

. LAURENT

DERECHO CIVIL

. 1

KM19
.F8
L31
v.30

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
BIBLIOTECA
1020013441

Sánchez Fuentes

Biblioteca Particular
del Lic.
ANDRES SANCHEZ FUENTES
Volumen No.....
Estante..... Casiller.....

A 404

UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

# PRINCIPIOS
—DE—
# DERECHO CIVIL FRANCES

POR

F. LAURENT

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE GANTE

OBRA PREMIADA EN EL CONCURSO QUINQUENIAL DE LAS CIENCIAS MORALES Y POLITICAS.

TOMO XXX

PUEBLA.—1900.

BARROSO, HERMANO Y COMP. (SUCESORES), EDITORES
1ª de la Soledad 9.—Apartado de correo núm. 4.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
ALERE FLAMMAM VERITATIS
CAPILLA ALFONSINA
ARCHIVO JURIDICO
111455
23203

BIBLIOTECA

# TITULO XIX.

(TITULO XVIII DEL CÓDIGO CIVIL).

## DE LOS PRIVILEGIOS É HIPOTECAS

(CONTINÚA)

## CAPITULO II.

### DE LOS PRIVILEGIOS.

(CONTINÚA)

*SECCION IV.—De los privilegios sobre inmuebles.*

1. La ley contiene dos secciones acerca de los privilegios de inmuebles (sección III del capítulo II); enumera los privilegios y determina las condiciones requeridas para su existencia; en el segundo (sección IV del capítulo II) dice cómo se conservan los privilegios. De aquí se sigue que se debe hacer en materia de privilegios de inmuebles una distinción que no se hace para los privilegios mobiliares; la ley no somete los privilegios mobiliares á la formalidad de una inscripción en el sentido de que no deben ser conservados; la ley los establece bajo condiciones que determina, y desde que existen son eficaces y producen sus efectos. No su-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

BIBLIOTECA

# TITULO XIX.

(TITULO XVIII DEL CÓDIGO CIVIL).

## DE LOS PRIVILEGIOS É HIPOTECAS

(CONTINÚA)

## CAPITULO II.

### DE LOS PRIVILEGIOS.

(CONTINÚA)

*SECCION IV.—De los privilegios sobre inmuebles.*

1. La ley contiene dos secciones acerca de los privilegios de inmuebles (sección III del capítulo II); enumera los privilegios y determina las condiciones requeridas para su existencia; en el segundo (sección IV del capítulo II) dice cómo se conservan los privilegios. De aquí se sigue que se debe hacer en materia de privilegios de inmuebles una distinción que no se hace para los privilegios mobiliares; la ley no somete los privilegios mobiliares á la formalidad de una inscripción en el sentido de que no deben ser conservados; la ley los establece bajo condiciones que determina, y desde que existen son eficaces y producen sus efectos. No su-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

BIBLIOTECA

# TITULO XIX.

(TITULO XVIII DEL CÓDIGO CIVIL).

## DE LOS PRIVILEGIOS É HIPOTECAS

(CONTINÚA)

## CAPITULO II.

### DE LOS PRIVILEGIOS.

(CONTINÚA)

*SECCION IV.—De los privilegios sobre inmuebles.*

1. La ley contiene dos secciones acerca de los privilegios de inmuebles (sección III del capítulo II); enumera los privilegios y determina las condiciones requeridas para su existencia; en el segundo (sección IV del capítulo II) dice cómo se conservan los privilegios. De aquí se sigue que se debe hacer en materia de privilegios de inmuebles una distinción que no se hace para los privilegios mobiliares; la ley no somete los privilegios mobiliares á la formalidad de una inscripción en el sentido de que no deben ser conservados; la ley los establece bajo condiciones que determina, y desde que existen son eficaces y producen sus efectos. No su-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cede lo mismo con los privilegios inmobiliares. La ley exige también que se llenen ciertas condiciones para que los privilegios inmobiliares se puedan ejercer; se necesita más, que estén conservados; es decir, que se hagan públicos. Sin la publicidad los privilegios inmobiliares son ineficaces. En contra, la publicidad no se concibe más que cuando el privilegio reune las condiciones prescriptas para su existencia; no se puede conservar un derecho que no existe. Por esto el acreedor que reclama un privilegio sobre un inmueble debe probar primero que las condiciones exigidas por la ley para su existencia han sido satisfechas; después debe probar que el privilegio ha sido conservado por la inscripción ó por la transcripción.

