escrito del propietario y de los acreedores hipotecarios (*mortgagees*).

6) En el certificado de registro emitido por el Registro de Arrendamiento a Casco Desnudo o disponible al público en el propio Registro constará lo siguiente: a) una inscripción en la que se indique que el título de propiedad del buque o cualesquiera hipotecas (*mortgages*) no se pueden registrar en ese registro y que la validez y ejecutoriedad de los gravámenes inscritos en el Estado Registro Subyacente se rigen por la Ley de dicho Estado.

7. Las leyes del Estado del Registro de Arrendamiento a Casco Desnudo dispondrán que: a) las hipotecas que ya se encontraban inscritas en el Registro yacente continuarán plenamente vigentes y conservarán su eficacia; b) las hipotecas creadas durante el período de registro del arrendamiento a casco desnudo serán registradas en el Registro Yacente; c) todas las hipotecas señaladas en las precedentes letras a) y b) se regirán exclusivamente por la ley del Registro Yacente; d) el Registro de Arrendamiento a Casco Desnudo será público y contendrá una referencia en el sentido de que todos los datos relativos a la propiedad y a las hipotecas del buque se encuentran en el Registro Subyacente.

10. -Las leyes del Estado del Registro Subyacente deberían disponer que el consentimiento para el registro del arrendamiento a casco desnudo debería de darse sólo una vez que se hubiese recibido lo siguiente: b) el consentimiento escrito del propietario del buque y de los acreedores hipotecarios a que se realice la inscripción del arrendamiento a casco desnudo.

13. - Las leyes del Estado del Registro Subyacente deberían disponer que: a) las hipotecas que figuren inscritas en el Registro Subyacente continuarán en vigor y con pleno efecto; b) las hipotecas creadas durante el período de registro de arrendamiento a casco desnudo se registrarán en el Registro Subyacente; c) todos los gravámenes señalados en las precedentes letras a) y b) se regirán exclusivamente por las leyes del Estado de Registro Subyacente; d) El Registro Subyacente será público y contendrá los datos relativos a la propiedad y gravámenes registrados en relación con el buque, así como una anotación relativa a la inscripción del arrendamiento a casco desnudo. V. la versión original en Inglés en ICC, *op.cit.*

¹⁷²La póliza BARECON 89 contiene , en un apartado "V", las cláusulas relativas al abanderamiento provisional: «Provisions to apply for vessels registered in a Bareboat Charter Registry». Siguiendo fielmente las pautas de la ICC, define el registro provisional con fletamento a casco desnudo y el «Registro Matriz». Las hipotecas existentes en el momento de concertar el contrato y las que pudieran constituirse posteriormente se inscribirán en el Registro Matriz y las leyes del país de éste serán siempre las únicas aplicables en relación con aquellos gravámenes.

en el modelo establecido -o al menos insinuado- por el CNUIB.

Es así como el panorama comparado e internacional ofrece en la actualidad una situación de cierto consenso. Este se aprecia simultáneamente en la dinámica contractual y en la esfera legislativa y supone que los gravámenes inscritos no ven alterada su validez ni su régimen por el sólo hecho del abanderamiento temporal en otro Estado. La ley del Estado del arrendador sigue siendo el único punto de conexión competente para disciplinar cuanto se refiere a la propiedad y a los derechos sobre el buque inscritos antes o después del cambio de pabellón.

En suma, el arrendamiento internacional no genera un conflicto móvil. A pesar de comportar dos cambios de pabellón no supone una genuina mutación de la conexión, pues ésta queda anudada al registro ,yacente pero operativo, durante el tiempo en que el buque enarbola la bandera del país del arrendatario.

106.-Ley aplicable a los privilegios marítimos.

Según acabamos de ver, la generalidad de las legislaciones y los Organismos y Convenios internacionales han encontrado una

¹⁷³Desde luego el problema del conflicto de leyes inherente a la situación de registro doble se suscitó durante los trabajos del GIJE. Concretamente surgieron diversas propuestas durante los períodos de sesiones tercero, cuarto y quinto del Grupo , dando finalmente lugar al proyecto de disposición contenida en el artículo 15 del nuevo proyecto de Convenio, que responde básicamente al modelo de las Recomendaciones ICC. El mencionado precepto ,denominado «Cambio Temporal de Pabellón», contiene, entre otras, las siguientes normas: «Cuando un buque de navegación marítima inscrito en un Estado sea autorizado a enarbolar temporalmente el pabellón de otro Estado se aplicará lo siguiente: a) A los efectos del presente Convenio, por "Estado en que esté inscrito el buque" o "Estado de matrícula" se entenderá el Estado en el que haya estado matriculado el buque con antelación inmediata al cambio de pabellón, y por "autoridades competentes encargadas del registro" la autoridad competente encargada del registro en ese Estado. b) La ley del Estado de matrícula será determinante a los efectos del reconocimiento de las hipotecas, mortgages y gravámenes... d) Ningún Estado parte permitirá que un buque inscrito en ese Estado sea autorizado a enarbolar temporalmente el pabellón de otro Estado a menos que se hayan pagado con antelación todas las hipotecas, mortgages o gravámenes inscritos o que se haya obtenido el consentimiento por escrito de los titulares de todas esas hipotecas mortgages o gravámenes.».

solución para las hipotecas y otros gravámenes inscritos. Los acreedores de todos ellos quedan doblemente protegidos en caso de abanderamiento provisional. De un lado se requiere la manifiestación de su consentimiento. De otro se les da certeza respecto a la ley aplicable a su garantía, dejándoles al abrigo de la contingencia de su mutabilidad.

Pero nada se ha establecido respecto a los privilegios marítimos no registrados. Estos han quedado al margen de las reglamentaciones estudiadas. En general, se ha entendido que su carácter oculto dificulta, cuando no hace inviable, el previo consentimiento del cambio de bandera por parte de los acreedores, quienes, por otra parte, ya ven su crédito suficientemente protegido con la facultad reipersecutoria de que gozan en todo caso.

Prescindiendo ahora del examen de semejante presunción, lo cierto es que la cuestión de la ley llamada a regir los privilegios cuyo objeto de garantía recae en un buque abanderado provisionalmente no puede considerarse resuelta.

El problema puede suscitarse en relación con los privilegios nacidos con anterioridad al cambio de pabellón y cuya ejecución se solicita durante el mismo, o bien con los que nacen durante el período de arrendamiento y se quieran ejecutar entonces o una vez recobrada la bandera original.

Desde luego, a favor de la ley del registro original milita, además de las razones de Derecho internacional ya explicadas y las de su indidable simplicidad (supone la eliminación del conflicto móvil), la conveniencia de dispensar un mismo tratamiento legislativo a todo tipo de gravámenes reales sobre

el buque, se hallen o no inscritos. Esta conveniencia se convierte en necesidad a la hora de concretar y definir el orden prelativo. En contra, está el hecho de la confusión que puede producir cara a quienes realizan determinadas prestaciones para el buque confiando en la protección que a sus créditos confiere la ley del Estado de la bandera¹⁷⁴.

Con todo, este parece ser el criterio que ha recogido el Proyecto de Convenio OMI/CNUCDE sobre privilegios e hipotecas que, al tratar del cambio temporal de pabellón, considera que el término "Estado en que este inscrito el buque" o "Estado de matrícula", excluye al de abanderamiento provisional a *todos los efectos del Convenio*, exclusión que supone la irrelevancia de aquel último cara a la vida jurídica de los privilegios¹⁷⁵.

Sin embargo, y a salvo de los efectos que pueda producir el nuevo Convenio entre los Estados Parte una vez que entre en vigor, se trata de una cuestión que dista de estar resuelta a nivel internacional. Y, por ello, no queda otra opción que la de recurrir a las normas nacionales, incluidas, en su caso, las de conflicto¹⁷⁶.

¹⁷⁴En efecto, no puede dejarse de hacer notar las disfuncionalidades que está solución puede producir cara a la adecuada tutela de determinados acreedores marítimos privilegiados, en particular de los de naturaleza contractual. No cabe duda, e.g., de que los proveedores del buque pueden valorar la garantía que a su crédito ofrece el sistema legal de la nacionalidad del buque. El dato inmediato de que disponen para identificar dicho sistema es el del pabellón y el del puerto de matrícula (cuya inscripción en la popa del buque puede haberse cambiado a un puerto del abanderamiento provisional). Es más la propia documentación de a bordo habrá sido emitida por éste último país. Con estos presupuestos encuentra campo abonado la posible confusión del contratista. V.RUIZ SOROA, *Manual...cit.*, p. 75

¹⁷⁵Cfr. art. 15 a) y art.12 del Proyecto.

¹⁷⁶Así, en Alemania, KROEGER, *op.cit.*, p.11.

Capítulo XVI

El conflicto móvil en el Derecho español

107.-Diversos supuestos.

Es evidente que el conflicto móvil, derivado de un cambio de nacionalidad del buque, puede plantearse ante nuestros tribunales sin que resulte para nada involucrado el pabellón español. De hecho, tal situación podrá darse siempre que se pida la ejecución de un privilegio dentro de la jurisdicción española y sea preciso acudir a las normas de conflicto.

Sin embargo, merece especial interés para nosotros el supuesto de conflicto móvil que puede surgir en relación con los buques nacionales.

Pues bien, la posibilidad de que un buque español pueda ser exportado o un buque extranjero importado supone para nuestro Derecho, como para todo el que descansa en la *lex signum*, un supuesto típico de cambio en la conexión llamada por la norma de conflicto.

En efecto, la exportación e importación de buques es, en nuestro país, una operación perfectamente lícita, que se rige por las normas generales aplicables al comercio exterior de bienes¹⁷⁷ y que queda, además, sometida a los correspondientes

¹⁷⁷ Como es sabido, el Tratado de Adhesión del Reino de España a las Comunidades Europeas determinó la consagración del principio de libertad comercial, con las únicas excepciones previstas en dicho Tratado. En su consecuencia, y para la aplicación y desarrollo de las disposiciones del mencionado Tratado, se dictaron el R.D. 2701/1985, de 27 de diciembre, por el que quedó regulado el comercio de exportación, y la O.M. de 21 de Febrero de 1986, reguladora de las importaciones. Por su parte, la O.M. de 26 de febrero de 1986 desarrolló las previsiones contenidas en el Protocolo n°. 2 del Acta de Adhesión y reguló el comercio exterior con Canarias, Ceuta y Melilla, cerrándose así la reglamentación básica de las importaciones y exportaciones

controles sectoriales, que se traducen en una autorización reglada a otorgar por la Administración Marítima¹⁷⁸.

para toda clase de mercancías, que luego iría siendo complementada y actualizada. En la actualidad las principales normas que rigen el comercio exterior son las siguientes: A) Exportación:

-R.D. 2701/1985, de 27 de diciembre, por el que se regula el comercio de exportación.

-Orden de Economía y Hacienda de 21 de febrero de 1986, por la que se regula el procedimiento y tramitación de las exportaciones.

-Orden de Economía y Hacienda de 23 de julio de 1991, que contiene las listas vigentes de mercancías sometidas a los diferentes regímenes comerciales de exportación.

B) Importación:

-Orden de Economía y Hacienda de 21 de febrero de 1986, por la que se regula el procedimiento y tramitación de las importaciones.

-Orden de 23 de diciembre de 1991 por la que se establecen los diferentes regímenes comerciales de importación.

C) Comercio exterior de Canarias, Ceuta y Melilla:

-Orden de Economía y Hacienda por la que se regula el régimen de comercio exterior de las Islas Canarias, Ceuta y Melilla.

De acuerdo con el anterior bloque normativo resulta el siguiente régimen para el comercio exterior de las distintas clases de buques civiles:

a) Exportación desde la península o baleares: Libertad total de exportación a los países de la CEE y para Guadalupe, Guyana, Martinica, Reunión y San Pedro y Miquelón. Autorización Administrativa de Exportación para el resto de los países (V.O.M. de 23 de julio de 1991).

b) Importación a la península o a baleares: Libertad total de importación para los buques importados de los países que figuran en la letra anterior o de la EFTA. La misma libertad existe para una larga lista de países, entre los que figuran Argelia, Chipre, Egipto, Jordania, Israel, Líbano, Malta, Marruecos, Siria, Túnez y Turquía además de los países ACP. Para los demás países se exige generalmente autorización administrativa de importación, autorización necesaria en todo caso si se trata de buques usados (V. O.M. de 23 de diciembre de 1991 y su Anexo).

c) Canarias, Ceuta y Melilla: La exportación de buques a cualquier país precisa autorización administrativa si se trata de buques mayores de 20 T.R.B. La importación esta completamente liberalizada, cualquiera que sea el origen del buque (V.O.M. de 26 de febrero de 1986).

¹⁷⁸Desde la perspectiva de la legislación marítima, la importación de buques extranjeros requiere del "abanderamiento", que debe conceder la Dirección General de la Marina Mercante.

Por su parte, la exportación de buques nacionales requiere en la actualidad la autorización de la Dirección General de la Marina Mercante, en los términos previstos en el R.D. 1027/1989.

Al respecto conviene recordar que, si bien la exportación de buques nacionales ha venido siendo autorizada sin dificultades serias por la administración marítima, al menos desde 1947, la existencia de un confuso entramado de viejas disposiciones ha suscitado no pocas dudas respecto a la legalidad de dicha operación.

El artículo 592 del C. de c. de 1829 prohibía que las naves pudieran ser enajenadas a extranjeros, prohibición que no fue reproducida por el Código de 1885 ni por la LHN de 1893, que más bien la autorizan implícitamente (art. 578 C de c. y 40 LHN). A partir de aquí, y a lo largo del primer cuarto de siglo se suceden una serie de disposiciones restrictivas o prohibitivas de la venta de buques españoles a extranjeros, fundadas, las más de las veces en la necesidad de asegurar el mantenimiento de una mínima flota mercante española por razones estratégicas y económicas. Con el R.D. de 7 de mayo de 1921 se vuelve al sistema de libertad establecido por el Código y por la LHN. Sin embargo, el Decreto de 22 de Agosto de 1931, convertido en Ley por la de 14 de octubre del mismo año, prohíbe de nuevo la venta y abanderamiento en el extranjero de cualesquiera clase de buques nacionales y sanciona la nulidad

Del mismo modo, el abanderamiento provisional de un buque español en el extranjero o de un buque extranjero en España es una operación reconocida y regulada por nuestro Ordenamiento¹⁷⁹, que puede originar los correspondientes problemas

de dichas enajenaciones. Posteriormente la Ley de 2 de marzo de 1938 flexibiliza la prohibición al prever la posibilidad de «autorización expresa del poder público» y la Ley de 5 de mayo de 1941 permite que se autorice la enajenación o exportación al extranjero en determinadas condiciones. Tras diversas vicisitudes legales, se publica el Decreto de 23 de mayo de 1947, en cuya virtud los buques pueden ser exportados con la autorización de la Subsecretaría de la Marina Mercante. A continuación, la Ley de Protección y Renovación de la Flota Mercante de 12 de mayo de 1956 revisa completamente el marco proteccionista contenido en el Decreto de 1931 y no establece prohibición alguna de enajenación de buques a extranjeros. Con estos confusos antecedentes se publica el Decreto 1494/1968, de 20 de junio, por el que se aprueba el "Texto Refundido" de las disposiciones sobre abanderamiento, matrícula y registro. El Texto Refundido sigue, en materia de enajenación al extranjero, las prescripciones del Decreto de 23 de mayo de 1947, permitiendo la operación siempre que medie la autorización de la Subsecretaría de la Marina Mercante (Sección 3ª del Capítulo IV). Aunque la falta de derogación expresa de la Ley de 1931 hace discutible la prevalencia de estas últimas normas reglamentarias, la práctica administrativa, la notarial y la de los registros, se orientó decididamente a favor de su plena validez y aplicabilidad. GUTIERREZ DE LA CAMARA explicó que la ley de 1931 se encontraba derogada por la Ley de 5 de mayo de 1941 y, tácitamente (*lex posterior derogat anterior*), por la de 12 de mayo de 1956, pues ésta última vino a crear un nuevo marco general de fomento de la marina mercante incompatible con las restrictivas disposiciones de la ley de 1931. V. sobre toda esta cuestión: GUTIERREZ DE LA CAMARA, J.M., *Eficacia administrativa de la enajenación y de la hipoteca de buques españoles en favor de extranjeros*, RGM, Septiembre, 1981, pp. 175-183. V. también, con especial referencia al Decreto de 23 de mayo de 1947: TAULET, Enrique, *Intervención del Estado en la venta y gravamen de embarcaciones*, RCDI, T. XX, 1947, pp. 527-530. Defendiendo la vigencia de la prohibición: RUIZ SOROA, J.M., *Dictamen sobre la posibilidad y validez de venta de buques españoles en el extranjero*, Boletín del COMME, 1981, pp. 22-23. El vigente R.D. 1027/1989 (Sección 3ª del Capítulo IV), recoge el mismo régimen que el anterior Texto Refundido. Finalmente, la Disposición Derogatoria del Proyecto de Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, deja zanjada esta vieja polémica, al derogar expresamente la Ley de 14 de octubre de 1931, la de 12 de mayo de 1956, y todas las demás antiguas restricciones al comercio exterior de buques.

¹⁷⁹Nuestro Derecho aeronáutico conocía la modalidad de matriculación provisional de nave extranjera tomada en arrendamiento por sujetos españoles. La ley 48/1960, de 21 de Julio, sobre la Navegación Aérea y el Reglamento de Matrícula de aeronaves ya preveían y autorizaban ésta posibilidad (Cfr. artículo 18 de Ley y artículo 7º del Decreto 416/1969 de 13 de Marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Matrícula de Aeronaves). Pero fué el R.D. 3327/1977, de 9 de diciembre, el que vendría a implantar en España el régimen de abanderamiento provisional de buques objeto de arrendamiento internacional. Al respecto se ha observado que la implantación de la figura en España no se produjo, como en otros países, para atender las necesidades de competitividad de los buques propiedad de españoles, a la sazón fuertemente protegidos mediante las reservas de bandera y la política de subvenciones. Los verdaderos intereses que provocaron esta iniciativa reglamentaria no eran otros que los del sector pesquero. Se trataba de transferir buques de pesca españoles a otras banderas para poder así salir al paso de las peticiones de los países propietarios de los caladeros concretadas en los acuerdos bilaterales. En el marco de sus objetivos de desarrollo de industrias pesqueras propias, los ribereños de los recursos de pesca exigían

dimanantes del doble cambio de pabellón que la mencionada operación conlleva.

108.-Exportación de buque español e importación de buque extranjero.

En principio pudiera pensarse que el cumplimiento de los requisitos establecidos por la legislación marítima administrativa para la exportación de un buque español elimina toda posibilidad de conflicto móvil. Y ello por la sencilla razón de que dicha legislación exige la cancelación previa de todas las cargas o gravámenes como requisito previo para autorizar la enajenación del buque al extranjero¹⁸⁰.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, según la interpretación que a este precepto viene dando la administración, el aludido requisito se refiere exclusivamente a los gravámenes que se encuentren registrados en el Registro Mercantil. Quedan así fuera, en primer lugar, todos los privilegios que no hayan accedido a la publicidad de aquel registro¹⁸¹.

Pero ,incluso en el ámbito de los derechos registrados, la eficacia de la norma en cuestión es relativa. Ocurre que aquella

pabellón propio y consecuente embarque y participación de sus nacionales. V. BLANCO, Aquilino, *Boletín Trasatlántica*, n°. 71, Enero, 1990. p.3. La disposición sería luego complementada y desarrollada por los RR.DD 3327/1.977, de 9 de diciembre y 3004/1.978, de 29 de septiembre de 1978 y por la O.M. de 25 de enero de 1979.

¹⁸⁰En efecto, el artículo 57 del R.D. 1027/1989 prohíbe tasativamente la enajenación al extranjero de los buques que tengan cargas o gravámenes, sin distinguir acerca de su naturaleza ni de su publicidad.

¹⁸¹La Circular n°. 4/1990 , de 5 de abril de 1990, de la Dirección General de la Marina Mercante aclara que : «A los efectos del Registro Marítimo se considera que pesan cargas o gravámenes sobre un buque cuando las mismas están inscritas en el Registro Mercantil de conformidad con lo establecido en las disposiciones sobre inscripción de buques del Reglamento de dicho Registro y del R.D. 1027/89, de 28 de julio».

no puede entenderse en el sentido de impedir la enajenación de buques españoles hipotecados. A ello se opone el artículo 40 de la LHN, de superior rango, en cuya virtud basta con el consentimiento del acreedor hipotecario (o la consignación judicial por el deudor de la deuda hipotecaria) para que deba autorizarse la exportación¹⁸². Y esta misma solución es, de hecho, la seguida en la práctica de la administración para todo tipo de gravámenes inscritos¹⁸³.

En consecuencia, resulta obvia la posibilidad de que la exportación de un buque español produzca una mutación en la ley aplicable a los privilegios e hipotecas preexistentes¹⁸⁴.

La misma posibilidad, al menos para los privilegios, se da en el supuesto inverso, *i.e.*, importación de buque extranjero en España.

Esta última operación sólo puede producirse previa

¹⁸²Cuando el artículo 40 de la LHN sanciona con la nulidad la venta de un buque hipotecado hecha al extranjero sin el consentimiento del acreedor hipotecario o sin la consignación del crédito garantizado está protegiendo la eficacia de la garantía real hipotecaria. Esta podría no ser reconocida, según el Derecho internacional privado del país de la nueva bandera. Por ello se deja en libertad al acreedor para que éste valore, en cada caso, la medida en que el cambio de nacionalidad de la nave podría perjudicar el aseguramiento de su crédito.

¹⁸³Así lo ha reconocido la propia Administración. La citada Circular de la DGMM ha tomado en consideración esta situación al precisar que: «Para la enajenación al extranjero de un buque gravado con hipoteca se tendrá en cuenta lo previsto en el art. 40 de la Ley de Hipoteca Naval...». Y, dando un paso más, hace extensible el régimen de la LH a todos los gravámenes inscritos: «La enajenación al extranjero de un buque gravado con otras cargas o gravámenes inscritos podrá ser autorizada por la Dirección General previa presentación en el Registro Marítimo de escritura pública que acredite el consentimiento de dichas cargas o gravámenes».

¹⁸⁴Sin embargo habrá que estar atentos a la marcha del Proyecto de Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. El proyecto prohíbe la exportación de los buques mercantes españoles «que soporten cargas o gravámenes que estén debidamente inscritos en un Registro Público o deriven de disposición legal o reglamentaria salvo que se hubiere obtenido la autorización del correspondiente acreedor. (Cfr. artículo 79.2). De prosperar finalmente ésta solución desaparecerían buena parte de los conflictos móviles ligados a la exportación de buques españoles, *i.e.*, todos aquellos supuestos en que el acreedor privilegiado hiciere liquidar (o avalar con garantía ajena al buque) su crédito para otorgar su correspondiente autorización.

presentación, entre otros documentos, del «Certificado de baja en el Registro de bandera de procedencia»¹⁸⁵. La emisión de éste certificado de baja es , lógicamente, de la plena competencia del país de exportación. Y aunque será también la legislación de éste último la que determine la suerte que deban correr los gravámenes que pesaban sobre el buque, lo normal es que tan sólo exija el pago de la deuda o el consentimiento de los acreedores registrados, subsistiendo, en cualquier caso, los créditos no inscritos dotados de reipersecutoriedad.

109.-El régimen de abanderamiento provisional.

En la actualidad el negocio viene regulado en España por el R.D. 1027/1989, de 28 de julio. Respecto al régimen anterior, la nueva normativa del abanderamiento provisional ha dejado sin regular no pocas materias y adolece, además, de una notable falta de sistemática, situación que plantea diversas dificultades de interpretación y ha suscitado alguna destacada crítica¹⁸⁶.

Por lo que se refiere a las cargas y gravámenes, es cierto que las nuevas normas han contemplado, con mayor o menor detalle, las consecuencias registrales que el abanderamiento provisional

¹⁸⁵El abanderamiento de buques importados viene regulado en la Sección 4ª del Capítulo II del R.D. 1027/1989, artículos 22 a 24. En el artículo 22 se enumera la documentación que ha de ser presentada por quien desee matricular el buque importado. Entre dicha documentación destaca el certificado a que hacemos referencia. El mismo requisito de baja en el Registro de origen se mantiene en el Proyecto de Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (Comercio exterior de buques).

¹⁸⁶Así, RUIZ SOROA ha criticado la excesiva parquedad de las normas dedicadas por el R.D. 1027/1989 al abanderamiento provisional, que han dejado sin regulación aspectos tales como los efectos de la pérdida de la nacionalidad española por el buque y su consecuente anotación de baja temporal en ambos registros o la protección de los derechos de los trabajadores españoles al servicio del buque. V. RUIZ SOROA, *Manual...cit.*, pp. 34-35.

produce en el registro marítimo o administrativo de buques. Pero ,como ya ocurriera con el régimen anterior , nada dicen en punto a la inscripción de la operación en el Registro Mercantil¹⁸⁷.

Y esta omisión comporta notables problemas a la hora de determinar los efectos que el cambio temporal de pabellón produce respecto a terceros, en particular respecto a los acreedores con título inscrito en el referido Registro Mercantil¹⁸⁸.

a).-Abanderamiento provisional de buque español en el extranjero.

El abanderamiento provisional de buque español en el extranjero (*bareboat chartering out or flagging out*) es objeto de un doble control administrativo. De una parte se configura como un supuesto de exportación temporal, sujeto al trámite de comercio exterior correspondiente. De otra, se trata de una operación vinculada a un contrato de arrendamiento, en el que el arrendador es español y el arrendatario extranjero¹⁸⁹. Esta operación es de la discrecional autorización de la Dirección General de la Marina Mercante, que ,en su caso, la concede

¹⁸⁷El anterior R.D. 3327/1.977, de 9 de diciembre, se remitía , en lo referente al acceso al Registro Mercantil, a unas posteriores normas reglamentarias que nunca llegarían. En En efecto, su artículo 16 decía así : «El abanderamiento provisional de buques extranjeros en España y de españoles en el extranjero , así como su prórroga o extinción, se hará constar en el Registro Mercantil español, en la forma que reglamentariamente se determine».Esta última previsión nunca se cumplió ni fue expresamente revalidada por las disposiciones del R.D. 1027/1989.

¹⁸⁸Las normas contenidas en el Reglamento del Registro Mercantil relativas a los buques, que datan,como sabemos, de 1956, no contemplan la inscripción de los contratos de arrendamiento que impliquen el abanderamiento provisional en España de buques extranjeros o en el extranjero de buques españoles, modalidad negocial a la sazón prácticamente desconocida.

¹⁸⁹La condición de extranjería que debe poseer el arrendatario no aparece mencionada expresamente en la normativa vigente pero resulta evidente de la propia naturaleza internacional del contrato de arrendamiento de la que trae causa el cambio de pabellón.V.RUIZ SOROA, *Manual...cit.*, p.34

siempre en precario¹⁹⁰.

En cualquier caso, la exportación temporal y el cambio de pabellón no supone la baja definitiva del buque en el Registro Marítimo. Su asiento permanece vivo aunque "yacente"¹⁹¹.

En relación con lo que a nosotros interesa, debe notarse como la operación queda condicionada a la acreditación, mediante la oportuna certificación del Registro Mercantil, de que el buque se halla libre de cargas. Pero, al igual que ya ocurriera con la exportación definitiva, este requisito se ve mitigado en la práctica por un proceder administrativo ciertamente flexible, que bordea con creces el respeto al tenor literal de la norma reglamentaria antes transcrita. La administración considera cumplido el requisito con tal de que medie el consentimiento

¹⁹⁰El R.D. 1027/1989 dedica un precepto completo a la regulación del arrendamiento de buque nacional a arrendatarios extranjeros. Se trata del artículo 60, en cuya virtud, un buque nacional puede enarbolar provisionalmente pabellón extranjero, previa petición de su titular (se entiende del propietario) y autorización de la DGMM. El texto es el siguiente: «La utilización provisional por un buque nacional de un pabellón extranjero podrá ser autorizada por la Dirección General de la Marina Mercante a solicitud del titular del mismo. Con la solicitud se acompañará: Contrato de arrendamiento. Hoja de asiento puesta al día. Certificado del Registro mercantil que acredite hallarse libre de cargas. Documentación que acredite la solicitud de exportación temporal. La autorización para utilizar provisionalmente la bandera extranjera se condiciona a que se haga constar de modo expreso en el contrato de arrendamiento, que quedará sin efecto el abanderamiento-recobrando el buque el pabellón español-en los casos en que España entrase en guerra o en aquellas otras circunstancias extraordinarias en que el Gobierno de la Nación exija el cese del abanderamiento provisional».

El carácter discrecional o facultativo de la administración marítima para autorizar el cambio de bandera se pone de relieve por el tiempo utilizado por el verbo en la oración correspondiente: «podrá». Por otra parte, el artículo 60 pone bien a las claras el régimen de precario de la autorización, que se deriva de la cláusula de resolución automática («el contrato quedará sin efecto») que necesariamente debe incorporarse en la disciplina contractual y que producirá sus efectos en virtud de acuerdo del Consejo de Ministros (cuando así lo exija «el Gobierno de la Nación»).

¹⁹¹La Circular n°. 4/1990 de la Dirección General de la Marina Mercante dispone que «b) La utilización provisional de pabellón extranjero no significa la baja definitiva en el Registro Marítimo. Esta incidencia y el hecho de la recuperación del pabellón nacional se anotan en el respectivo asiento, manteniéndose el mismo folio y lista que tenía el buque antes del abanderamiento provisional en el extranjero.»

fehaciente de los acreedores inscritos¹⁹². Y a través de ésta criticable técnica se llega *de facto* a la misma solución imperante en el Derecho comparado y en la práctica internacional¹⁹³.

De este modo, las normas reglamentarias ofrecen cierta protección a los créditos registrados en el Registro Mercantil español con anterioridad a la operación. Ante el proyecto de desnacionalización temporal del buque, sus acreedores podrán exigir ,bien la previa liquidación de su crédito o bien la prestación de las garantías adicionales que les convenga.

Además, y en cualquier caso, los referidos acreedores podrán intentar mantener la inscripción de su garantía sobre la nave en el Registro Mercantil español no obstante el cambio de pabellón¹⁹⁴,o, en su caso, obtenerla en el registro competente de la nueva bandera. El éxito que obtengan en esta última pretensión dependerá de lo que al respecto disponga la legislación del país del arrendatario.

¹⁹²La Circular n°. 4/1990 de la DGMM, establece que: «c) La utilización provisional del pabellón extranjero por buque español no se autorizará sino en virtud de previa cancelación de todas las cargas o gravámenes inscritos o previa acreditación ,mediante escritura pública, del consentimiento de todos los acreedores inscritos.»

¹⁹³Desde luego, el requisito de la libertad de cargas para autorizar el abanderamiento temporal en el extranjero supone una restricción más intensa que la asumida generalmente en el plano internacional. Como sabemos, tanto para las Recomendaciones ICC, como para el CNUIB y para el proyecto OMI/UNCTAD sobre privilegios marítimos basta con el consentimiento por escrito de los acreedores hipotecarios.

¹⁹⁴Ya hemos aludido a la carencia de normas que establezcan y reglamenten la posibilidad de inscripciones relativas a buques temporalmente desnacionalizados. Sin embargo, ésta falta de reglamentación de las consecuencias del abanderamiento provisional cara a la disciplina del Registro Mercantil no ha impedido que la práctica registral se haya orientado en el sentido de permitir a los acreedores hipotecarios de buque español arrendado al extranjero la inscripción de sus garantías mediante notas marginales practicadas caso por caso en el Registro Mercantil. Con ello conseguían ,al menos, la protección registral de su crédito en el Derecho español.

De dicha legislación dependerá también la posibilidad de inscribir los gravámenes nacidos durante el período de abanderamiento en el extranjero, inscripción que, en principio, hay que considerar excluida respecto al registro mercantil español¹⁹⁵.

En cualquier caso, el anterior régimen deja un amplio margen para los conflictos de leyes móviles. Estos subsistirán, no sólo en relación con los privilegios no inscritos, con independencia de cual sea el momento de su nacimiento, sino también para los gravámenes preinscritos en el Registro Mercantil que no sean cancelados y para los inscribibles surgidos durante el período de arrendamiento.

En suma, nuestras normas reglamentarias proporcionan algunas soluciones cara a las garantías adicionales que pueden procurarse algunos acreedores, pero no ofrecen una clara indicación respecto a los problemas de Derecho internacional privado vinculados al abanderamiento provisional de buque español en el extranjero.

b).-Abanderamiento provisional de buque extranjero en España.

La operación inversa de *flagging in* (o *bareboat chartering in*) se encuentra también autorizada y "regulada" en España. El negocio que la origina es un contrato de arrendamiento de buque extranjero por naviero nacional. El buque se importa temporalmente y se inscribe en la "Lista Especial" que le corresponda según su actividad. Tras la inscripción pueden

¹⁹⁵Por cuanto el artículo 145 del RRM no permite sino la inscripción de los buques (y por lo tanto de los actos a ellos relativos) de bandera española, que se hallen matriculados en España.

proseguirse los trámites que consuman el abanderamiento¹⁹⁶.

Centrándonos directamente en los aspectos de nuestro directo interés, debe observarse, en primer lugar, que el Derecho español subordina la concesión de la bandera española a la baja previa en el Registro de la bandera de la procedencia¹⁹⁷. Ahora bien, ésta baja puede ser tanto temporal como definitiva¹⁹⁸.

Por otra parte, parece improbable que los derechos reales sobre éstos buques puedan tener acceso a nuestro Registro Mercantil. En efecto, a falta de disposiciones que expresamente la autoricen hay que tener en cuenta, en principio, la regla de

¹⁹⁶Es en este supuesto donde más se hecha de menos una regulación mínimamente sistemática y elaborada. El régimen jurídico administrativo sólo puede aquí ser edificado y conocido extrayendo elementos diversos que se encuentran diseminados a lo largo de todo el articulado del R.D. 1027/1989. Y aún así obtendremos sólo un régimen hecho a retazos, con más lagunas que previsiones jurídicas y con amplísimo campo de trabajo para el interprete. Así, en primer lugar, el artículo 4.2 preve que los buques, embarcaciones o artefactos pueden haber sido importados con abanderamiento provisional, en cuyo caso se registrarán en la «Lista Especial» que deberá ser complementaria a cada una de las Listas de buques contempladas en el artículo 4.1. Significa ello que, en principio, el régimen de bandera provisional española en virtud de arrendamiento puede concederse en relación con todo tipo de naves, sean o no comerciales, realicen o no actividades públicas (Lista Octava), e, incluso, sean propiamente buques o sean plataformas de extracción de productos (Lista Primera). A continuación, el artículo 13.4 c) aclara que para matricular un buque, en caso de abanderamiento provisional, se deberá presentar el contrato de arrendamiento en lugar del documento que acredite su propiedad. Por su parte, el artículo 22.2, que se ocupa del abanderamiento de buques importados, dispone que el mismo se efectuará aportando, entre otras cosas, el «Certificado de baja en el Registro de la bandera de procedencia» y el «Título de propiedad del buque o contrato de arrendamiento en caso de abanderamiento provisional». Y aquí se acaban las soluciones reglamentarias a la rica problemática planteada por el abanderamiento provisional en nuestro país de un buque extranjero importado temporalmente.

¹⁹⁷El artículo 22.2, que se ocupa del abanderamiento de buques importados, dispone que el mismo se efectuará aportando, entre otras cosas, el «Certificado de baja en el Registro de la bandera de procedencia».

¹⁹⁸Al menos así lo interpreta la Circular nº. 4/1990 de la Dirección General de la Marina Mercante, la cual precisa los siguientes extremos: a) Los buques abanderados provisionalmente en España e inscritos en la Lista especial complementaria correspondiente podrá efectuarse tanto en virtud de baja temporal cuanto de baja definitiva en el anterior registro; Resulta así que el asiento de los buques abanderados provisionalmente en España puede desaparecer o no desaparecer en el registro extranjero de origen.

tracto sucesivo, que exige la propiedad como primera inscripción¹⁹⁹.

Claro es que esta dificultad puede obviarse solicitando y obteniendo la inscripción de la propiedad extranjera²⁰⁰, pero esta posibilidad, resulta más que discutible. La inscripción en el Registro Mercantil sólo puede realizarse a partir de previa matriculación en el Registro Marítimo y no está previsto que la propiedad extranjera figure en éste último²⁰¹, Además, es lógico pensar que el artículo 145 del RRM esté pensado partiendo del presupuesto de que sólo los buques de propiedad de españoles pueden estar matriculados y abanderados en España y que sólo éstos tienen acceso al Registro²⁰².

Así pues, parece que sólo la reglamentación expresa de éste

¹⁹⁹El principio se recoge ,para los buques , en el artículo 149 del RRM :«La primera inscripción de los buques será la de propiedad de los mismos». El incumplimiento de esta prescripción supone el cierre del asiento registral a todas las cuestiones de derecho privado, con las consecuencias anómalas que ello entraña: imposibilidad de registrar cargas o gravámenes, anotar embargos, etc. Ello hace, en palabras de RUIZ SOROA que, en cierto modo, se trate de buques con «existencia jurídica parcial o incompleta». V. *Manual...cit.*, p.34.

²⁰⁰El RRM no exige que los buques allí inscritos tengan que ser de la propiedad de españoles, sino que basta con que se trate de «buques de bandera española que se hallen matriculados en España»(art. 145 1º RRM), circunstancias que ciertamente concurren en los buques admitidos al régimen de abanderamiento provisional español.

²⁰¹El artículo 22.2 del R.D. 1027/1989 exige la presentación del «Titulo de propiedad del buque o contrato de arrendamiento en caso de abanderamiento provisional».

²⁰²Ello no sería de extrañar si se tiene en cuenta que los redactores del Reglamento de 14 de diciembre de 1956 no pudieron tener en cuenta el régimen de abanderamiento provisional, inexistente en nuestro país, sino ,más bien, la Ley dictada el 12 de mayo del mismo año, de Protección y Renovación de la Flota Mercante, en la que se entiende por buque español el abanderado en España (bien sea como consecuencia de construcción en España o de importación) como propiedad de una empresa española. A su vez, el antecedente de ésta norma ha de verse en el artículo 145 del Reglamento de 13 de octubre de 1913 para la protección y fomento de las industrias y comunicaciones marítimas, que disponía que el propietario que solicitase el abanderamiento y matriculación de un buque debía acreditar su cualidad de español, por medio de certificación de la alcadía (persona física) o certificado del Registro Mercantil (sociedad).

supuesto, que probablemente requeriría la habilitación de un libro especial²⁰³, podría dar lugar a la inscripción de los derechos reales sobre buque de titularidad extranjera en el Libro de buques de nuestro Registro Mercantil. Mientras dicha reglamentación no llegue hay que pronunciarse por la inviabilidad de dicha inscripción, la cual conlleva, como consecuencia obligada, el cierre también del Registro Marítimo para cuanto afecta a dicha materia²⁰⁴.