### *ARTICULO I.—De los privilegios sobre inmuebles y condiciones requeridas para su existencia.*

#### § I.—Privilegio del vendedor.

2. El vendedor de un inmueble tiene derechos análogos á los del vendedor de una cosa mobiliar. Si el comprador no paga el precio el vendedor puede pedir la resolución de la venta. Puede también perseguir la ejecución exigiendo el precio, y para garantía del pago la ley concede un privilegio. La razón del privilegio es la misma para las ventas inmobiliares que para las mobiliares; el vendedor enriquece el patrimonio del deudor común para la venta; sería injusto que los demás acreedores tuviesen una prenda sobre la cosa sin estar obligados á pagar el precio. Nos trasladamos á lo dicho acerca de los privilegios mobiliares (tomo XXIX, núm. 472).

Si los derechos del vendedor de un inmueble son los mismos que los derechos del vendedor de un mueble la diferencia es muy grande en lo relativo á la extensión de estos derechos. Los muebles no tienen prosecución; el privilegio del vendedor de una cosa mobiliar se desvanece desde que el deudor cesa de poseer la cosa comprada; el vendedor no puede ya ejercer el derecho de resolución contra los terceros. Sucede de otro modo con los privilegios inmobiliares: dan el derecho de prosecución porque implican una hipoteca. Los privilegios sobre los inmuebles son hipotecas privilegiadas; hé aquí por qué, como lo diremos más adelante, el acreedor privilegiado conserva una hipoteca cuando está decaído del privilegio en el caso previsto por la ley. Si el vendedor, en vez de ejercer su privilegio, pide la resolución de la venta su acción reacciona también contra los terceros: se aplica en este caso el principio de que la resolución de los derechos del propietario atrae la resolución de todos los derechos concedidos por él. El efecto que la resolución y el privilegio producen contra los terceros dió lugar á una grave dificultad: ¿conserva el vendedor el derecho de resolución cuando ha perdido su privilegio? El Código Civil decidió la cuestión en provecho del vendedor, pero en gran perjuicio de los terceros, y el interés de éstos se confunde con el interés general. La ley belga ha derogado en este punto el Código Napoleón y ha resguardado el interés de los terceros sin sacrificar los derechos del vendedor.



Aun hay otra diferencia entre la venta de los inmuebles y la de los muebles en lo relativo á los derechos del acreedor. El vendedor de una cosa mobiliar tiene el derecho de reivindicación; el vendedor de un inmueble no lo tiene. Lo que acabamos de decir explica esta diferencia. El que vende un mueble pierde su privilegio y su derecho de resolución cuando el comprador revende la cosa; luego la ley debió darle el derecho de embargar la cosa vendida para impedirle al comprador revender. El que vende un inmueble no corre ningún peligro cuando el comprador revende, puesto que tiene el derecho de prosecución para su privilegio, y la resolución, si la pide, reacciona contra los terceros.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Trataremos primero de los privilegios y de su resolución. En seguida explicaremos el sistema de la ley belga relativo al derecho de resolución en sus relaciones con el privilegio. Esta cuestión no solamente interesa al vendedor sino que se presenta para todos los acreedores privilegiados que gozan de un derecho de resolución ó de revocación: tales son el copermutante y el donante.

*Núm. 1. Primera condición requerida para el privilegio del vendedor.*

3. El art. 27 dice: «Los acreedores privilegiados sobre inmuebles son: 1.°, el vendedor de un inmueble vendido para el pago del precio.» Se ve que la ley, lo mismo que el Código Civil, enumera los *acreedores* que gozan de un privilegio, mientras que al hablar de los privilegios mobiliares la ley enumera los *créditos* á los que concede una preferencia sobre los créditos quirografarios. Esta última redacción (arts. 19 y 20) es más correcta porque el privilegio está concedido no á los acreedores sino al crédito. No es el vendedor el que está privilegiado sino el precio de la venta; para que haya privilegio se necesita, y esto no se debía decir, que haya venta. ¿Cuándo hay venta? Acerca de este punto nos transladamos al título sitio de la materia. El adquirente con pacto de retroventa cuando ejerce el rescate no goza del privilegio porque no se opera reventa sino hasta que el vendedor usa del pacto de retroventa ó de rescate; es la primera venta la que se resuelve, lo que pagó el comprador se le restituye; pero esta restitución no es el precio de la cosa que el adquirente recibe; por consecuencia de la resolución la venta se considera como no haber existido; el vendedor ha recibido, pues, el precio sin causa; hé aquí por qué debe restituirlo. (1) La ley da al