Así las cosas no se plantean problemas especiales cuando la operación se realiza en virtud de simple baja temporal en el registro del arrendador. Al menos en todos aquellos casos en que la legislación de aquel establezca la continuidad de la vigencia del "Registro Subacente" a todos los efectos de los derechos reales sobre el buque y de sus efectos frente a terceros. Cualquier gravámen nacido durante el tiempo de bandera española podrá encontrar allí la deseada publicidad y tutela registral y allí quedarán inscritos y vigentes los preexistentes a la exportación temporal.

²⁰³Así, MEANA GREEN, *El registro de buques en España...*, I Seminario de Financiación de Buques...cit., pp. 17 y 19-20.

²⁰⁴Además de los preceptos dedicados a la regulación del abanderamiento provisional, hay algunos otros de los contenidos en el R.D. 1027/1989 que resultan de indudable aplicación, sin más, a los buques de propiedad extranjera y de bandera y naviero españoles, cual es el caso, e.g. del artículo 10, relativo a la inscripción del naviero (en este caso el arrendatario español), o de los artículos 22 a 24 o del 25 (Patente de Navegación). Pero, desde luego, no puede admitirse la aplicabilidad a los buques abanderados provisionalmente de todas aquellas normas que exigen la inscripción previa en el Registro Mercantil. Y esto ocurre, en particular con las contenidas en el artículo 57, que prevé la anotación de las cargas o gravámenes previa acreditación de su inscripción en el Registro Mercantil correspondiente. Pero, ¿Cual es el Registro Mercantil correspondiente?. Sin duda el español al que corresponda la competencia territorial de la provincia o distrito marítimo en cuya Lista del Registro Marítimo figure la inscripción de propiedad del buque, único al que se refiere la disposición que comentamos cuando emplea los términos de «Registro Mercantil». En consecuencia, vedado el acceso de los gravámenes al Registro Mercantil español, presupuesto necesario de su inscripción en el Marítimo, no cabe duda de que tienen también cerrada su inscripción en éste último.

Pero si la bandera española se concede previa baja definitiva en el registro de origen (o si la legislación de éste no prevé el mantenimiento de su vigencia a efectos de Derecho privado) se producirá la indeseable situación, fruto de la descoordinación entre los dos sistemas registrales, que dejará temporalmente indefensos los legítimos intereses de quienes pretendan registrar o ejecutar sus derechos reales inscribibles sobre el buque²⁰⁵.

110.-La determinación de la ley competente en materia de garantías reales.-

Según ha quedado indicado, los cambios de pabellón, sean definitivos o temporales , son susceptibles de brindar buenas oportunidades a los conflictos móviles en nuestro Derecho Internacional Privado, con las consiguientes dificultades que de ello se derivan²⁰⁶.

Creemos que la cuestión debe de resolverse con la referencia obligada constituida por la norma general de conflicto contenida en el artículo 10.2 del Código Civil. A partir de aquí, puede construirse una solución, aparentemente sencilla, que entienda subsistente, a todos los efectos, la regla de la ley del pabellón. Modificado éste por exportación o importación (definitiva o temporal), correspondería a la ley de la nueva bandera regir todos los aspectos presentes en los derechos reales

²⁰⁵Ninguno de los dos registros quedará abierto para reflejar la vida de los gravámenes sobre el buque. V.RUIZ SOROA, *Manual...cit.*, p.75.

²⁰⁶ De hecho, y en términos generales, se ha dicho que quizá sea el conflicto móvil la causa principal de las dificultades con las que se enfrentan las garantías mobiliarias sin desplazamiento en el Derecho internacional privado.V.así, BOUZA VIDAL, *op.cit.*, p.172.

sobre el buque.

En otras palabras, la ley aplicable será siempre la de la ley de la bandera que tiene el buque en el momento en que se producen cada uno de los actos jurídicos que conforman el nacimiento, la vida y la extinción de los privilegios²⁰⁷. Así, e.g., la cesión del privilegio quedaría sujeta a la ley de la bandera en el momento de la cesión.

A favor de la expresada solución se ha argumentado que posee la virtud de arrojar la mayor seguridad jurídica posible para los acreedores, en particular para los últimos en el tiempo, que de otro modo quedarían expuestos a la aplicación de una ley nacional anterior que probablemente ignoraban²⁰⁸. En suma, estamos ante una concreción más del principio general del Derecho internacional privado, según el cual deben respetarse las situaciones jurídicas adquiridas al amparo del ordenamiento que efectivamente ha presidido su construcción²⁰⁹.

²⁰⁷Un singular problema se plantea en relación con los privilegios nacidos de créditos surgidos como consecuencia de una pluralidad de actos o de prestaciones, por naturaleza indivisibles, y realizadas bajo dos pabellones sucesivos (e.g., contrato de salvamento de duración prolongada). Para tal supuesto ha dicho MANCA que el acreedor sólo podrá invocar el privilegio nacido bajo una de esas dos leyes. V. MANCA, *op.cit.*, pp.22-23. Por nuestra parte creemos que habrá que estar, en cada caso, al momento en que se perfecciona y es exigible la obligación principal (e.g., terminación de las operaciones de salvamento).

²⁰⁸ En particular, para los créditos marítimos privilegiados de origen contractual debe tenerse presente la protección que hay que dispensar a quien ha confiado en la bandera actual del buque a la hora de realizar con el naviero los negocios jurídicos que generan su privilegio. La ley no debe permitir que un simple cambio de bandera de al traste con sus legítimas expectativas.

Así, RUIZ SOROA, quien ve un apoyo a esta postura en el artículo 40 de la L.H.N., en la medida en que éste contiene una norma protectora de los acreedores reales en caso de cambio de nacionalidad. Ello bien podría ser muestra de que el legislador es consciente de que el cambio de bandera puede producir efectos perjudiciales para los acreedores, que deben ser corregidos aún a costa de permitir la modificación del punto de conexión, si ello es preciso para dispensar la protección que su crédito merece. V. RUIZ SOROA, *Crédito marítimo...cit.*, pp. 188-189.

²⁰⁹V. BOUZA VIDAL, *op.cit.*, p.181.

Esta ha sido ,precisamente, la postura seguida por la Asociación Española de Derecho Marítimo, quien ha estimado que la conexión establecida en el artículo 10.2 del C.c. no se ve desvirtuada en caso de cambio de bandera, sea éste definitivo o provisional, con lo que la competencia corresponde respectivamente a la ley de la nueva bandera o a la bandera provisional («actual flag»)²¹⁰. Y creemos que no otro ha sido el principio orientador de la reglamentación administrativa del abanderamiento provisional²¹¹.

Pero, aún cuando éste criterio parece impecable a la luz del Derecho positivo español, sólo una interpretación correctora del

²¹⁰V.C.M.I., *Questionnaire...Replies by the Spanish...cit.*. También a favor del momento en que se produce el hecho generador del crédito y del privilegio se pronuncia REMITRO BROTONS, *op.cit.*, p. 237.

²¹¹Desde luego, el silencio del R.D. 1027/1989 es total en cuanto respecta a la ley aplicable al buque con bandera temporal y la Circular n°. 4/1990 nada aclara acerca de la ley que deberá regir la propiedad y los derechos reales sobre el buque durante el tiempo del arrendamiento.

Sin embargo, el régimen reglamentario precursor de la figura y anteriormente vigente sí se había cuidado de aclarar que la ley aplicable a los buques abanderados provisionalmente sería en todo caso la de del pabellón que enarbolasen. En efecto El R.D. 3327/1977 aclaraba los siguientes extremos: a) pierde su nacionalidad española el buque que utiliza provisionalmente pabellón extranjero (art.segundo); b) la autorización a buque extranjero para enarbolar pabellón español conlleva la adquisición por aquel de la nacionalidad española; c) la ley aplicable en ambos supuestos es la nacional de la bandera que enarbole el buque durante el abanderamiento provisional (art. 12). Por nuestra parte, creemos que la nueva disposición no ha establecido ninguna innovación en éste sentido y ha dado por supuesto la competencia de la ley del pabellón para regular cuanto se refiere al estatuto del buque.

En primer lugar, el Gobierno no podía, aunque hubiera querido hacerlo, modificar por Real Decreto (de menor rango) el régimen general derivado del Código Civil.

En segundo lugar ,el hecho de que se contemple como posible el cierre del registro original obliga a entender que los gravámenes sobre el buque extranjero se regirán según la ley española mientras el buque enarbole nuestra bandera. Del mismo modo, la obligación de cancelar los gravámenes o de obtener el consentimiento de los acreedores apunta a la solución de que la ley extranjera del pabellón temporal será la competente respecto a los buques españoles poseídos por arrendatario extranjero.

Y en tercer lugar, el R.D. 1027/1989 no introduce ninguna diferenciación entre los efectos del pabellón nacional definitivo o provisional. Lo mismo ocurre respecto del pabellón provisional extranjero, si se exceptua la inclusión de cláusula contractual de retorno al pabellón español en casos en que España entrase en guerra o cuando así lo exija el Gobierno de la Nación. (Cfr. arts. 2°; art. 4° .2; art. 14; art. 22.2 y art. 22.3; y art. 60 del R.Decreto 1027/1.989).

mismo permitirá que su aplicación logre una armónica y justa conciliación de los distintos intereses en juego. Ocurre que la solución de los conflictos móviles se resiste a formulas generales y apriorísticas y requiere, en cambio, una visión pragmática que se fije en los diversos aspectos presentes en la institución correspondiente.

Por lo que, en concreto, se refiere a las garantías reales mobiliarias, la adecuada aplicación de la *lex rei sitae* exige una distinción entre el aspecto interno de la relación que dá origen al derecho real, i.e., la que se establece entre deudor y acreedor, y el externo, que pone a éste último en relación con los demás acreedores de ésta naturaleza. Al aspecto externo pertenece la disciplina de la gradación de créditos, materia que no tolera un concurso de ordenamientos, consecuencia de un cambio en la conexión que emplea la norma de conflicto. Por el contrario, requiere de una ley única. Y ésta ley única no puede ser otra que la del lugar donde nació el último de los gravámenes²¹².

Si trasladamos lo dicho para la *lex rei sitae* a la conexión

²¹²BOUZA VIDAL ha estudiado detenidamente el problema del conflicto móvil en relación con la regla general del artículo 10.1 del C.c aplicable a los bienes muebles, i.e., el cambio transnacional de su ubicación durante la vigencia de una relación jurídica de garantía. Su conclusión es que hay que huir de formulas generales y de criterios apriorísticos y estar, en cambio, a soluciones pragmáticas que conjuguen debidamente los distintos intereses en presencia. Una de estas soluciones, generalmente aceptada por la jurisprudencia y por el Derecho comparado, consiste en distribuir las competencias de la *lex rei sitae* inicial y la *lex rei sitae* actual en función de los distintos aspectos reales presentes en las garantías mobiliarias. La validez de la constitución de un derecho de garantía se regiría en todo caso por la ley del lugar de situación del bien en el momento de su nacimiento, pero la *lex rei sitae* posterior extendería su dominio al establecimiento de las condiciones bajo las cuales el titular de la garantía puede oponer su derecho frente a quienes, con posterioridad al cambio de conexión, han adquirido un nuevo crédito garantizado con la misma cosa. Esta es para BOUZA VIDAL la solución que mejor sirve para conciliar el interés del titular de la garantía a la continuidad y permanencia de su crédito y el interés de terceros a no verse sorprendidos por garantías ocultas. V. BOUZA VIDAL, *op.cit.*, pp.179-194.

especial de la ley del pabellón, tenemos que la validez y demás vicisitudes de la vida de los gravámenes sobre el buque se rigen por la ley de la bandera del momento de su nacimiento.

Pero será la ley del nuevo pabellón la que rija el conflicto entre los derechos de los acreedores adquiridos antes del cambio de bandera, por un lado, y los de los acreedores surgidos con posterioridad a dicho cambio. Y si hubiese dos (supuesto normal en el abanderamiento provisional) o más mutaciones sucesivas, corresponderá a la ley de los gravámenes nacidos bajo el último pabellón la competente para regular la concurrencia y prelación de todos los créditos.

Finalmente, y ya de *lege ferenda*, conviene advertir acerca de la necesidad de reformar nuestro Derecho positivo para dar una respuesta inequívoca a los conflictos móviles en materia de derechos reales de garantía sobre el buque.

Así, refiriéndonos en primer lugar al cambio de pabellón definitivo, el legislador debe ofrecer una mínima protección a los acreedores reales sobre buques españoles que vayan a ser objeto de exportación. Se trata de generalizar a los privilegiados la solución prevista para los hipotecarios en el artículo 40 de la LHN. En éste sentido debe ser aplaudida la salvaguardia prevista para la exportación de buques en el Proyecto de Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

Y a ello no debe obstar el hecho de que los Convenios Internacionales se hayan conformado con asegurar la reipersecutoriedad del acreedor privilegiado.

Esta última solución ha sido, sin duda, inspirada por los sistemas de las grandes potencias marítimas, que al no emplear

el criterio de la ley del pabellón, no han sentido la necesidad de establecer mecanismos que eviten las disfuncionalidades derivadas de los conflictos móviles²¹³. Pero en un Ordenamiento en el que el cambio de bandera comportará casi siempre una radical modificación de la garantía de los acreedores privilegiados, parece más apropiado un modelo como el consagrado en el artículo 156 del *Código della Navigazione* italiano.

Naturalmente no con ello quedaría excluida toda posibilidad de conflicto móvil. Este podría darse en relación con el crédito de los acreedores que, a pesar de haber consentido la exportación, decidieran luego ejecutar su privilegio contra el buque. Y siempre estarían los créditos vinculados a los buques importados y, en general, los que gravasen a cualquier buque extranjero ejecutado en España y que hubiese sufrido una previa mutación de nacionalidad ajena a nuestro comercio exterior. Por ello sería bueno, también, reformar el artículo 10.2 del C.c. a fin de dejar explícita la solución antes propuesta para los conflictos móviles.

En segundo lugar, la necesidad de la reforma es aún más evidente en el supuesto del abanderamiento provisional. Ya la propia naturaleza temporal, provisional o interina de éste régimen se concilia mal con la seguridad y estabilidad que requiere la garantía hipotecaria y otros derechos reales sobre el buque.

²¹³Así, .e.g., poco importa a un tribunal inglés que el buque haya cambiado una o varias veces de pabellón, si al final va a aplicar exclusivamente la *lex fori*. La reflexión es particularmente acertada en relación con los países que no son parte del Convenio de Bruselas de 1926. Distinto es el caso, e.g., de Francia, país para quien el cambio de pabellón puede no ser irrelevante en la medida que puede comportar aplicación o inaplicación del Convenio.

Nuestro legislador cuenta aquí con una importante referencia internacional y comparada. Sería aconsejable que siguiese el modelo ya generalizado y adoptase disposiciones claras en el sentido de dejar abierto y vigente el Registro mercantil español y declarase aplicable la ley española para todo cuanto concierne a los derechos reales sobre un buque español arrendado al extranjero.

Del mismo modo, y en sentido inverso, debería regular de nuevo cuño el abanderamiento provisional en España de buque extranjero, estableciendo la plena competencia del registro subyacente para todo cuanto concierne a los derechos reales sobre el buque. Además, la concesión del pabellón español habría de quedar, en todo caso, subordinada a la presentación de certificado acreditativo de que la baja provisional del pabellón extranjero no impide que el registro del arrendador quede abierto y disponible para todas las materias de Derecho privado.

La ruptura parcial de la regla tradicional, ínsita en el artículo 10.2 del C.c., que ello supondría se vería con creces compensada por la supresión de los conflictos móviles que pueden derivarse del abanderamiento provisional y por la armonización de nuestro Derecho con la realidad y con práctica internacional de contratación²¹⁴, que, sin duda, acabará logrando una implantación universal.

²¹⁴El carácter de Derecho necesario que posee la regla del artículo 10.2 del C.c., supone que nuestros jueces no podrían considerar válidas las cláusulas que, como la contenida en la póliza BARECON 89, establece la competencia de la ley del registro subyacente.

RECAPITULACION Y CONCLUSIONES

I.- Sobre los antecedentes y evolución histórica

1.-La nave, vehículo material para la realización de la navegación, ha desempeñado históricamente un relevante papel como bien garante de los créditos marítimos nacidos con ocasión de su construcción, explotación y navegación. Además, y del mismo modo que cualquier otro bien, ha sido, desde antiguo, ofrecida por su propietario como seguridad del cumplimiento de cualesquiera obligaciones personales.

2.-Una lamentable carencia de fuentes documentales impide conocer cuales fueron las concretas manifestaciones de ésta realidad en las civilizaciones marítimas antiguas del Mediterráneo anteriores al período helénico.

3.-De Grecia nos llegan evidencias que muestran la práctica constante del préstamo a cambio marítimo y el destacado lugar que en dicha institución jugaba la constitución convencional de *hyphoteca* con los efectos propios de los derechos reales de garantía.

4.-En el Derecho Romano el *pignus* y la *hyphoteca* de nave era práctica reconocida y corriente para la garantía contractual de toda clase de créditos, marítimos o terrestres. Asimismo, y continuando con la tradición griega, la hipoteca convencional sobre el buque, con eficacia *erga omnes*, sería la figura normal para garantizar el cabal desenvolvimiento de la *pecunia*

traiecticia.

5.-Además el *Corpus Iuris* revela la aplicación a las naves de la institución del crédito refaccionario, de amplia concepción y revestido de un *ius prelationis ex lege* válido para todo proceso de ejecución colectiva y con un orden preferencial que descansa en la máxima *posterior in tempore potior iure*, que finalmente acabaría gobernando el régimen de prelación de los préstamos a la gruesa recogido en los Códigos. Por otra parte este privilegio marítimo carecía de efectos reales, sin perjuicio de la posibilidad de estipulación expresa de prenda o hipoteca.

6.-El Derecho marítimo medieval, nutrido en parte por la tradición romanística y en parte por la influencia germánica y por los usos y prácticas generados por la propia dinámica de la navegación marítima, cristaliza en el sistema estatutario.

7.-El *Llibre del Consulado del Mar* constituye el mejor exponente de la época también en punto a la afección especial y *ex lege* de un buque en garantía de créditos marítimos. Siguiendo aquí al Derecho romano, el privilegio agota sus efectos en la simple preferencia prevista para el caso de concurso de acreedores. De este modo la garantía no va más allá de la esfera de la titularidad dominical del buque por el deudor, careciendo de eficacia frente a terceros adquirentes. Sin embargo, el sistema prelativo se monta en base al criterio cronológico directo, en claro contraste con la solución romana.

8.-El catálogo de los créditos de este modo protegidos consta, tanto de los clásicos refaccionarios y por provisiones de Roma, cuanto de los marítimos salariales, cuya consagración como créditos tutelados con la garantía del buque se debe precisamente al *Llibre*.

9.-Frente a esta riqueza del Consulado del Mar en materia de afección legal del buque para asegurar créditos marítimos, contrasta su pobreza en lo tocante a la constitución convencional de derechos de garantía sobre la nave. El préstamo a la gruesa se puede detectar en el *Llibre* tan sólo bajo un manto de camuflaje y nada se dice de la constitución de hipoteca para su garantía. Quizá tan notables ausencias se expliquen por las prescripciones canónicas relativas a la usura, cuyos efectos habrían alcanzado a la compilación barcelonesa.

10.-En cualquier caso, el examen de los documentos notariales revela una indudable y constante presencia de la prenda y de la hipoteca naval que corre a lo largo de todo el período medieval y desempeña su función principal precisamente en la salvaguardia del préstamo a cambio marítimo.

11.-Mucho más relativas serían, en cualquier caso, las aportaciones llevadas a cabo por los otros textos estatutarios de las ciudades mediterráneas y atlánticas, siendo notable la exigua regulación de nuestra institución en los *Roles de Oleron* y en el *Derecho de Wisby*, donde al menos pueden encontrarse algunos supuestos de prenda naval.

12.-Al margen del Derecho marítimo estatutario y siguiendo estrictamente los patrones romanos, las Siete Partidas no sólo reproducen la afección legal del buque en garantía de determinados créditos-sustancialmente los mismos que aparecen en el Digesto-, sino que contemplan y autorizan el gravamen real de la nave mediante pacto voluntario de hipoteca. Sin embargo, y separándose así del modelo de Roma, Las Partidas articulan la preferencia privilegiaria del refaccionario con técnica de hipoteca legal tácita.

12.-En general puede decirse que ,cuando los textos medievales personifican la nave para decir que queda obligada al pago de una deuda determinada o cuando disponen que aquella queda gravada o afecta en garantía de créditos marítimos al margen de la voluntad de su propietario (*pegno* tácito) aluden a un derecho que no lleva aparejada la facultad reipersecutoria, y se limitan a otorgar al acreedor un *ius prelationis* especial sobre la cosa afectada , que se pierde mediando adquisición por tercer poseedor¹.

14.-Serían las Ordenanzas francesas de 1681 las que, por primera vez, ofrecerían una ordenación y regulación sistemática

¹Todavía en la primera mitad del siglo pasado, manifestaban GOMEZ DE LA SERNA y REUS que :«La hipoteca no solo puede establecerse por la voluntad de los particulares ,que es la llamada *convencional* o *expresa*, sino tambien por la ley, que es la *tácita* o *legal*. Esta no afecta á bienes determinados ni dá lugar á que pueda dirigirse el acreedor contra los poseedores de las fincas que fueron y no son ya de su deudor: más bien que hipoteca propiamente dicha , es un privilegio que otorga al que lo tiene la facultad de ser preferido á los demás acreedores, pero no por razón de su persona sino por la naturaleza del crédito con el cual se transmite.»GOMEZ DE LA SERNA y REUS, *op.cit.*, pp. 366-367.

de créditos marítimos garantizados con la nave por ministerio de la Ley. Esta garantía alcanza al préstamo a la gruesa que queda así convertido en un crédito marítimo privilegiado más. Con la Ordenanza, puede aludirse ya al concepto de privilegio marítimo, para indicar una triple cualidad inherente a determinados créditos por expreso mandato del legislador. En efecto, el contenido del privilegio de algunos créditos marítimos posee ya entonces la fisonomía que nos es familiar, *i.e.*, el privilegio aparece revestido de un *ius prelationis*, un *ius distrahendi* y -con las reservas que enseguida veremos- un derecho de persecución.

15.-Sin embargo, la técnica empleada por la Ordenanza presenta no pocos problemas, que hacen imposible perfilar todavía los exactos contornos de los privilegios marítimos. En efecto, por una parte, la eficacia *erga omnes* encuentra límites que resultan incompatibles con la naturaleza real del privilegio, desde el momento en que la reipersecutoriedad sólo opera por deudas del último vendedor y no de los anteriores. De hecho, la Ordenanza francesa parece construir la garantía de los acreedores del vendedor del buque, no por vía de un derecho de persecución de naturaleza real, sino a través de la modificación del régimen común de la adquisición de la propiedad mediante el contrato de compraventa; *i.e.*, cuando el bien adquirido es un buque se añade al título y al modo el requisito un viaje por mar a nombre y riesgo del comprador.

16.-Además, se da la circunstancia de que el trinomio

:preferencia, prelación y realización no siempre concurre como un haz unificado de facultades constituidas a favor del acreedor marítimo, ya que todo acreedor del vendedor puede perseguir el buque, aunque no disponga de un *ius prelationis*.

17.-Finalmente, por lo que se refiere a las garantías reales convencionales, la Ordenanza francesa , al declarar al buque bien mueble, merma la posibilidad de constitución de hipoteca, gravamen que ,por el influjo germánico, se entendía a la sazón propio de los bienes inmuebles. Ello habría de dar lugar a la aparición de las distintas formas de prenda naval irregular o sin traslado de posesión.

18.-Nuestras Ordenanzas de Bilbao de 1737 no siguieron a la Ordenanza Francesa en punto a los privilegios sobre la nave, limitándose a incluir una lista prelativa de acreedores marítimos para el caso de toda venta judicial de un buque, siguiendo así la tradición del *Llibre* .No supusieron, pues, avance alguno en la consagración del privilegio como un genuino derecho real de garantía.

19.-El Código francés de 1807 no produjo innovaciones importantes respecto a las Ordenanzas en punto a la configuración de la naturaleza del privilegio y siguió hablando de sujeción del buque a las reclamaciones de los acreedores del vendedor. Sin embargo acogió ,casi íntegramente, la posición doctrinal de VALIN, pasando de la lista prelativa de cuatro créditos contenida en la Ordenanza a la de once recogidas en el Código, además de

realizar algunos perfeccionamientos técnicos.

20.-El Código de SAINZ DE ANDINO tuvo la virtud de fijar nítidamente los contornos de los privilegios marítimos en nuestro Derecho. Aunque tomó del precedente Código francés, casi al pie de la letra, la relación prelativa de créditos marítimos y otros aspectos de la disciplina (como el relativo a la extinción) configuró -por primera vez y sin lugar a dudas- los privilegios como auténticos derechos reales de garantía. A diferencia del Código galo, la reipersecutoriedad se otorga a todos los acreedores marítimos privilegiados, **y sólo a éstos**, (con independencia de que fuesen o no acreedores personales del último o de anteriores vendedores), sin encontrar más límites que los de la venta forzosa y la prescripción. En consecuencia, queda aquí siempre asegurada la identidad entre titular de la facultad de persecución, titular de la facultad de realización y titular de la facultad de preferencia.

21.-Los Códigos italianos y alemanes del pasado siglo adoptaron la misma solución que el Español, confiriendo a una lista cerrada de créditos marítimos (también tomada del modelo Francés), y sólo a ellos, la naturaleza de derechos reales de garantía.

En punto a las garantías navales contractuales, baste decir que la prenda naval queda regulada en el Código Italiano, mientras que la hipoteca consigue positivizarse autonomamente en algunas leyes especiales que ven la luz a finales del pasado siglo.

22.-En el Derecho anglosajón, la disciplina de los *maritime liens* se iría conformando a través de la práctica judicial seguida por los jueces y tribunales de la jurisdicción especial del almirantazgo, quienes, indudablemente, debieron tener presentes los postulados clásicos del Derecho marítimo estatutario de la Edad Media convertido en la *lex mercatoria* de los comerciantes marítimos de Inglaterra.

La inicial tensión entre este Derecho marítimo especial y foráneo con el *common law* daría finalmente paso a su fusión de principios con el resultado de la consagración de una disciplina jurídica de raíces mixtas que perfilaría, junto al *mortgage* convencional, un pequeño número de *maritime liens* con características similares a las de los privilegios del Derecho continental codificado y con entrada del crédito por daños extracontractuales. El *statute law*, o leyes marítimas escritas, complementarían y confirmarían el Derecho jurisprudencial generando simultáneamente una categoría distinta de créditos marítimos con la especial-pero no real- garantía del buque: los *statutory liens in Admiralty*, dotados de una facultad de realización y de prelación mediante un procedimiento *in rem*, pero carentes de reipersecutoriedad.

23.-El sistema inglés se extendería a las ex colonias del Reino Unido, las cuales, una vez alcanzada la independencia, seguirían su evolución propia. En particular, el número de *maritime liens* en Estados Unidos creció como consecuencia de la necesidad de defender los intereses cargadores y de suministradores de obras y servicios, que, desde siempre, habrían

de predominar en aquel país sobre los intereses navieros. Por otra parte, y en contraste con la situación jurídica inglesa, el ejercicio de la acción *in rem* en Estados Unidos , sólo vendría a ser posible en virtud de la titularidad de un *maritime lien*, lo que supondría la inexistencia de unos *statutory liens in Admiralty* norteamericanos.

24.-En conclusión, y en lo que respecta a nuestro Derecho, podemos decir que en las fuentes históricas anteriores al Código de Comercio de 1.829 no existían privilegios marítimos en el sentido con que hoy los conocemos. Sin embargo, si pueden encontrarse numerosos precedentes de créditos asegurados directamente por la ley con la garantía especial de la nave, aunque difícilmente puede hallarse una regulación sistemática de los mismos. Si bien es cierto que algunos créditos eran dotados de una preferencia privilegiaria, no figura, en cambio, alusión alguna a la facultad de reipersecutoriedad, que es la nota más característica de la actual noción de privilegios marítimos.

25.-Ante esta manifiesta ausencia de precedentes históricos definidos, parece bastante evidente que nuestro legislador de 1.829-sin perjuicio de su mérito clarificador de la naturaleza de los privilegios- tomó ,no solo la institución, sino prácticamente su regulación material, del Code francés de 1.807, del mismo modo que lo hicieron otros Códigos de Comercio europeos. Y es así como, en la raíz histórica de la versión moderna de los privilegios marítimos, hay que situar a la

"Ordonnance touchant à la Marine", de 1.681 y, tras ella, a los comentarios doctrinales realizados por VALIN, quien consiguió que el Code incluyera nada menos que once, en contraste con los cuatro créditos marítimos provistos de *droit de suit* inicialmente recogidos en la citada Ordenanza.²

² V. RUIZ SOROA, quien cita, como ejemplos de créditos preferentes sin afección real, contenidos como referencias aisladas en nuestras fuentes históricas, los de los marinos, reconocidos en el "Consulado del Mar", y en las Ordenanzas de Bilbao de 1.737. V. RUIZ SOROA, *op.cit.*, pp.177-178. V., también, MONFORT BELENGUER, En torno a la eficacia de la garantía real en las hipotecas navales, *Revista de Derecho Mercantil*, n°.27, 1.950, pp. 439-440.

II.- Sobre las fuentes.

26.-La esencial transnacionalidad de la navegación marítima, la disparidad de regímenes jurídicos nacionales y la necesidad de dispensar una mínima protección y seguridad al crédito marítimo, destacadamente al hipotecario, determinaron que, a finales del pasado siglo, se inaugurase un movimiento dirigido a la unificación internacional del régimen aplicable a los privilegios marítimos sobre el buque y a la hipoteca naval.

27.-El primer resultado concreto de estos trabajos, realizados en el contexto de las actividades de unificación general del Derecho marítimo propias del Comité Marítimo Internacional, vino constituido por el Convenio de Bruselas de 1926. Fruto de un difícil compromiso, no satisfizo plenamente a nadie y no logró una efectiva y amplia implantación internacional, siendo de destacar la falta de ratificación por los países de la órbita anglosajona y por otros de notable importancia marítima.

28.-Menos éxito tuvo aún el Convenio de Bruselas de 1967. Este nuevo intento codificador , que pretendía dar un paso decisivo en el reforzamiento de la garantía hipotecaria del crédito naval y resolver algunos de los problemas planteados por el texto anterior, surgió con esperanzadora fuerza. Pero la inevitable servidumbre de las transacciones condeno su ratificación a un escaso puñado de países, insuficiente incluso

para provocar su entrada en vigor.

29.-Nuevos trabajos iniciados por el C.M.I. en 1985 y reconducidos luego a los cauces más representativos de los Organismos Públicos del sistema de las Naciones Unidas darían como fruto el actual Proyecto OMI/CNUCDE, que ,en un próximo futuro, podría convertirse en el régimen internacional unificado de Derecho material aplicable a los privilegios marítimos e hipoteca naval.

30.-A la espera de un Derecho de universal implantación, la disciplina de los privilegios debe encontrarse en cada uno de los Ordenamientos nacionales. El Derecho positivo comparado actual ofrece disparidad de modelos. Por su proximidad son de destacar los de Francia e Italia, que prácticamente calcan las disposiciones del Convenio de 1926.

31.-El Derecho positivo español en esta materia es caótico y anacrónico. Entre las normas de origen interno figuran, básicamente, los artículos 580 a 584 del Código de Comercio, que suponen escasa innovación frente al Código de Sainz de Andino. La aparición posterior de la Ley de Hipoteca Naval modificó el régimen prelativo del Código en todo supuesto de hecho en que concurra acreedor por hipoteca naval. Entonces, y sólo entonces, entran en juego los artículos 31 a 36 de dicha Ley para conformar, junto con los preceptos del Código, un régimen confuso, de difícil interpretación, y totalmente desfasado de las actuales necesidades del tráfico.

32.-El bloque positivo básico se completa con las normas que rigen la publicidad registral de los buques en el Registro Mercantil, sujeto ya a revisión, y por las que se encuentran presentes en algunas legislaciones sectoriales, señaladamente en la administrativa, la tributaria y la laboral. Y supletoriamente, en la medida en que no se conculquen derechos de terceros, habrá que integrar el régimen con la aplicación analógica de los criterios que proporciona la legislación hipotecaria para todo derecho real de garantía.

33.-Más dificultades existen aún en relación con los supuestos de aplicación de las normas nacionales de origen internacional, *i.e.*, de las contenidas en el Convenio de Bruselas de 1926, del que España es país parte. Es ésta la única materia de los privilegios marítimos que ha recibido una verdadera atención de nuestra doctrina y jurisprudencia.

34.-En general, puede decirse que el Convenio no es aplicable en España, y sí lo son las normas de origen interno, siempre que el buque gravado no pertenezca a un Estado parte o bien cuando todos los elementos concurrentes en el supuesto (buque y todos los acreedores) sean españoles. Nuestros tribunales deberán aplicar el Convenio en todos los demás supuestos, sin atención a cual sea la nacionalidad de los acreedores. Y ,en cualquier caso, ha de tenerse presente que dicha aplicación no excluye totalmente la de nuestro bloque normativo interno. Éste habrá de integrar supletoriamente sus

lagunas por decisión del propio Convenio.

35.-En cualquier caso, nuestro Ordenamiento en materia de privilegios adolece de graves deficiencias normativas, suscita la perplejidad y la inseguridad de cualquier interprete y pone en grave riesgo intereses que, como los derechos de los trabajadores de la mar, merecen una especial protección.

La necesidad de reforma es aquí imperiosa y deberá de venir de la mano del instrumento que finalmente acabe gozando de mayor aceptación internacional, probablemente el proyectado Convenio OMI/UNCTAD.

III.- Sobre la delimitación conceptual.

36.-Los vigentes textos positivos comparados e internacionales no definen ,por regla general, el privilegio marítimo sobre el buque . Pero el análisis de su fisonomía y función permite ofrecer un concepto: «la prerrogativa concedida por la ley a determinados créditos marítimos (créditos marítimos privilegiados) que se traduce en la atribución a su titular de la triple facultad de persecución, realización y preferencia en la venta judicial el buque respecto al cual nació el crédito y para cuya satisfacción queda aquel real y especialmente afecto en garantía».

37.-Los privilegios son auténticos derechos reales de garantía, estructurados con los típicos poderes que a los mismos atribuye la doctrina y que se corresponden con los que ya se recogían en nuestro Código de Sainz de Andino.

Esta calificación obedece a que la idea de la garantía es consustancial al privilegio. Este recae sobre una cosa ajena determinada, que es el buque, y concurren además las notas de la preferencia y de la oponibilidad *erga omnes*. Queda así confirmada la línea seguida por la inmensa mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada , la cual ha sido recogida también por los Convenios Internacionales.

38.-El carácter oculto de la mayoría de los privilegios ha llevado a algunos autores a considerarlos hipotecas legales

tácitas. Esta posición no rebate, sino que confirma, la conceptualización de los privilegios marítimos como una figura más de derecho real de garantía.

39.-Mucho más difícil de aceptar resulta, en cambio, las posturas que han querido explicar la naturaleza del privilegio acudiendo a las obligaciones *propter rem*. En este tipo de obligaciones, el deudor asume siempre la responsabilidad personal de la deuda por el hecho de ser titular de un bien sujeto a una responsabilidad real. Por ello la deuda personal desaparece con la transmisión del bien gravado. En el privilegio, la enajenación del buque no libera de la deuda a su propietario. Ciertamente es que el acreedor podrá perseguir la nave, pero conservará, en todo caso, la acción personal contra el deudor transmitente.

Y también deben ser rechazadas las tesis procesalistas, sobre todo porque ignoran la "fase de seguridad" de la vida del privilegio y porque no pueden explicar la razón por la que el tercer adquirente debe soportar las consecuencias del proceso.

40.-Esta conceptualización supone que la calificación de un privilegio como marítimo le imprime una naturaleza y estructura que lo aleja decisivamente del significado que el término posee en el Derecho común.

41.-Los privilegios marítimos no deben ser confundidos con las garantías navales contractuales. Estas últimas nacen como consecuencia de la autonomía de la voluntad y están sujetas a la publicidad propia del sistema hipotecario. Los privilegios, en

cambio, tienen su directo origen en la ley y ,muchas veces, alcanzan plena eficacia aún cuando no se hallen inscritos.

42.-Existen además otras diferencias en cuanto a la función económica y social que unas y otras figuras desempeñan en el tráfico. Mientras que los privilegios encuentran su justificación en la necesidad de proteger variopintos intereses, las figuras encuadrables en la genérica denominación de garantías navales contractuales se dirigen, básicamente, a la protección de quienes financian al propietario del buque. Todas estas instituciones pueden encuadrarse en dos grandes categorías, según sea el dominio o un *ius in re aliena* la técnica empleada para actuar la garantía.

43.-Con la excepción del arrendamiento con opción de compra y del *leasing* naval, negocios que ofrece una sólida garantía real en la financiación de la adquisición del buque, no puede decirse que las demás figuras que emplean la técnica del dominio posean en la actualidad una verdadera relevancia económica para la marina mercante mundial.

44.-Transmutado en privilegio marítimo el vetusto préstamo a la gruesa (ya a partir de la Ordenanza francesa), la prenda naval consiguió medrar y logró un cierto éxito bajo ingeniosas fórmulas que salían al paso de la dificultad de la *missio in possessio*. Pero ello sólo fue posible al abrigo de las prohibiciones de hipotecar naves. Consagrada definitivamente la hipoteca naval a finales del pasado siglo, las figuras

irregulares de prenda carecen ya de sentido mientras que la prenda "regular" (con desplazamiento de la posesión) seguiría relegada a supuestos marginales, sin verdadera relevancia económica.

45.-La hipoteca se consolida desde entonces como figura prototípica de las garantías navales contractuales y conoce una fenomenal expansión que vendría luego atizada por el llamado "crédito naval", instrumento de las políticas estatales de protección de sus flotas mercantes. Se llega así a la situación actual ,en la que la organización de la actividad naviera empresarial con buques propios es simplemente inviable sin el recurso a la hipoteca.

46.-Nuestra vieja Ley de Hipoteca Naval de 1893 no responde a las necesidades del tráfico actual y debe ser objeto de revisión para ajustar sus disposiciones , no sólo al nuevo sistema español hipotecario sino también a lo que habrá de ser el futuro régimen registral mobiliario y el propio régimen de los privilegios marítimos.