1 Durantón, t. XIX, p. 210, núm. 155. Aubry y Rau, t. III, p. 165, nota 15, pfo. 263 y los autores que citan.



comprador una garantía: el derecho de retención (artículo 1673); pero este derecho no lleva ninguna preferencia con respecto á los demás acreedores; en nuestra opinión no los puede oponer; sólo es un medio para obligar al vendedor á cumplir sus obligaciones. (1)

La Corte de Casación aplicó este principio en una especie en que el adquirente con pacto de retroventa había subrogado al prestamista al dinero que sirvió para reembolsar al privilegio del vendedor. Esto era subrogarlo á un derecho que el adquirente no tenía. La Corte de Casación dice muy bien que el adquirente con pacto de retroventa no tiene más derecho en la cosa que la retención de la posesión mientras no se le reembolse el precio de la venta, gastos y costas y mejoras; no puede transmitir al que le presta el dinero para rescatar el inmueble que retiene más derechos que los que tiene. Y si abandona su retención no le queda más que un crédito quirografario contra el vendedor. (2)

4. El Código Civil, después de haber dado un privilegio al vendedor, agrega en el núm. 2 del art. 2103: «Los que hayan ministrado el dinero para la adquisición de un inmueble están privilegiados con tal de que esté auténticamente comprobado por el acta de préstamo que la suma estaba destinada á este uso y que por el recibo del vendedor estaba hecho el pago del dinero prestado.» Este privilegio no se halla mencionado por la nueva ley. La disposición del Código era inútil; en efecto, la subrogación transmite todos los derechos del acreedor al que lo ha subrogado, ya sea la subrogación legal ó convencional (art. 1250); el art. 2103 no haría, pues, más que repetir lo que ya había dicho el artículo 1250. (3) La subrogación, tal como estaba organizada por el Código, presentaba un vacío que el legislador belga

1 Véase el t. XXIX de estos Principios, núm. 323.
2 Denegada, 26 Abril, de 1827 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 480).
3 Martou, t. II, p. 196, núm. 547. Cloes, t. I, p. 371, núm. 644. Delebecque, p. 137, núm. 164.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

llenó: el subrogado podía ejercer los derechos del acreedor sin llenar ninguna forma de publicidad; nuestra Ley Hipotecaria quiere que la subrogación se haga pública. Nos transladamos á lo que se dijo acerca de las disposiciones preliminares (art. 5).

5. La ley no exige ninguna condición de forma para la existencia del privilegio. Se puede, pues, decir que el privilegio del vendedor existe por esto sólo: que hay venta. Pero esto es un principio de teoría. No basta que un privilegio exista, también es necesario que esté conservado. ¿Y cómo se conserva el privilegio del vendedor? Ordinariamente por la transcripción del acta (art. 30), y esta acta sólo se admite á la transcripción cuando es auténtica (art. 2). Luego si el vendedor quiere aprovechar el beneficio de la ley que liga la conservación del privilegio á la transcripción debe hacer una acta auténtica ante notario y transcribir dicha acta. Es verdad que el vendedor conserva también su privilegio por la inscripción y que ésta se hace por simple *bordereau*, pero la ley quiere que el acreedor que requiere la inscripción presente al conservador una copia auténtica del acta que da nacimiento al privilegio, lo que nos conduce á la necesidad de una acta auténtica. Sólo es en el caso de que el conservador de hipotecas no exigiera la copia certificada requerida por interés suyo cuando el vendedor podría adquirir un privilegio sin acta notariada. Pero todas estas hipótesis son de pura teoría. En la realidad de las cosas el privilegio se conserva por la transcripción; luego es necesaria una acta auténtica.

*Núm. 2. Segunda condición.*

6. El vendedor tiene un privilegio para el pago del precio. Es, pues, necesario que se deba el precio en todo ó en parte. Mientras que el precio no está pagado enteramente



el privilegio subsiste porque la causa del privilegio existe. El privilegio es indivisible tanto como la hipoteca, puesto que el privilegio es una hipoteca privilegiada; por consiguiente, el pago parcial del precio no impide que el privilegio subsista por entero (art. 30).

En teoría el privilegio existe por sólo que el precio no está pagado. ¿Es necesario que conste en el acta que el precio se debe? Esta es una cuestión análoga á la que acabamos de discutir (núm. 5). La ley no exige acta ni mención del precio no pagado. Esto decide la cuestión de teoría; pero de hecho el privilegio del vendedor se conserva por la transcripción del acta de venta, y según el art. 30 esta transcripción no conserva el privilegio si no consta en el acta que el todo ó parte del precio queda por pagarse. Si, pues, el vendedor quiere conservar su privilegio por la transcripción es necesario que declare en el acta que el precio se le queda á deber en todo ó en parte. (1)

7. ¿Qué se entiende por precio? Es la prestacion que el contrato impone al comprador y que, según la doctrina tradicional, debe consistir en una suma de dinero, en capital ó en renta. Acerca de la cuestión de principio transladamos á lo dicho en el título *De la Venta* (tomo XXIV, números 68 y 69).

Fué sentenciado por aplicación de estos principios que la cesión del usufructo de bienes inmuebles mediante una renta vitalicia da al vendedor un privilegio en el usufructo de los bienes vendidos. (2) En efecto, hay venta de un inmueble, puesto que el usufructo que grava los inmuebles es un derecho inmobiliar; y la ley no distingue entre la toda propiedad y el desmembramiento de la misma. La renta vitalicia, por su naturaleza, es un precio que permanece debi-

1 Martou, Comentario, t. II, p. 198, núm. 550.
2 Grenoble, 16 de Agosto de 1823 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 417, 1.°).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

do durante toda la vida del vendedor; luego las condiciones requeridas para la existencia del privilegio estaban llenadas en el caso.

8. Sucede amenudo que el precio real no está indicado en el contrato; en este caso las partes hacen una contra-letra que establece la verdad alterada en el acta pública con objeto de defraudar al fisco. El vendedor no puede ejercer su privilegio sino por el precio fijado en el acta-patente. Cuando el privilegio está conservado por la transcripción la cosa es evidente, pues la transcripción sólo conserva el privilegio del vendedor por el crédito que se menciona en ella. Lo mismo sería si el vendedor hiciera inscribir su privilegio, pues no puede requerir la inscripción más que por el precio fijado en el contrato; y el acta pública sólo tiene efecto para con los terceros; la contraletra no les puede ser opuesta; no puede, pues, engendrar privilegio. (1)

9. ¿Deben comprenderse en el precio garantizado por el privilegio los cargos que el contrato impone al comprador? La afirmativa es segura, pues se entiende por precio todas las prestaciones á las que el comprador está obligado en favor del vendedor. Cuando la discusión de la Ley Hipotecaria un miembro de la Cámara de Diputados había propuesto declarar en la ley que los cargos estaban privilegiados; la proposición no fué admitida porque era inútil; bastaba que la ley dijera que el precio es un privilegio; en cuanto al punto de saber lo que debe entenderse por precio y si los cargos están comprendidos en él esto es del dominio de la doctrina; y los intérpretes no han titubeado nunca en enseñar que los cargos hacen parte del precio, y la jurisprudencia está conforme. (2)

10. La única cuestión en la que haya algún disentimien-

1 Pont, t. I, p. 180, núm. 190.
2 Nos limitamos á citar una sentencia de Bruselas de 3 de Junio 1817 (Pasicrisia, 1817, p. 412).