47.-El *mortgage* anglosajón cumple la misma función económica que la hipoteca latina, pero poseen una naturaleza jurídica diferente. Se trata de una figura que emplea el dominio como título de garantía , en particular de una transmisión fiduciaria con reserva de la posesión

48.-El éxito de la hipoteca como pieza clave para la

financiación de la adquisición de buques no comporta el demérito de la función que cumplen los privilegios. Estos siguen siendo necesarios en la medida en que procuran la salvaguardia de una variopinta gama de créditos marítimos dignos de protección. Este carácter plural y de distinto signo y naturaleza de los intereses en juego es el que sirve para justificar, en cada caso, la existencia y mantenimiento del privilegio y explica la imposibilidad de encontrar su fundamento en base a cualquier teoría unitaria.

49.-Los privilegios siguen siendo necesarios. Pero debe reducirse su número y categorías a los mínimos precisos para conciliar su existencia con una viable y económica financiación del buque. Desde una perspectiva más jurídica, la reducción viene impuesta por las propias reservas con que ha de verse cualquier régimen que suponga una ruptura de la *pars conditio creditorum*.

El norte que guíe la actuación del legislador en este punto habrá de ser el mismo ya señalado para la reforma en general.

IV.-Sobre la caracterización.

50.- El privilegio nace directamente *ope legis*, con independencia de la voluntad del deudor y del acreedor. Para su válida constitución es ,por tanto, indiferente , que exista o no coincidencia entre sujeto pasivo de la obligación personal garantizada y titular dominical del buque en el momento en que nació aquella.

Esta situación es consecuencia de la naturaleza real del privilegio y no debe confundirse con el régimen de responsabilidad solidaria de propietario y naviero recogido en los artículos 586 y ss. del C. de c., que se mueve en un plano exclusivamente personal.

51.-Los privilegios poseen generalmente carácter oculto, en el sentido de que no precisan para su validez y existencia de publicidad registral. Pero ésta realidad debe tomarse con cautela en los sistemas jurídicos de inspiración francesa que, como el nuestro, no han modificado sus normas internas para adecuarlas al Convenio de 1926. De hecho nuestro Código sólo exime de publicidad a los créditos previstos en los números 1° a 6° del artículo 580 y a la prima de seguro señalada en el número 8° de dicho precepto. Y esta situación no cambia cuando entra en juego la Ley de Hipoteca Naval.

52.-En los supuestos de aplicación del Convenio de 1926 nuestro Ordenamiento consagra el carácter oculto de los privilegios, con la excepción de los derivados de los contratos



de necesidad celebrados por el Capitán durante el viaje.

53.-La accesoriedad es el principio básico que ha de ser tomado en consideración a la hora de examinar la dinámica del privilegio. Este se encuentra indisolublemente unido a la obligación para cuya seguridad se constituye. En consecuencia, el nacimiento, transmisión, modificación o extinción del crédito implica también la del privilegio.

54.-El objeto o asiento de la garantía puede recaer en cualquier buque embargable y alienable, *i.e.*, que no éste sujeto a las inmunidades propias de los bienes demaniales o patrimoniales. El privilegio puede nacer y pesar sobre cualquier buque civil, cualquiera que sea la finalidad de su actividad navegatoria.

55.-Por buque hay que entender aquí el bien mueble de naturaleza compuesta formado por sus partes integrantes y pertenencias. No se incluyen los accesorios, en el sentido doctrinal del término. El acreedor debe soportar el riesgo de la desvalorización de la garantía que no sea debida a los actos fraudulentos o culpables del deudor, en cuyo caso podría pensarse en una acción similar a la de "devastación" prevista en la legislación hipotecaria. El incremento del valor del buque, derivado de reparaciones o mejoras que varíen su integridad o pertenencias, queda afecto a la garantía.

56.-Toda la ordenación marítima mercantil codificada

transpira la noción del patrimonio naval clásico, compuesto de buque y flete, razón que permite pensar que el flete queda también, para nuestro Código, incluido en la garantía del privilegio. Y esta es también la solución recogida en el Convenio.

57.-El examen de las normas de origen interno y de las de origen internacional conduce a una situación paradójica en materia de "créditos de sustitución". En el Convenio no hay subrogación real en la indemnización del seguro pero si la hay respecto a otros créditos del deudor (abordaje, avería gruesa y salvamento). En las normas de origen interno sucede lo contrario. La subrogación real en créditos de sustitución no parece posible pero el artículo 40 de la LCS (aplicable supletoriamente al seguro marítimo) la impone en la indemnización del seguro.

58.-La disminución de la deuda o del asiento de la garantía no altera el contenido del privilegio. En virtud del principio de indivisibilidad, aquel se mantiene íntegro y gravando todo el patrimonio especial subsistente hasta que la obligación principal haya sido totalmente pagada.

59.-La doctrina está de acuerdo en que los artículos 580 y 584 de nuestro C. de c. establecen un derecho de persecución para el titular del crédito marítimo privilegiado, solución que ésta expresamente consagrada en los Convenios internacionales.

60.-El ejercicio del *ius distrahendi*, inherente al

privilegio, ha de articularse normalmente en vía procesal del procedimiento de apremio establecido en los artículos 1495 y ss. de la LEC, sin perjuicio de las particularidades que se deriven de la ejecución hipotecaria o de la entrada en escena de la jurisdicción de lo social.

61.-En las normas de origen interno, la prelación *inter se* de los privilegios debe resolverse por aplicación directa de los artículos 580 y 581 del C. de c. Pero esta aplicación ha de modularse en el supuesto de concurrencia de pluralidad de préstamos a la gruesa ,pues en tal caso debe atenderse el criterio especial del artículo 730 del propio C. de c.

62.-La concurrencia de acreedor hipotecario desata la aplicación del complejo y confuso régimen contenido en los preceptos de la LHN. En tal caso el orden jerárquico queda ordenado como sigue: 1º) Los créditos contenidos en los artículos 31 y 32 LHN por el orden sucesivo allí expresado; 2º) Los créditos por venta, construcción o refaccionarios de los artículos 18 y ss. LHN; 3º) El crédito hipotecario naval; 4º) Los créditos enumerados en los números 2º; 4º; 5º; y 9º del C. de c., por éste mismo orden.

63.-Una situación especial se produce, además, si existen créditos de los tutelados por el privilegio salarial del E.T.. En tal supuesto el orden jerárquico quedaría así: 1º) Superprivilegio del nº1 del artículo 32 E.T. y privilegio especial refaccionario del nº2 de dicho precepto; 2º) Privilegios

marítimos e hipoteca naval, en los términos señalados en los dos números precedentes y según sea el caso; 3°) Privilegio general ordinario del n°. 3 del artículo 32. Por el contrario, los créditos de la seguridad social no se anteponen, en ningún caso, a los privilegios marítimos ni a la hipoteca naval.

64.- Cuando la preferencia deba ventilarse dentro de la esfera de aplicación del Convenio de 1926, habrá que estar a las reglas en éste contenidas, que priman en todo caso sobre el complejo sistema interno que acabamos de describir.

Pero las normas de origen interno habrán de utilizarse para agotar la escala prelativa si quedara remanente, una vez satisfechos las cinco categorías de créditos marítimos internacionalmente privilegiados y además los acreedores hipotecarios.

65.- El privilegio tiene una vida muy activa pero muy corta. La accesoriedad hace que muera con el crédito pero la ley ha previsto también causas especiales que acaban con el privilegio dejando vivo el crédito.

66.- En nuestro Código, la combinación de la venta voluntaria del buque y el transcurso de un plazo de tres meses supone la extinción del privilegio. En segundo párrafo del artículo 582 debe interpretarse en el sentido de que el mencionado plazo corre desde el momento de la venta si el buque es vendido en el puerto de matrícula y desde el día de retorno a éste si la enajenación acontece estando el buque de viaje.

Otra causa de extinción prevista por nuestro Derecho de origen interno es la inscripción registral de la escritura de venta judicial del buque.

67.-Las reglas anteriores no se ven alteradas a la luz de las disposiciones del Convenio de 1926, pues éstas se remiten para la extinción a las causas previstas en los sistemas domésticos, sin más que establecer unos techos máximos de vida de los privilegios (un año o seis meses, según los casos) y unos requisitos mínimos de publicidad para la venta judicial , que no pueden ser desconocidos por aquellos.

IV.-Sobre el Derecho conflictual

68.-En el estudio del régimen jurídico de los privilegios no debe omitirse la contemplación del Derecho conflictual.

La unificación material dista mucho de poseer un alcance universal y ésta situación exige recurrir frecuentemente a las normas instrumentales de Derecho Internacional privado.

De hecho, los tribunales tendrán que acudir a las normas de conflicto , como mínimo siempre que el Estado del foro o el buque objeto de garantía no sea o no pertenezca a un Estado contratante.

69.-La disparidad de los modelos comparados es aquí también acusada. Entre los criterios empleados destacan la *lex fori*, seguida, entre otros por el Reino Unido y Francia; la *lex causa* (*loci contractus* cuando coincide con la *lex rei sitae* del buque), propia de Estados Unidos y Canadá; la *lex rei sitae*, seguida en Alemania; y la *lex signum*, que es el criterio utilizado en Italia y en España.

70.-Frente a la arbitrariedad, aleatoriedad e impermeabilidad a los principios de Derecho Internacional Privado, que supone la aplicación de la *lex fori* y frente a las dificultades de multiplicidad de conexiones y de determinación, inherentes a la *lex causae* y a la *lex rei sitae*, se suele admitir que la ley del pabellón ofrece indudables ventajas de previsibilidad, uniformidad y estabilidad para regir los

privilegios marítimos.

71.-Y este último sistema es el recogido por el artículo 10.2 de nuestro Código Civil, que constituye el Derecho positivo español en la materia. La regla del artículo 10.2 se configura como una especialidad de la *lex rei sitae* para ajustarse a las peculiares circunstancias que presentan los muebles "supermovibles". La ley del pabellón resulta aquí competente para gobernar cuanto afecta al nacimiento, estructura y dinámica del privilegio (y de los derechos reales de garantía sobre los buques, en general), incluido el orden prelativo y , en su caso, los requisitos formales y de publicidad (sin perjuicio de la competencia marginal de la regla *locus regit actum* en determinados supuestos).

72.-Pero la ley del pabellón no está exenta de problemas. Por una parte tenemos las dificultades que conlleva el cabal entendimiento de la nacionalidad del buque unidas a las llamadas de atención de la doctrina al fenómeno de "desvinculación" socioeconómica de la nave con el país de su bandera (artificialidad ,ya arraigada, del *genuine link*). Por otra, y sobre todo, la *lex signum* encuentra su gran servidumbre en los conflictos móviles, que se originan cada vez que se produce una mutación en la nacionalidad del buque.

73.-La doctrina y la jurisprudencia italianas ofrecen una referencia obligada a la hora de atender la dogmática de los conflictos móviles aplicados al cambio de pabellón de los buques.

En general puede decirse que, tras algunas oscilaciones, ha tomado cuerpo definitivo en Italia la solución mixta. En su virtud, la ley anterior al cambio es la decisiva para el reconocimiento y la validez del privilegio mientras que la ley posterior es la única a aplicar para la conservación, duración, eficacia y modalidad del ejercicio del privilegio, incluida la jerarquía prelativa.

74.-Una ulterior complicación del conflicto móvil se produce en el caso de abanderamiento provisional o temporal, *i.e.*, en la operación de ida y vuelta que comporta, al menos, dos sucesivos cambios de bandera y, en muchos casos, un período de dualidad registral.

75.-Este tipo de operación, vinculada normalmente a un arrendamiento internacional (que puede incluso obedecer a una operación de *leasing*), ha conseguido una implantación generalizada en el Derecho comparado y en la práctica de la contratación, logrando finalmente un reconocimiento internacional en el Convenio de las Naciones Unidas sobre las Condiciones de Inscripción de los Buques y en las Recomendaciones de la Cámara de Comercio Internacional.

76.-En general, puede decirse que, tanto los Ordenamientos internos, cuanto el Convenio y las Recomendaciones, han resuelto el problema de la ley aplicable únicamente en relación con los gravámenes inscritos. Y lo han hecho estableciendo la exclusiva y excluyente competencia de la ley del registro inicial o

"subyacente", solución que equivale a negar toda transcendencia a la ley de la bandera enarbolada provisionalmente y, en definitiva, a la eliminación del conflicto móvil.

77.-El problema de la ley aplicable a los privilegios no inscritos nacidos con anterioridad al cambio provisional de pabellón y cuya ejecución se opera durante el mismo no puede considerarse resuelto en el panorama internacional. Y lo mismo cabe decir respecto a los nacidos durante el período de arrendamiento que se quieren ejecutar una vez concluido éste.

78.-La exportación e importación de buques es una operación más, propia del comercio exterior español. Asimismo, nuestro Ordenamiento permite y regula, aunque muy deficientemente, el arrendamiento internacional con abanderamiento temporal de buques extranjeros en España y de buques españoles en el extranjero. Con todo ello queda un amplio campo abierto a los conflictos móviles.

79.-El conflicto móvil en el Derecho positivo español no puede resolverse sino a partir de la referencia obligada constituida por la norma general de conflicto contenida en el artículo 10.2 del Código Civil. El hecho de que éste no establezca distinciones conduce a una solución, aparentemente sencilla. La Ley aplicable será siempre la ley de la bandera del buque en el momento en que se producen cada uno de los actos jurídicos que conforman el nacimiento, la vida y la extinción del privilegio.

80.-Pero esta conclusión precisa una construcción correctora si se quiere conciliar justa y armónicamente los distintos intereses en juego. La disciplina de la gradación de créditos no tolera un concurso de ordenamientos. Por el contrario, exige una ley única, que no puede ser otra que la de la bandera bajo la cual nació el último crédito.

81.-En consecuencia, la validez y demás vicisitudes de la vida de los gravámenes sobre el buque se han de regir por la ley del pabellón en el momento de su nacimiento pero será la ley del nuevo pabellón la que ventile el conflicto surgido entre acreedores anteriores y posteriores al cambio. Y esto vale tanto para la mutación definitiva como para la temporal o provisional.

82.-En cualquier caso también se evidencia aquí la necesidad de una reforma. Así, refiriéndonos en primer lugar al cambio "definitivo" de bandera, la política legislativa debe orientarse en el sentido de dispensar una mínima protección a los acreedores reales de buques españoles que vayan a ser objeto de exportación. Para ello se debería extender a los privilegiados la salvaguardia prevista en el artículo 40 de la LHN para los hipotecarios. El Proyecto de Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante parece que va en esa dirección por lo que debe ser aplaudido en éste punto. Por otra parte, no vendrían mal algunos retoques al artículo 10.2 del Código Civil para dejar explícita la solución antes propuesta para los conflictos móviles, que , de todos modos, podrían producirse.

83.-Pero acaso la necesidad de emprender la revisión de nuestro Derecho positivo sea más acuciante en materia de abanderamiento temporal. Nuestro legislador posee aquí un importante norte internacional y comparado, al menos en cuanto concierne a los derechos navales registrados.

84.-Parece conveniente unificar el tratamiento de los gravámenes reales inscritos y no inscritos a los efectos del Derecho internacional privado. Deberían pues adoptarse disposiciones que dejaran abierto y vigente el libro de buques del Registro Mercantil español (o el correspondiente del Registro de bienes muebles) y declarasen la competencia de la ley española para todo cuanto concerniese a los derechos reales sobre un buque español arrendado al extranjero. Y, en sentido inverso, se debería regular de nuevo cuño el abanderamiento provisional en España de buque extranjero, fijando la plena competencia para dichas materias de la ley del país de origen. La ruptura que se produce aquí con la regla clásica del artículo 10.2 del Código Civil vendría compensada por las ventajas que comporta la supresión de todo conflicto móvil en relación con el arrendamiento internacional con cambio de pabellón.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía utilizada

(Las obras citadas se reseñan con el número del epígrafe (§) donde se encuentran)

A

ADAM MUÑOZ, Dolores, y MESA-MOLES MARTEL, Francisco, **El abanderamiento provisional de buques**, *XI Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Oviedo, Julio, 1987, pp. 1-10.

AFFERNI, Carlo, **La nuova legge sui privilegi in relazione al cambio marittimo volontario**, *IDM*, 1929, pp. 423-427.

ALBA, Eduardo de, **The bareboat charter registry in operation, the panamanian experience**, *Symposium on Bareboat charter registration*, ICC, Paris, october, 1987, pp. 25.
§ 105.

ALBACAR LOPEZ, José Luis, **El buque como objeto de garantía: La Hipoteca Naval**, *BAEDM*, n°s. 5 y 6, 1986, (Especial). pp. 67-87.
§ 2a; 7; 55a; 69.

ALBORS, Eduardo, y FERNANDEZ QUIROS, Tomás, **El embargo preventivo de buques al que se refiera, según el Convenio de Bruselas de 10 de Mayo de 1952**, *BIEEM*, N° 8, octubre, 1990, pp. 2-5.

ALCANTARA GONZALEZ, José Maria, **El embargo preventivo de buques como medio de protección de los créditos marítimos**, *I Seminario de Financiación de buques*, Madrid, mayo de 1984.

ALCANTARA GARCIA, **El embargo preventivo de buques mercantes extranjeros en puertos españoles**, *RT*, mayo, 1918.
§ 75.

ALONSO CASADO, José, **Aparato flotante inscrito en el registro de la propiedad**, *ADM*, V. V, 1986, pp. 189-207.

ALONSO LEDESMA, Carmen, **La aplicación en España del Convenio de Bruselas de 1926 sobre Privilegios Marítimos**, *RDM*, N° 195, Enero-marzo, 1990, pp. 95-133.
§ 25; 36a; 36b; 37; 38; 39; 97; 98.

ALONSO OLEA, Manuel, **Instituciones de Seguridad Social**, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977. 6ª Edición.
§ 82.

ARIAS BONET, Juan Antonio, **Derecho Marítimo en las Partidas**, *RDM*, V.XLI, 1966.
§ 7.

ARIAS RAMOS, *El transporte marítimo en el mundo romano*, Valladolid, 1949.

§ 2a.

ARROYO, Ignacio, *Convenios Internacionales y Derecho Interno (Referencia especial a la limitación de la responsabilidad por abordaje)*, ADM, V.II, 1984.

§ 36a; 36b; 37.

ARROYO, Ignacio, *Reflexiones sobre la reforma del Código de la Navegación*, ADM, V.VI, 1988, pp. 15-49.

§ 41; 43; 71.

ARROYO, Ignacio, *Reflexiones sobre la reforma del Código de la Navegación*, (Segunda Parte), ADM, V. VII, 1989.

§ 56; 60.

ARROYO, Ignacio, *Jurisprudencia Marítima (1865 - 1987)*, Bosch, Barcelona, 1989.

§ 40; 43; 50; 64; 71.

ARROYO RUIZ ZORRILLA, Ricardo, *La talasocracia Minoica*, RHCN, 1984.

§ 1.

ASOCIACION FRANCESA DE DERECHO MARITIMO, *Tercer Informe sobre privilegios e hipotecas marítimas*, Doc. HYPO-54 (8-65), REDM, n° 11, 1965.

§ 71.

ASSER, J. T., *Informe preliminar y Cuestionario de la Comisión Internacional sobre Privilegios e Hipotecas Marítimas*, (Doc. HYPO 1/2 (1-64), en REDM, n° 11, Julio-Septiembre, 1965.

§ 23; 26; 37; 51; 70; 71; 100..

ASSER, J. T., *Segundo Informe. Comisión Internacional sobre Privilegios e Hipotecas Marítimas*, (Doc. HYPO - 17 (5-64), REDM, n° 11, Junio - Septiembre, 1965.

§ 37; 43; 70; 71; 83; 88; 100.

ASSER, J. T., *Tercer Informe sobre privilegios e hipotecas marítimas.*, REDM, n°.11, Junio-Septiembre, 1965.

§ 71; 89; 90; 100.

ASSER, J. T., *Cuarto Informe sobre privilegios e hipotecas marítimas*, en REDM, n°.11, Junio-Septiembre, 1965.

§ 26; 89.

ASHBURNER, Walter, *The Rhodian Sea - Law*, Oxford, 1909.

§ 2b.

ATAZ LOPEZ, J., et al, *Derecho Civil III. Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, PPU, Barcelona, 1990.

§ 44.

AURITI, Giacinto, *La nave in costruzione*, Ed. CEDAM, Padova, 1965, pp. i.vii;1-134.

AZCARRAGA y BUSTAMANTE, J.L., *Esfuerzos de instituciones científicas en pro de la unificación de las reglas jurídico-marítimas*, *REDM*, 1968, Fasc. 3, pp. 9-36.
§ 25.

B

BARON LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, XVIII, Code de Commerce, T. II, Paris, 1830.
§ 15.

BATIFFOL et LAGARDE, *Droit International Privé*, 7 Edic., 1983, N° 518 Bis.
§ 92; 97.

BALESTRA, Nicola, *Legge regolatrice dei privilegi sulla nave in caso di mutamento di nazionalità*, *RDN*, 1971, (II), pp. 31-52.
§ 100.

BENITO SEGRES, Pelegrín de, *El buque como patrimonio*, *RDM*, n°13, 1948, pp. 135-141.

BENSA, Enrico, *Hypothèque maritime et droits réels*, *IDM*, 1902, PP. 206-214.
§ 100.

BERLINGIERI, Francesco, *Relazioni sugli schemi di convenzioni internazionali relative a la limitazione della responsabilità dei proprietari di navi e alle ipoteche e privilegi marittimi preparati dalla Conferenza di Bruxelles (sessione del settembre 1910)*, *IDM*, 1912.
§ 25.

BERLINGIERI, Francesco, *Creditori ipotecari e privilegiati: a chi la preferenza?*, *IDM*, 1988, PP. 633-663.

BERLINGIERI, Francesco, *La revisione della convenzione di Bruxelles 10 Aprile 1926 sui privilegi e le ipoteca*, *IDM*, 1965, PP. 96-108.
§ 26.

BERLINGIERI, Francesco, *Le convenzioni internazionali per l'unificazione del Diritto marittimo*, *IDM*, 1928, pp. 327-332.
§ 24.

BERLINGIERI, Francesco, *La conferenza internazionale diplomatica di Diritto marittimo di Bruxelles*, *IDM*, 1926, PP. 467-486.
§ 25.

BERLINGIERI, Francesco, *I Diritti di garantia sulla navi, l'aeromobile e le cose caricate*, Ed. Padova, CEDAM, 1965.
§ 30; 37; 39; 40; 56; 98; 100.

BERLINGIERI, Francesco, **Lien holders and mortgagees: who should prevail?**. *LMCLQ*, PP. 157-176.

BERTHOD, Paul, **Les transports maritimes dans le dialogue nord-sud**, *Actes du XIV C. de la Société Française pour le Droit International qui s'est tenu a mans*, Mai, 1980, Ed. A. Pedone, Paris, 1981.

BLANCO, Aquilino, *Boletín Trasatlántica*, n°. 71, Enero, 1990.
§ 107.

BOCZEK, B. A., *Flags of Convenience: An International Legal Study*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1962.
§ 96.

BONASSIS, Pierre, **La Loi du pavillon et les conflits de Droit Maritime**, *R des C*, T. 128, 1969, (III), pp. 511-628.
§ 94

BONASSIS, Pierre, **Les hypothèques et privilèges maritimes en Droit Anglais et en Droit Americain**, *DMF*, 1965, pp. 651-658.

BONNECASSE, Julien, *Le droit commercial maritime, Son particularisme*, Recueil Sirey, Paris, 1931.
§ 8; 15.

BONNECASSE, Julien, *Traité de droit commercial maritime*, Paris, 1923.
§ 61.

BOUTHELIER ESPASA, A, **Los créditos privilegiados sobre el buque**, *RCDI*, T. XI, 1935, pp. 110-124 y 189-195.
§ 62.

BOUTHELIER, ESPASA, A, **La hipoteca naval**, *RCDI*, T. IX, 1933, pp. 161-174.
§ 48; 60; 69.

BOUZA VIDAL, Nuria, *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, Pons, Madrid, 1991.
§ 51; 93; 94; 97; 98; 110;

BRAJEUX, Guillaume, **Privilèges maritimes, Vente forcée du navire. Ordre de collocation des creances. Privilège de l'art. 31 de la Loi du 3 Janvier 1967. Fourniture de soutes**, *DMF*, 1987, PP. 109-114.

BRICE, Geoffrey, **Maritime claims: the european judgments convention**, *LMCLQ*, 1987, PP. 281-304.

BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1990, 8ª ed.
§ 35; 37; 61.

BRUNETTI, Antonio, *Derecho Marítimo Privado Italiano*, (Trad. GAY DE MONTELLÁ), Bosch, Barcelona, 1950.
§ 1; 2; 3; 4; 6; 8; 9; 14; 17; 20; 20a; 20c; 20d; 21; 22; 31; 32; 41; 43; 97.

BURKE, Richard E, *Maritime liens: an American view*, LMCLQ, 1978, pp. 269-275.
§ 32.

BUSQUETS LE MONNIER, G., *El "leasing" español: su situación actual y su futuro*, RJG, nº 6, 1991.
§ 51.

C

CACHON CADENAS, *El embargo*, Bosch, Barcelona, 1991.
§ 74.

CALDERON, *El abordaje y la jurisdicción de Marina*, RL, Marzo, 1907.
§ 75.

CAMARDA, Guido, *Sulle fonti e consuetudine autonomia del Diritto Italiano della navigazione e sulla nazionalità della nave*, DME, V. IV de los estudios interdisciplinarios en homenaje a F. Valls i Taberner), PPU, Barcelona, 1987, pp. 1177-1196.
§ 97

CARBONE, Sergio M, *La disciplina giurídica del tráfico marítimo internacional*, il Mulino, Bologna, 1982, pp. 9-249.
§ 94; 100

CARBONE, Sergio M, *Conflitti di leggi e Diritto Marittimo nell'ordinamento italiano: Alcune proposte*, IDM, 1983, PP. 67-80.

CARRUS, S, *Les privileges sur le navire pour fournitures et reparations (Etude de Droit Comparé)*, Librairie G.de D.et Juris., París, 1928.
§ 94; 97

CASTREJANA HERRERO, Amelia, *El Préstamo Marítimo Griego y la Pecunia Traiecticia Romana*, Ed. Univ. Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 1-217.
§ 1; 2a.

CASTRO GARCIA Jaime, *El embargo preventivo de buques*, BAEDM, nº 3, Madrid, 1984, pp. 125-140.
§ 36a; 75; 76.

CHAUVEAU, Paul, *La unificación del Derecho Marítimo y el CMI*, REDM, n° 5, 1964, pp. 7-28.

CHAUVEAU, Paul, *Rétrospective d'actualités*, DMF, 1964, pp. 3-13.

CHAUVEAU, Paul, *Traité de Droit Maritime*, París, 1958, N° 184.
§ 37.

CHURCHILL Y LOWE, *The Law of the Sea*, 2ª Ed. Manchester University Press, Manchester, 1988.
§ 96.

C.M.I., *Questionnaire on Private International Maritime Law*, Replies of the British Maritime Law Association, Doc., PRIMARLAW-6/X/84.

§ 92; 94.

C. M. I., *Questionnaire ...*, Replies of the Italian Maritime Law Association, Doc, PRIMARLAW- 1/VIII-83.

§ 92; 94; 97; 100.

C. M. I., *Questionnaire...*, Replies by the Spanish Maritime Law Association, Doc, PRIMARLAW- I/VIII, May 1984 and July 1988.

§ 92; 98; 110.

CLEIRAC, Etienne, *Us et coutumes de la mer*, Burdeos, 1647.

§ 8; 11.

COLIN. A. , *Navigation commerciale au XIX° siècle*, Arthur Rousseau, París, 1901.

§ 14.

CONSTANT, Benjamín, *The law relating to the mortgage of ships*, Sweet & Maxwell, London, 1920, 2nd. Ed., pp. i-xviii, 1-182.

§ 41; 57.

CORA RODRIGUEZ, José, *Créditos marítimos privilegiados, origen, naturaleza y clases*, BAEDM, n°s. 5 y 6, 1986, (Especial), pp. 89-114.

§ 1; 40; 43; 56; 60; 68;73; 81a.

CORRALES ELIZONDO, Agustín, *El embargo preventivo de buques*, RGM, Madrid, Enero, 1983, pp. 63-70.

COSSIO, Alfonso de , *Instituciones de Derecho Civil*, 2, Alianza Universidad, Madrid, 1975.

§ 73.

D

D'AMELIO, Mariano, *Sulle convenzioni internazionali di diritto marittimo di Bruxelles*, IDM, 1930, pp. 8-30.

§ 25; 30.

- DANJON, Daniel, *Tratado de derecho Marítimo*, Trd. Luis Aguirre, Madrid, Reus, 1931.
 § 3; 6; 7; 8; 15; 19.
- DE ANGEL YAGUEZ y ZORRILLA RUIZ, *El privilegio de los llamados créditos salariales*, ADC, T. XXXVIII, Enero-marzo, 1984.
 § 77.
- DE GIOANNIS GIANQUINTO, Giovanni, *La ipoteca navale*, Giuseppe Marghieri, Nápoli, 1879, pp. 1-541.
 § 2a; 2b; 9; 54; 55b.
- DE LOS MOZOS, J.L., *El sistema del "common law" desde la perspectiva jurídica española*, RDPR, V. LXVII, 1983.
 § 19.
- DICEY AND MORRIS, *The Conflict of Laws*, 10th. ed., 1980.
 § 94.
- DIEZ MIERES, Alberto, *Derecho de la Navegación*, Machi, Buenos Aires, 1954.
 § 20c; 22.
- DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1972.
 § 42.
- DIEZ PICAZO Y GULLON, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1990, 5ª edc., V. III,
 § 42; 44; 67.
- DU PONTAVICE, Emmanuel, *Conventions Internationales et droit interne*, ADMA, t. V, 1980, pp. 17-85.
 § 36b.
- DU PONTAVICE, Emmanuel, *Le estatut des navires. Lois des 3 Janvier 1967 et 29 Avril 1975*, Libr. Techniques, París, 1976.
 § 56.
- DU PONTAVICE, Emmanuel, *Le loueur d'appareils radio - électriques est - il privilégié sur le navire?*, DMF, 1965, PP. 323-336.
- DUQUE DOMINGUEZ, Justino F., *Problemática actual de la limitación de la responsabilidad del naviero*, ADM, V. III, pp. 161-200, Madrid, 1985.
- DUQUE DOMINGUEZ, Justino F., *La responsabilidad real del buque por las deudas originadas por su explotación*, BAEDM, N° 5 y 6, 1986 (Especial), pp. 15-61.
 § 25; 33; 35; 36a; 37; 39; 41; 43; 45; 48; 55; 58; 59; 61; 64; 67; 68; 70; 73; 84; 97
- DUQUE DOMINGUEZ, Justino F., *Notas sobre la publicidad del naviero*, RDM, 1970, pp. 173-231.
 § 43; 64; 73.

E

ECHEVARRIA, Luis, *Crédito Naval*, RDM, n.º 65, 1957, pp. 103-109.
§ 37; 56.

EHLERMANN, Peter, *The bareboat charter registry - some differing views: A lawyer's point of view*, *Symposium on Bareboat Charter Registration*, ICC, París, October, 1987, pp. 12.
§ 103.

EIZAGUIRRE, José Maria, *El Derecho Mercantil en la codificación del siglo XIX*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1988.
§ 14; 16; 35

EMERIGON, *Tratado sobre seguros y el préstamo a cambio*, (ed. en 1760).
§ 8.

ESCARDO PEINADOR, F, *La hipoteca naval. Cuestiones internacionales que suscita*, RCDI, T. V, 1929, pp. 338-342.
§ 39.

EYNARD, Jacques, *La loi du Pavillon*, Aix-en-Provence, 1926, pp. 1-269 (Thèse por le Doctorat-Université D'Aix-Marseille, Faculté de Droit D'Aix).
§ 28; 93; 94; 96; 97; 98; 100.

F

FARIÑA, Francisco, *Derecho Comercial Marítimo*, T. I, 2ª edición ampliada, BOSCH, Barcelona, 1955.
§ 43; 56; 59; 69; 75.

FEDOZZI, P, *La condición jurídica des navires de commerce*, R Des C, 1925, V. V, pp. 5-66.
§ 97

FERNANDEZ, Lucas, *La inscripción de la Hipoteca Naval*, I Seminario de Financiación de buques, Madrid, 17/18 de Mayo, 1984.

FERRER, Manuel Augusto, *Actividad Comercial en el Espacio*, RLDNMA, n.º 1/2, 1988, P.P.U., Barcelona, 1988.
§ 96.

FONT Y VIÑALS, Ramón, *La ley de Hipoteca Naval, ¿ha derogado en todo o en parte el artículo 580 del Código de comercio?*, RGLJ, t. 88, 1896, pp. 504-513 Y t. 89, pp. 35-45.
§ 35; 81a; 81b; 81c.

FOSSAR, E, *Problemática notarial y registral del buque en la moderna legislación marítima*, RCDI, T. XLII, 1969, pp. 1503-1572.
§ 53; 56; 68; 81a; 81b; 81c.

FRANK, L., RIPERT, G., y WUSTENDORFER, *El Comité Marítimo Internacional. Historia, obra y sistema de trabajo. Juicio crítico de su labor*, AEDM, Madrid, 1955.
§ 25; 36b.

FRIEDEL, STEVES F. Y HEALY, Nicholas, *An introduction to in rem jurisdictions and procedure in the united states*, JMLC, V. 20, N° 1, January, 1989.

FUENTES CAMACHO, Victor, *Ambito de aplicación del Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al Embargo Preventivo de buques de navegación marítima, de 10 de Octubre de 1952*, ADM, V. VI, pp. 147-159.
§ 36a; 75.

G

GAETA, Dante, *Priorità dei privilegi marittimi e aeronautici sui privilegi di Diritto Speciale*, RDN, 1967, (II), pp. 262-274.

GAETA, Dante, *I privilegi marittimi ed aeronautici nel sistema dei privilegi di Diritto Comune*, RDN, 1953, (I), pp. 123-142.

GAMECHOGOICOECHEA Y ALEGRIA, Francisco, *Tratado de Derecho Marítimo español*, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao, Bilbao, 1943.
§ 3; 5a; 6; 8; 35; 43; 61; 68; 70; 73; 76; 81a; 81b; 87.

GARCIA DEL CORRAL, Ildefonso L., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, Primera parte. Digesto, traducción y anotación de la obra de KRIEDEL, HERMAN Y OSENBRÜGGEN, Lex Nova, Barcelona, 1987.
§ 2b.

GARCIA SANZ, Arcadio ,y FERRER I MALLOL, Maria Teresa, *Assegurances i cambis marítims medievals a Barcelona*, Institut d'estudis catalans, Barcelona, 1983.
§ 2b; 3; 5a; 79.

GARCIA SANZ, Arcadio, *Estudios sobre los orígenes del derecho marítimo hispano- mediterráneo*, AHDE, 1969, V. XXXIX.
§ 3; 5.

GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid MCMLXXIV, 6ª Edición, T. II.
§ 9; 43; 45; 54; 55a; 57; 60; 65; 68; 69; 73; 75.

- GAUTHIER, Johanne, **Conflict of laws ,old rules and modern problems**, Mecanografiado, s.e., Congreso Mundial de la Abogacía, Barcelona, 1988, pp. 49.
- GAY DE MONTELLA, (En anotaciones a la obra de BRUNETTI),
§ 3.
- GIANNINI, Amedeo, **La ratifica della convezione sui privilegi ed ipoteche maritime**, RDN, 1950, (I), pp. 126-130.
§ 30.
- GIL SUAREZ, **Los créditos laborales y los procesos concursales**, REDT, Cívitas, N° 13, 1983, pp. 127-151.
- GIMENEZ DE LA CUADRA, Guillermo, **La responsabilidad del naviero en el orden internacional**, ASDM (Instituto Francisco de Vitoria) V. III, 1954-57, CSIC, M° de Marina, Madrid, 1958, pp. 11-40.
- GIMENEZ DE LA CUADRA, Guillermo, **Embargo y venta judicial de buques**, I Congreso Nacional de Derecho Marítimo, 1983, Ed. Comité Regional de Derecho Marítimo de Andalucía, Sevilla, 1985, pp. 157-176.
§ 39; 59; 65; 75.
- GIMENEZ DE LA CUADRA, Guillermo, **El embargo preventivo de buques y la Conferencia de Lisboa**, de 1985, BAEDM, N° 5 y 6, 1986, (Especial), pp. 153-171.
- GIRON TENA, José, **La evolución de la estructura y significado económico - jurídico de la empresa en Derecho Marítimo**, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1958, (Discurso de Apertura de Curso), 1958-1959, pp. 4-64.
§ 3; 8; 14; 60.
- GIRON TENA, José, **El naviero: Directrices actuales de su régimen jurídico**, Patronato de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1959, pp. i-xxiv y 1-260.
§ 2b; 15; 60; 61; 62; 70.
- GIRÓN TENA, José, **Tendencias actuales y reforma del Derecho Mercantil (Estudios)**, Cívitas, Madrid, 1986.
§ 26; 62; 68.
- GITRAMA GONZALEZ, Manuel, **En torno a la hipoteca naval**, VII Semana Valenciana de Derecho Marítimo, Abril de 1961, CSIC, M° de Marina, Madrid, 1963, pp. 249-272.
- GIULIANO, M, **In tema di estinzione dei privilegi su nave straniera transferita alla nazionalità italiana**, RDIPPR, V. IV, 1968, pp. 827-833.
§ 100
- GIULIANO, M, **Ancora in tema di estinzione dei privilegi su nave straniera transferita alla nazionalità italiana**, RDIPPR, V. VII, 1971, pp. 846-848.
§ 100

- GIULIANO, M, *Legge regolatrice dei privilegi marittimi e mutamento di nazionalità della nave*, RDIPPR, V. II, 1966, pp. 433-448.
 § 100
- GIULIANO, M, *La nazionalità della nave come criterio di collegamento nel Diritto Internazionale Privato Italiano*, RDIPr, V. I, 1965, pp. 415-436.
 § 100
- GOEMANS, P, *Privilèges maritimes et loi du pavillon*, *Liber Amicorum*, Lionel Tricot, Kluwer, Antwerpen, 1988, pp. 257-271.
 § 97
- GOLDSMIDT, *Storia universale*, (versión italiana), I, Turín, 1913.
 § 3.
- GOMEZ DE LA SERNA, P., y REUS GARCIA, J., *Código de Comercio, concordado y anotado*, Imp. Revista de Legislación, Madrid, 1859.
 § 16; 16a; 16b; 86.
- GONZALEZ ELIZONDO, *El embargo preventivo de buque*, RGMA, Enero, 1983.
 § 75.
- GONZALEZ REVILLA, Leopoldo, *La Hipoteca Naval en España*, Madrid, Imprenta de Infantería de Marina, 1988.
 § 2a; 5; 9; 15a; 18; 20d; 35; 39; 41; 44; 45; 49; 54; 55a; 55b; 56; 57; 59; 61; 62; 60; 72; 73; 75; 79; 80; 87; 94; 97.
- GOÑI ETCHEVERS, José Luis, *Informe sobre la Conferencia de Nueva York sobre Privilegios e Hipotecas Marítimas*, REDM, N° 11, 1965, pp. 227-242.
 § 26; 39.
- GOÑI ETCHEVERS, José Luis, *La Hipoteca y los Créditos Privilegiados. Problemas de prelación y regulación nacional e internacional*, I Seminario de Financiación de Buques, Madrid, 17 y 18 de Mayo de 1984.
 § 25; 26; 45; 59; 60.
- GORINA YSERN, Montserrat, *Consideraciones sobre "Bareboat Charter" y "Time Charter by Demise"*, Bosch, Barcelona, 1986.
 § 51.
- GRANDCOURT DE MUSSET, Bruno, *Situation des créanciers hypothécaires vis - à - vis des créanciers privilégiés d'après les derniers textes nationaux ou internationaux*, DMF, 1976, pp. 67-73.
 § 26; 27.
- GREGORIO LOPEZ, (Glosa a *Las Partidas*)
 § 7.

GRICOLI, Michele, *La nave nella giurisprudenza, Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata*, 1974, CEDAM, Padova.

GRICOLI, Michele, *La limitazione del debito armatoriale*, CEDAM, Padova, 1963, pp. 1-191.

GUTIERREZ DE LA CAMARA, José Manuel, *Eficacia administrativa de la enajenación y de la hipoteca de buques españoles en favor de extranjeros*, RGM, Madrid, Septiembre 1981, pp. 175-183.
§ 107.

GUTIERREZ DE LA CAMARA, José Manuel, *La hipoteca sobre embarcaciones pesqueras*, ASDM (Instituto Francisco de Vitoria) V. III, 1954-1957, CSIC, M° de Marina, Madrid, 1958, pp. 41-46.

GUTIERREZ DE LA CAMARA, José Manuel, *Algunas consideraciones en torno a la hipoteca de embarcaciones*, RGM, Madrid, Mayo, 1972, pp. 533-538.

H

HARACANBIDIS, T, *Le système de la responsabilité personnelle limitée en valeur des propriétaires de navires de mer et la convention internationale de Bruxelles du 25 Août 1924*, RDMC, T. 24, 1951, pp. 1-32.

HAZELWOOD, Steven J, *Gaps in the action in rem*, LMCLQ, 1982, pp. 210-216.

HAZELWOOD, Steven J, *Gaps in the action in rem - plugged ?*, LMCLQ, 1982, pp. 422-426.

HENGEN, Nancy L, *The bareboat charter registry - Some differing views. Some legal issues raised by Bareboat Charter Registration*, Symposium on Bareboat Charter Registration, ICC, Paris, October, 1987, pp. 9.
§ 105.

HERNANDEZ BORONDO, *Sobre la aplicación en España de los roles de Oleron*, El Escorial, 1928.
§ 6.

HERNANDEZ MARTI, Juan, *Consideraciones en torno a la posición del acreedor hipotecario en el seguro del buque*, ADM, V. I, pp. 345-360, 1981.
§ 71.

HERNANDEZ MARTI, Juan, *El embargo preventivo de buques según el Convenio de Bruselas de 10 de Mayo de 1952*, RDM, N° 147-149, 1978, pp. 102-137.
§ 43; 45; 60; 69; 70; 75; 76.

HERNANDEZ TEJERO, Jorge, *Lecciones de Derecho Romano*, 2ª Ed., Darro, Madrid, 1974.
§ 2a.

HERNANDEZ YZAL, S., *Informe sobre la conferencia de Nueva York sobre Privilegios e Hipotecas Marítimos*, REDM, 1965, n° 11, pp. 211-225.
§ 26; 39; 70; 89.

HERNANDEZ YZAL, S., *Privilegios e Hipotecas Marítimas*, Comité de Derecho Marítimo de Barcelona, Barcelona, 1967.
§ 26; 37; 39; 51; 64; 67; 81; 81a; 100

HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*, Ed. facsímil de la impresión original realizada en Madrid en el año, 1797, Lex Nova, Valladolid, 1989.
§ 70.

HUANG, Mao - Ching, *Maritime liens in the republic of china*, JMLC, V. 8, n° 2, pp. 227-246.
§ 33.

I

ILLESCAS ORTIZ, Rafael, *La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: ámbito de aplicación y perfección del contrato*, DN, N° 16, año 3.
§ 36b.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael (Coord.), *Derecho Mercantil*, Ariel, Barcelona, 1990.
§ 43; 76.

INTERTANKO, *The U.N. Ship Registration Convention - Twelve Months*, Intertanko Comments in 87 on the 1986 United Nation Convention on condition for Registration of Ships, Intertanko, Oslo, February 1987, pp. 1-36.

J

JACKSON, D.C., *Enforcement of Maritime Claims*, Lloyd's of London Press Ltd., London, 1985.
§ 19; 20; 20d; 21.

JACKSON, D.C., *Arrest, liens & mortgages, modern needs & modern developments*, Instituto of Maritime Law, University of Southampton, 1988, pp. 1-39.

K

KASOULIDES, George C., **The 1986 United Nations Convention on the conditions for registration of vessels and the questions of open registry**, *Ocean developments and International Law*, V. 20, pp. 543-576.

KEATES, Andrew J., **The future of shipping in Europe, key legal and commercial issues**, Two day International Conference: *Shipping Law, European Aspects*, 28 and 29 June, 1990, London, pp. 1-18.

KROEGER, Bernard, **The bareboat charter registry in operation: The German Experience**, *Symposium on Bareboat Charter Registration*, ICC, Paris, October, 1987, pp. 1-16.
§ 94; 102; 105; 106

L

LA CHINA, Sergio, **L'esecuzione forzata su navi o aeromobili**, *IDM*, 1985, pp. 501-517.

LA CHINA Sergio, **Sequestro e attuazione delle garanzie sulla nave tra pluralità di procedure e pluralità di ordinamenti**, *IDM*, 1983, pp. 145-163.

LANGAVANT, Emmanuel, **Responsabilité en navigation de plaisance l'accident de la rochelle; arrêt de la court d'appel de Poitiers du 16 October 1981**, *DMF*, 1982, pp. 259-274.

LARA PEINADO, Federico, (Trad. y coment.), *Código de Hammurabi*, Editora Nacional, Madrid, 1988.
§ 1.

LARRUMBIDE, Eduardo, **La financiación de buques y los medios de crédito en la hora actual**, *I Seminario de Financiación de Buques*, Madrid, 1984.
§ 56.

LASARTE, Carlos, **Curso de Derecho civil Patrimonial; Introducción al Derecho**, Tecnos, Madrid, 1990, 2ª Ed.
§ 40; 42; 58.

LEFEBRE D'OVIDIO, Antonio, y PESCATORE, Gabriele, **Manuale di Diritto della Navigazione**, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1964, 4ª Ed.
§ 17.

LEFEBRE D'OVIDIO, Antonio, **Transferimento della nave da una nazionalità ad altra e sue conseguenze giuridiche nel campo dei diritti "in re aliena"**, *RDN*, 1959 (I), pp. 216.
§ 96; 100

LEGENDRE, Claire, *La Conférence diplomatique de Bruxelles de 1967*, DMF, 1967, PP. 579-601.
§ 26.

LOBIETTI, Carlo, *L'esecuzione del sequestro navale*, RDN, 1972, (I), pp. 201-232.

LOPEZ SAAVEDRA, Domingo M., *The London Convention of 1976 on limited liability for Maritime Claims: Disadvantages of its possible registration*, *Yearbook Maritime Law*, V. IV, 1987-1988, Kluwer, Deventer, pp. 137-154.

LOVE, John P. y KIMBALL John D., *Protecting against maritime liens for supplies and services on chartered ships calling at United States ports*, LMCLQ, 1984, PP. 290.

LUCAS FERNANDEZ, *Los privilegios marítimos y la hipoteca naval*, *Curso de especialización en derecho Marítimo*, , Escuela de Práctica Jurídica, Madrid, Curso 1979-80.
§ 35; 37; 45; 68; 75.

LUREAU, Pierre, *Reflexions sur la protection de l'hypothèque maritime*, DMF, 1965, PP. 259-267.
§ 26.

M

MAITLAND, Guy E.C., *The bareboat charter registry in operation; The Liberian experience*, *Symposium on Bareboat Charter registration*, ICC, París, October, 1987, pp. 25.
§ 103.

MANCA, Plinio, *Commento alle Convenzione Internazionali Marittime*, Ed. Giuffrè, Milano, 1974-1975, V. 3.
§ 97; 100; 110;

MANCA, Plinio, *International Maritime Law*, Ed. ETL, Antwerpen, Belgium, 1971.
§ 24; 39; 43; 100.

MARESCA, Mauricio, *La riforma delle norme di Diritto Internazionale Privato della navigazione e gli esiti del recente progetto in corso di elaborazione*, IDM, 1982, PP. 595-624.
§ 97.

MARCELO ZAMORA, *Código de Comercio*, Zavalia, Buenos Aires, 1989

MARIN CASTAN, M. L., *Consideraciones sobre el Derecho inglés como prototipo de sistema de Common Law y sus diferencias respecto de los sistemas romano-germánicos*, RGLJ, N° 256, V. LXXXVIII.
§ 19.

- MARTINEZ JIMENEZ, Isabel, *Los contratos de explotación del buque*, Bosch, Barcelona, 1991.
 § 14; 18.
- MARTUCCIELLO, Alfredo, *Intorno ad alcuni difetti del pegno navale*, *IDM*, 1910, pp. 241-262.
 § 40; 55a.
- MATILLA ALEGRE, Rafael, *Contrato de Utilización del Buque. Lecciones*, Bosch, Barcelona, 1988.
 § 51.
- MCCONNELL, Moira, *Business as usual; An evaluation of the 1986 United Nations Convention on conditions for registration of ships*, *JMLC*, v. 18, N° 3, July, 1987, pp. 435-449.
- MEANA GREEN, El *Registro de buques en España: Las clases de registro e inscripción de buques*, *I Seminario de Financiación de Buques*, Madrid, 1984.
 § 109 b).
- MEYERS, H., *The nationality of ships*, Ed. M. Nijhoff, The Hague, 1967, p. xiii-395.
 § 96; 98; 103.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, T. II, (especial), 1976, pp. 387-400.
 § 39; 96; 98.
- MICHELI, Gian Antonio, *In tema di esecuzione forzata su nave straniera*, *RDN*, 1952, T. II, pp. 302-310.
- MINISTERE DES AFFAIRES ETRANGERES, DU COMMERCE EXTERIEUR ET DE LA COOPERATION AU DEVELOPPEMENT DE BELGIQUE, Direction des traites, *Conventions de Droit Maritime (Convention de bruxelles) - Signatures - Ratifications - Adhesions - Declarations - Reserves - Denonciations*, 15-9-1990.
 § 25; 26; 89; 90; 100.
- MONACCIANI, Luigi, *La tutela del credito navale*, Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della R. Università di Messina, Milano, A.Giuffrè, 1935, XIII.
 § 55b.
- MONFORT BELENGUER, J.B., *En torno a la eficacia de la garantía real en las hipotecas navales*, *RDM*, N° 27, 1950, pp. 431-444.
 § 45; 49; 54; 55a; 56; 81b; 81c.
- MONFORT BELENGUER, J.B., *Algunas consideraciones sobre la "Fortuna de Mar"*, *REDM*, n.° 9 y 10, Enero / Junio, 1965, pp. 11-27.
 § 60.

MONFORT BELENGUER, J.B., *En torno al Libro del Consolat del Mar*, ASDM, (Instituto Francisco de Vitoria- CSIC), V. VIII, 1954-1957.
§ 5.

MONTAZ, Djamchio, *La convention des nations unies sur les conditions d'immatriculation des navires*, AFDI, V. XXXII, 1986, pp. 715-735.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1981, 4ª Edición.
§ 82.

MORENO, Carlos, *Registro de arrendamiento de buques a casco desnudo*, BIEEM, N° 3, Mayo, 1990, pp.12-17.
§ 104.

MULLER, Walter, *Remarques critiques sur la convention internationale du 27 Mai 1967 pour l'unification des certaines règles et hypothèques maritimes*, DMF, 1969, pp. 306-311.
§ 27.

MULLER, Walter, *Reflexions sur le régime des privilèges maritimes*, DMF, 1983, PP. 82-83.

MUÑOZ PLANAS, J. M., *Código de Comercio y Derecho Marítimo. Centenario del Código de Comercio*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986.
§ 56; 62.

N

NART, Ignacio, *Los derechos reales de garantía y las "cosas del mar"*, en el *Derecho vigente Español*, RDPR, N° 346, 1946, pp. 14-24.
§ 2a; 49; 54.

NIBOYET, J. P., *Des conflits de la lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits sur les meubles corporels à titre particulier*, Thèse, París, Sirey, 1912.
§ 97.

O

ODDINI, Mario, *Sulla legge regolatrice dei privilegi marittimi*, RDN, 1962, (I), pp. 218-246.
§ 97; 100.

OLIVENCIA RUIZ, *Los privilegios del crédito salarial*, REDT, n.º 18, Abril-Junio, 1984, pp.185-199.
§ 41; 79.

OLIVENCIA RUIZ, *La responsabilidad del propietario no naviero*, Conferencia pronunciada el 2 de Junio de 1967 en la I Semana de *Derecho Marítimo*, organizada por el Comité Regional de Derecho Marítimo de Andalucía.

§ 64.

OMI/UNCTAD, Secretarías, *Breve informe en el que se indican las semejanzas y diferencias entre los mortgages con arreglo al Derecho consuetudinario inglés (common law) y las hipotecas con arreglo al Derecho civil (de tradición romanística)*, Doc., LEG/MLM/6, de 9 de abril de 1987.

§ 57.

ONDOVILLA Y DURAN, Agustín, *Hipoteca Naval*, RGLJ, T. L, 1877.

§ 55b.

OVERBECK, A. Von, *Le champ d'application des règles de conflict ou de droit matériel uniforme prévues par des traités*, AIDI, 1979, V. 58 (I), pp. 97-138.

OWEN, David, R., *Jurisdiction in rem: Presence of vessel within the distric held on necessary*, JMLC, V. 17, N° 1, January, 1986, pp. 133-136.

OWEN, David, R., *U.S. Maritime liens and the new arrest and attachment rules*, LMCLQ, 1985, PP. 424-436.

P

PADILLA GONZALEZ, *Derecho Mercantil (coord. Jimenez Sanchez)*, Ariel, Barcelona, 1990.

§ 35; 55a.

PALOMEQUE LOPEZ, M.C., *Salarios: El salario como crédito privilegiado. Anticipos reintegrables*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1977.

§ 8.

PARDESSUS, J.M., *Collection de lois maritimes antérieures au XVIII siècle*, 6.T. París, 1828-1845.

§ 1; 2; 2a; 3; 4; 5b; 6; 8; 9; 11.

PARELLADA, Juan Ramón, (Trad.), *Libro del Consulado del Mar*, Madrid, 1955.

§ 5a.

PASCUAL SANAHUJA, Juan, *El proceso actual de codificación y leyes especiales marítimas en Derecho Comparado*, Comité de Derecho Marítimo de Barcelona, Barcelona, 1977, pp. 1-47.

§ 28.

PAUNESCO, Aurelian, *L'unification internationale des privilèges et hypothèques en droit maritime et en droit fluvial*, Librairie G.de D. et Jurisp., París, 1933.

§ 24; 25; 31; 32; 37; 39; 94; 97; 100.

PELAEZ, Manuel J., *Tres Estudios de Historia del Derecho Marítimo Catalán en su proyección Italiana*, Círculo Editor Universo, Barcelona, 1980.

§ 3.

PEREZ ARDA, *Embargo preventivo de la nave culpable de abordaje*, RDPR, T. I, 1913, 1914.

§ 75

PEREZ PEREZ, Manuel, *Aparición histórica y evolución jurídica de los privilegios del crédito salarial*, RDPR, Enero, 1981.

§ 2b; 5a; 5b; 7; 8; 12; 13; 16b.

PEREZ SERRABONA, Jose luis, *Derecho Mercantil (coord. Jimenez Sanchez)*, Ariel, Barcelona, 1990.

§ 51.

PHILIP, Allan, *Convention on Financial Leasing*, CMI News Letter, January 89.

§ 51.

PINEDO, J. Walterio, *The bareboat charter registry in operation; The Bareboat Charter Registry of the United Mexican States*, Symposium on Bareboat Charter Registration, ICC, París, October, 1987, pp. 11.

§ 105.

POLO, Antonio, *Reflexiones sobre la reforma del Derecho Mercantil. Estudios de derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uria*, Civitas, Madrid, 1978.

§ 62.

PRICE, G., *The law of Maritime Liens*, Sweet & Maxwell, London, 1940.

§ 20; 20a; 20c; 20d; 21; 22; 41; 92; 93; 94; 97..

PRINZIVALL, Vittorio, *Concetto giuridico della nave*, IDM, 1925, pp. 651-659.

Q

QUINN, Kieron F., *Ocean container leasing and maritime liens: An example of flexibility in U.S. general maritime law*, JMLC, V. 18, N° 1, January 1987, pp. 1-32.

QUERCI, Francesco Alessandro, **Il diritto marittimo fenicio; (A Proposito di un recente studio)**, *RDN*, 1960, (I), pp. 411-427.
§ 1.

R

RAFGARD, Tormod, **U.N. Registration Convention: Nineteen months on, Wich Register Wich Flag?**, Conference organised by Lloyd's of London Press Ltd, London, September, 1987, pp. 8.
§ 104.

RAMON, José Ignacio de, **El Fletamento a casco desnudo. El abanderamiento provisional de buques en España**, *Seminario de Fletamentos Marítimos*, Madrid, Diciembre, 1981.

RASERO BALON, Juan C., **Riesgos Marítimos en la Carrera de Indias**, *COMME*, N° 50, Enero/Febrero 1991.
§ 8.

REMIRO BROTONS, Antonio, **Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales**, (Comentarios al Art. 10.2 y 10.6 del Código Civil), Edersa, Madrid, 1978, pp. 229-237 y 321-336.
§ 98; 99; 110

REMOND - GOUILLOUD, Martine, **Droit maritime**, n°.2, 1988, Pedone, pp. 149-156.
§ 94; 97.

RHIDIAN THOMAS, D., **The sister ship action in rem**, *LMCLQ*, 1979, pp. 158-168.

RIGAUD, L., (Trad. XIRAU, J.R.), **El Derecho Real**, Reus, Madrid, 1928.
§ 20c.

RIGHETTI, GIORGIO, **Applicazione della teoria giuridica della nave alle recenti innovazioni tecnologiche**, *IDM*, 1984, PP. 205-220.

RINMAN, T. y RIGMOR, Brodefords, **The Commercial History of Shipping**, Rinnan & Linden AB, Gothenburg, Sweden, 1983.
§ 14; 19.

RIOS MOSQUERA, A, **Los buques ante el registro mercantil**, *RCDI*, T. XIV, 1941, N° 152, pp. 1-9.

RIOS SALMERON, Bartolomé, **Los créditos laborales en el área marítima**, *BAEDM*, N° 5 y 6, 1986, (especial), pp. 117-151.
§ 36a; 37; 45; 56; 71; 73; 77; 82.

RIPERT, George, **La Conférence diplomatique de bruxelles**, *RDMC*, T. 2, 1923, pp. 49-65.
§ 25; 37.

- RIPERT, George, *L'unification du droit maritime*, *JDI*, T. 50, 1923, pp. 209-216.
§ 25.
- RIPERT, George, *Los procedimientos de la unificación internacional del Derecho Marítimo*, Publicaciones de la Asociación Española de Derecho Marítimo, Madrid, 1955, pp. 23-30.
- RIPERT, George, *La Commission de Bruxelles (6-10 Octobre 1923)*, *RDMC*, T. 4, 1923, pp. 55-66.
§ 37.
- RIPERT, George, *Droit Maritime*, T. II, 2ª Edición.
§ 15; 15a; 28.
- RIPERT, George, *Droit Maritime*, T. II, 4ª Edición.
§ 94.
- ROBLES DE SOTOMAYOR, Alfredo, *El precedente judicial anglosajón y la jurisprudencia española*, *RGLJ*, T. 183, 1984.
§ 19.
- RODIÈRE, René, *Droit Maritime, Le Navire*, Dalloz, París, 1980, pp. 1-290.
§ 15; 15a; 15b; 18; 28; 40; 92; 93; 94; 99; 100..
- RODIÈRE, René, *Faut-il reviser la definition classique du navire?*, *IDM*, 1978, pp. 175-184.
- RODIÈRE, René, *Les tendances contemporaines du droit privé maritime international*, *R des C*, N° 1, 1972, pp. 329-409.
§ 25; 39; 43.
- RODIÈRE, René, *Traité General de Droit Maritime. Introduction*, Dalloz, París, 1976.
§ 4; 6; 8.
- RODRIGUEZ ANDIA, Antonio, *Leasing y arrendamiento de buques como sistema de financiación*, *I Seminario de financiación de buques*, AEDM, Madrid, 1984.
§ 51.
- RODRIGUEZ CARRION, José Luis, *Revisión de las Convenciones internacionales sobre privilegios e hipotecas marítimas y embargo preventivo de buques*, *III Jornadas Gallegas sobre Transporte Marítimo*, La Coruña, Junio, 1987.
§ 79.
- RODRIGUEZ CARRION, José Luis, *Estudios de Seguro Marítimo*, Barcelona, Bosch, 1992.
§ 71.
- RODRIGUEZ ZAPATA, *El Derecho Internacional y la Constitución*, en "Estudios dirigidos por García de Enterría", Madrid, 1981.
§ 36a.

- ROHART, Jean Serge, *Faut-il se méfier de l'apparence?*, *La saisie conservatoire des navires apparentés*, DMF, 1989 pp.499-415.
- ROMANELLI, Gustavo, *Sull'art. 552 Cod. Nav. e sull'ambito di applicabilità della convenzione di Bruxelles in materia di ipoteche e privilegi*, RDN, 1959, (II), pp. 71-76.
 § 37; 39.
- RONZITTI, Natalio, *Sulla sfera di applicazione dell'art. 14 della Convenzione di Bruxelles del 10 Aprile 1926 sulle ipoteche e privilegi marittimi*, RDN, V. XXV, (II), 1965, pp. 66-79.
 § 100
- ROYAUME DE BELGIQUE, MINISTERE DES AFFAIRES ETRANGERES ET DU COMMERCE EXTERIEUR, *Confèrence Diplomatique de Droit Maritime-Douzième Session (1e. phase)*, Bruxelles, 1967.
 § 25.
- RUBIO, J., *Algunos comentarios al Art. 146 del Reglamento del Registro Mercantil*, RCDI, N° 454, 1966, pp. 593-615.
 § 43.
- RUBIO, J., *Sainz de Andino y la Codificación Mercantil*, Madrid, CSIC, 1950.
 § 16; 35.
- RUIZ BRAVO, J.M., *Dificultades procesales para obtener el embargo preventivo de buque mercante extranjero*, REDM, N° 1, 1963, pp. 13-19.
 § 75.
- RUIZ GALVEZ, F., *Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima. Notas*, REDM, N° 5, 1964, pp. 47.
 § 36b.
- RUIZ SERRAMANELLA, Ricardo, *Derecho civil, Derechos Reales, II*, s.e. Madrid, 1988.
 § 44; 45.
- RUIZ SOROA, J.M., *Manual de Derecho Marítimo: El buque, el naviero, personal auxiliar*, Instituto Vasco de las Administraciones Públicas, Bilbao, 1990.
 § 24; 25; 35; 43; 57; 59; 61; 64; 70; 71; 73; 75; 83; 89; 90; 96; 98; 102; 106; 109; 109a; 109b..
- RUIZ SOROA, J.M., *Ejecución de la hipoteca naval: Problemas prácticos*, I Seminario de financiación de buques, Madrid, 17 y 18 de Mayo de 1984.
 § 36a; 77.
- RUIZ SOROA, J.M., *Crédito marítimo con la garantía real sobre el buque. Normativa española de origen interno e internacional.*, BAEDM, n°s. 5 y 6, 1986 (especial).
 § 2; 25; 34; 36a; 36b; 37; 39; 61; 71; 93; 97; 98; 110.

RUIZ SOROA, J. M., *Reflexiones sobre las banderas de conveniencia y el derecho marítimo y laboral español*, ADM, 1986.
§ 96; 97.

RYAN, Edward, *Admiralty Jurisdiction and the Maritime Lien: An Historical Perspective*, (1968), 7 Western Ontario L.R., 173.
§ 20c.

S

SAEZ SAGASETA DE ILURDOZ, Miguel, *Aerodeslizadores (Estudio Jurídico de un nuevo medio de transporte)*, RDM, N° 138, 1975, pp. 463-506.

SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Clares, Valladolid, 1978.
§ 43; 55a.

SCARDIGLI, Massimo, *Sull privilegio dei crediti derivanti da contratti stipulati dal comandante per la conservazione della nave o per la continuazione del viaggio*, RDN, 1964, (I), pp. 336-347.

SCERNI, M. *Nazionalitá della nave e diritto internazionale privato*, RDIPPR, V. I, 1965, pp. 197-206.
§ 96.

SCERNI, M, *La nazionalitá delle navi come oggetto delle norme internazionali*, CS, T. XI, 1960, 1962, pp. 89-111.

SCHAPS - ABRAHAM, *Daas Seerecht*, 4ª edición, Berlín 1978.
§ 31.

SCHULDREICH TALLEDA, Héctor, *Derecho de la Navegación*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1963, Cuarta Edición.
§ 28.

SENIGALLIA, Leone Adolfo, *La table d'Amalfi (Tábula de Amalphi)*, RDMC, T. 32, 1935, pp. 39-53.
§ 4.

SENIGALLIA, Leone Adolfo, *De l'origine historique de l'abandon libertoire du navire aux créanciers*, RDMC, T. 39, 1939, pp. 4-23.

SINAN, I.M. *UNCTAD and flags of convenience*, JWTL, V. 18, N° 2, March/April 1984, pp. 95-109.

SILVERTOWN, *Law of Lien*, Butterwoeths, London, 1988.
§ 41.

SLATER, Paul, **The bareboat charter registry - Some different views; The lenders**, *Symposium on Bareboat Charter registration*, ICC, París, October, 1987, pp. 12.

SMMESTERS et WINKELMOLEN, *Droit maritime et droit fluvial*, Bruxelles, 1929.

§ 97.

SOLE DE SOJO, Vicente, *El principio de responsabilidad limitada en el Derecho Marítimo*, Comité de Derecho Marítimo de Barcelona, Barcelona, 1955, pp. 17.

SOYER, J.C., **Les aspects de droit international privé de réforme du droit maritime**, *JDI*, 1962, PP. 610-629.

§ 97.

STANILAND, Hilton, **Foreign maritime liens not to be recognized in South Africa**, *LMCLQ*, 1990, PP. 491-494.

STONE.P.A., **Time limitation in the english conflict of laws**, *LMCLQ*, 1985, (IV) pp. 497-512.

STURMEY, S. G., **The United Nations Convention on conditions for registration of ships**, *LMCLQ*, February, 1987, pp. 27-117.

T

TABBUSH, S. J., **Arrest of ships owned by charterers**, *LMCLQ*, 1982, pp. 585-591.

TARANTO SARGENT, Joan, **Should accidents between pleasure craft fall within U.S. admiralty jurisdiction?, An Analysis of foremost insurance Co. V. Richardson**, *LMCLQ*, 1984, pp. 112-118.

TAULET, E., **Intervención del estado en la venta y gravámen de embarcaciones**, *RCDI*, T. XX, 1947, pp. 527-530.

§ 107.

TETLEY, William, **Repairmen's liens**, *JMLC*, V. 13, N° 2, January, 1982, pp. 177-221.

§ 20; 22.

TETLEY, William, **Ship mortgages and hypothecs**, *IDM*, 1985, pp. 227-261.

§ 55a; 57.

TETLEY, William, **Expenses in custodia legis, court costs and attorney's feés**, *LMCLQ*, 1984, pp. 1-22.

TETLEY, William, *Maritime Liens and Claims*, Business Law Communications, Ltd., London, 1985.
§ 1; 2; 4; 5b; 19; 20; 20b; 20c; 20d; 21; 22; 31; 32; 41; 57; 91; 92; 94.

TETTENBORN, A. M., *The time chartered, the one- ship company and the sister - ship action in rem*, *LMCLQ*, 1981, pp. 507-509.

TETTENBORN, A. M., *Maritime securities and the conflicts of laws, some problems*, *LMCLQ*, 1980, Part. 4, pp. 404-410.
§ 92; 97.

THOMAS, D.R., *Maritime Liens*, V. 14, *British Shipping Laws*, London, Stevens & Sons, 1980.
§ 20b; 20c; 21; 32; 41; 43; 94.

TIMAGENIS, G.J., *Arrest of ships in Greece*, *LMCLQ*, 1984, pp. 90-99.

TULLIO, Leopoldo, *La natura giuridica dell'hovercraft*, *RDN*, 1970, (I), pp. 205-234.

U

UNIVERSIDAD DE BARCELONA, Facultad de Derecho, *Apuntes de Historia del Derecho Español*, Barcelona, 1974.
§ 3; 5; 6; 7; 8.

UNCTAD, Secretaría, *Privilegios Marítimos e Hipoteca Naval*, Doc. TD/B/C.4/ISL/48, de 24 de julio de 1984.
§ 41; 91.

UNCTAD, Secretaría, *Régimen aplicable a los buques mercantes extranjeros en los puertos*, Doc. TD/B/C.4/136, de 9 de septiembre de 1975.
§ 97.

UNCTAD, Secretaría, *Régimen de los buques mercantes en los puertos a nivel regional*, Doc. TD/B/C.4//275, de 1 de octubre de 1984.
§ 97.

UNCTAD/OMI, Secretarías, *Prácticas actuales relativas a la inscripción del arrendamiento a casco desnudo*, Doc. GIJE (IV-2), de 26 de febrero de 1988 (Parte B).
§ 102; 103 y 105.

URIA GONZALEZ, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1990, Decimoséptima Edición.
§ 25; 43; 55; 56; 61.

URIA GONZALEZ, Rodrigo, *En torno a la reforma de la legislación marítima. Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, Tecnos, Madrid, 1971.
§ 62; 68.

V

VALIN, René-Josué, *Nouveau Commentaire sur L'Ordonnance de la Marine du mois d'aout 1681*, La Rochelle, 1776.
§ 8; 9; 10; 11; 12; 15; 15a; 15b.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Estudios sobre garantías reales*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1984, 2ª edición.
§ 2a; 35; 43; 48; 49; 50; 51; 52; 54; 55a; 55b; 56; 57; 59; 60; 69; 73.

VERDERA, E., *Consideraciones en torno a la responsabilidad del naviero*, RDM, N° 65, 1957, pp. 83-85.

VIALARD, Antoine, *De quelques aspects théoriques du régime des privilèges maritimes*, LMCLQ, 1984, PP. 323-327.
§ 94; 97.

VIDAL SOLA, *Jurisprudencia Comercial Marítima*, Bosch, Barcelona, 1963.
§ 43.

VICENT CHULIA, Francisco, *Naviero, propietario del buque y empresario de la navegación y del transporte, en el código de Comercio Español*, RJC, 1976, Julio/Septiembre, pp.557-654.
§ 64.

VIGIL, Ricardo, *El registro de fletamentos a casco desnudo; peligros y ventajas*, ETL, V. XXV, n°.1, 1990.
§ 102;103.

VIO, Antonio, *Alcuni cenni sull'ipoteca navale*, IDM, 1909, PP. 121-132.
§ 55b.

VITA, Guido de, *Riflessione su alcuni problemi della esecuzione forzata di nave*, RDN, 1971, (I), pp. 19-36.

VON OVERBECK, Alfred, E., *Le champ d'application des règles de conflict ou de droit matériel uniforme prévues pars des traités*, AIDI, V. 58, (I), 1979.
§ 36b.

W

WEFERS BETTINK, H.W., *Open registry, the genuine link and the 1986 Convention on Registration Conditions for ships, Netherlands Yearbook of International Law*, V. XVIII, 1987, pp. 69-119.

WITITWORTH, John, *The registration option, causes and consequences, Wich Register Wich Flags?*, Conference, London, September, 1987 (Organised by Lloyd's of London Press Ltd.), pp. 13.

WIJFFELS, Robert, *Limitación de responsabilidad del fletante y fletador, Convenios Internacionales, Seminario de Fletamento Marítimo*, Madrid, Abril, 1977.

WILLIAMS, Ross, *The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations, LMCLQ*, 1981, Part, 1, pp. 250-263.

WOJCIECH, Adamczak, *Maritime liens in polish law in the context of the law of the european socialist states, LMCLQ*, 1982, pp. 433-437.

§ 33.

WOOD, Graeme, *Elements of arrest of vessels in Spain, P & I International*, July, 1988, pp. 76-77.

WUSTENDORFER, Hans, *Realizaciones y límites de la unificación internacional del Derecho Comercial Marítimo*, Publicación de la AEDM, Madrid, 1955, pp.31-46.

§ 64.

Z

ZENO, Riniero, *Storia del Diritto Marittimo nel Mediterraneo*, Aheneum, Catania, 1915.

§ 2; 2a; 3.

ZORRILLA RUIZ, M., y DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo, *El privilegio de los llamados créditos salariales, (Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de Octubre de 1983)*, ADC, T. XXXVII, Enero/Marzo, 1984, pp. 513-551.

ZUNARELLI, Stefano, *La convenzione di Ginebra sulle condizioni per la registrazione delle navi, Derecho Marítimo (V.IV de los estudios interdisciplinarios en homenaje a F. Valls i Taberner)*, P.P.U., Barcelona, 1987, pp. 1.229-1.268.

§ 104.

ZUNARELLI, Stefano, *Bandiere di convenienza e l'evolversi dei principi di libertà di navigazione e di commercio marittimo, IDM*, 1981.

§ 97.

JURISPRUDENCIA Y BUQUES CITADOS

Sentencias españolas examinadas

(El número (§) corresponde al epígrafe donde se contiene la cita)

STS (civil), de 18.06.02.....	§ 64
STS (civil), de 21.10.11 (col.leg. n°. 94).....	§ 71
STS (civil), de 29.11.27 (col.leg. n°.146).....	§ 43;64
STS (civil), de 02.01.30 (col.leg. n°.2).....	§ 71
STS (civil), de 11.02.30 (col.leg. n°.136).....	§ 71
STS (civil), de 02.01.48 (col.leg. n°.2).....	§ 71
STS (civil), de 07.06.48 (arz.748).....	§ 64
STS (cont.adm.), de 18.02.61 (col.leg. n°.117)....	§ 50
STS (civil), de 12.06.61 (arz. 2362).....	§ 64
STS (civil), de 10.07.68 (arz. 2497).....	§ 40
STS (civil), de 13.03.75 (arz.1235).....	§ 64
STS (civil), de 02.10.83.....	§ 77
STS (civil), de 27.10.83 (arz. 5384).....	§ 77
STS (civil), de 19.02.87.....	§ 71
STS (civil), de 19.10.87 (arz. 7297.....	§ 71
STS (civil), de 13.04.89 (arz. 3050).....	§ 38;74
STS (civil), de 22.05.89 (arz. 3877).....	§ 38
SAPr.Madrid (Sección 11), de 07.02.90.....	§ 38
STS, (civil), de 02.03.90 (arz. 2756).....	§ 74
STS (civil), de 08.03.90 (arz. 1679).....	§ 71
STS (civil), de 09.03.90 (arz. 1683).....	§ 38
STS (civil), de 18.06.90 (arz. 4791).....	§ 38
STS (civil), de 15.10.90 (arz. 785).....	§ 38
STS (civil), de 05.11.90 (arz. 8521).....	§ 38;74
STS (civil), de 22.4.91 (arz. 3018).....	§ 71

Jurisprudencia extranjera

S.C. di Cassazione de 03.03.65; "Parma".....§	41;43
S.C. di Cassazione de 11.05.68 (<i>Comune della Libera Città anseatica di Brema v. Società Costa e Lloyd Tirrenico</i>).....§	100
S.C. di Cassazione de 18.09.70; <i>S.A. Costa v. Maison Genestal</i>§	100
S.T.C. de Francia, de 09.03.72.....§	94
<i>Detroit Trust Co. v. The Thomas Barcum, 1974</i> ..§	57
<i>Lauritzen v. Larsen (1953)</i>§	92
<i>Mills v. The Scotia (1888)</i>§	92
<i>Meridian Trading Corp. v. ss Denton (1960)</i>§	92
<i>Potash co. v. M.V. Raleigh (1973)</i>§	92
<i>Mobil v. Pacific Bear (1980)</i>§	92
<i>The Ioannis Daskatelis (Todd Shipyards v. Altema) (1974)</i>§	92
<i>The Bold Buccleugh</i>§	21
<i>The Halcyon Isle (Bankers Trust Intl. v. Todd Shipyards) (1980)</i>§	94
<i>The Andrico Unitiy v. Staniland Hilton</i>§	94

Buques citados

"Charlotte Dundas".....	§ 14
"Savannah".....	§ 14
"Francis B. Ogden".....	§ 14
"Trial".....	§ 14
"Great Britain".....	§ 14
"Bold Buccleugh".....	§ 21
"Heinrich Bjorn".....	§ 21
"Maya I".....	§ 38;74
"Monte Banderas".....	§ 38
"C.M.".....	§ 38
"Pontedeume".....	§ 38
"Oyambre".....	§ 38
"Ponteceuso".....	§ 38;74
"Norlandia".....	§ 40
"Parma".....	§ 41
"Villamanrique".....	§ 43
"Macarena".....	§ 43
"Rada de San Feliu".....	§ 50
"Clarin".....	§ 64
"Navemar".....	§ 64
"Motomar".....	§ 64
"Mari Loli".....	§ 64
"Navarco".....	§ 71
"Costales".....	§ 71
"Facal Once".....	§ 71

"Facal Doce".....	§ 71
"Eduardo".....	§ 71
"María Teresa".....	§ 71
"Antolina Ponte".....	§ 71
"Ignacio Roca".....	§ 71
"Crestena".....	§ 74
"Halcyon Isle".....	§ 92
"Scotia".....	§ 92
"Denton".....	§ 92
"Raleigh".....	§ 92
"Pacific Bear".....	§ 92
"Ioannis Daskatelis".....	§ 92
"Milford".....	§ 92
"Tagus".....	§ 92
"Colorado".....	§ 94
"Zigurds".....	§ 94
"Acrux".....	§ 94
"Andrico Unity".....	§ 94
"Angel Bell".....	§ 97
"Bianca C".....	§100
"Arosa Sky".....	§100