to es relativa á los derechos del tercero en favor del que el cargo está establecido. En el título *De las Obligaciones* hemos dicho en qué sentido y bajo qué condiciones es válida la estipulación para un tercero. Suponemos que el tercero en interés del que el vendedor impuso un cargo al comprador haya aceptado; tiene, pues, un derecho contra el comprador. ¿Tiene también el privilegio ligado al precio? Hay un leve motivo de duda; se puede decir que el cargo hace parte del precio y que, afectando el privilegio al crédito, aquel que tiene derecho al crédito debe también tenerlo en el privilegio. Es verdad que es el crédito del precio el que goza del privilegio y no el vendedor; pero cuando menos es necesario que el crédito forme un precio para aquel que lo ejerce; y para el tercero el cargo no es un precio; no vendió; no tiene, pues, derecho al precio de la venta; su crédito se forma por una convención accesoria á la venta, pero que es distinta; y donde no hay precio no puede tratarse de privilegio del vendedor. (1)

Hay otra dificultad. El tercero es acreedor del vendedor por el ofrecimiento que éste le hizo y que aceptó. Como acreedor del vendedor puede ejercer los derechos que pertenecen á su deudor; luego también el privilegio que el vendedor tiene contra el comprador para el pago del cargo. Esto es el derecho común establecido por el art. 1166. (2) ¿Quiere decir esto que el derecho indirecto que el tercero ejerce en nombre del vendedor contra el comprador equivalga al privilegio si pudiera ejercerlo en su nombre personal? Nó, seguramente, pues el beneficio de la acción que el tercero intenta en virtud del art. 1166 no le aprovecha exclusivamente, aprovecha á todos los acreedores del vendedor; de modo que, en definitiva, si el vendedor está insol-

1 Bruselas, 14 de Junio de 1817 (Pasicrisia, 1817, p. 292).
2 Martou, Comentario, t. II, p. 198, núm. 549. Compárese la discusión que tuvo lugar en la Cámara de Diputados, analizada por Cloes, t. I, p. 385, número 666.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

vente el tercero vendrá á contribución en las sumas que el comprador tiene que pagar al vendedor.

11. ¿Los gastos y costas del contrato, los derechos de registro y de transcripción, están comprendidos en el precio de venta y, por consiguiente, tiene el vendedor un privilegio si él es quien paga dichos gastos y derechos? Esta cuestión está controvertida; los autores están divididos, así como las cortes. En nuestro concepto los gastos, cualesquiera que sean, no están privilegiados; no lo están por la decisiva razón de que la ley no concede un privilegio por este punto al vendedor; y los privilegios son de derecho estrecho, no existen sin texto. Esto zanja la dificultad. (1)

Hay muchas objeciones, y son serias. Los intereses, se dice, están privilegiados y, sin embargo, el art. 2103 (Ley Hipotecaria, art. 27) no habla de ellos. Contestamos que los intereses son un accesorio del crédito; la ley no necesitaba mencionarlos separadamente, puesto que quedan comprendidos en los términos generales del precio: es una parte accesoria de la prestación estipulada por el vendedor ó establecida por la ley. Esto está también en harmonía con los principios. El comprador goza de la cosa; el vendedor debe, pues, gozar del precio. El vendedor pone el goce del inmueble en el patrimonio del comprador á condición de que éste, por su parte, le pague los intereses del precio; no sería justo que los acreedores aprovechasen del fruto sin pagar los intereses. ¿Puede decirse otro tanto de los gastos y costas? El precio consiste en las prestaciones debidas al vendedor en cualquiera venta, prestación sin la que no hubiera vendido. ¿Paga el comprador los gastos al vendedor? Los paga al notario, al receptor de contribuciones, al conservador de hipotecas. El fisco y los oficiales públicos lo

1 Durantón, t. XIX, p. 215, núm. 162. En el mismo sentido, Persil y Martou, y algunas sentencias (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 425). En sentido contrario, Aubry y Rau (t. III, p. 167 y nota 5, pfo. 263), y los autores que citan.



aprovechan, el vendedor no saca ninguna ventaja; ¿y puede considerarse como precio lo que no se paga al vendedor y lo que ordinariamente no desembolsa? Sólo los créditos que nacen de la venta están privilegiados. Y los gastos y derechos fiscales no son, seguramente, un crédito que nace de la venta en favor del vendedor, es un cargo que incumbe al comprador; él es quien debe sufrirlo. Cuando el vendedor lo paga lo hace por el comprador; es decir, que hace un anticipo por cuenta del comprador; gira su negocio, tiene acción de gerencia de negocio, acción puramente personal y que no tiene nada de común con el precio ni el privilegio que la ley concede al precio.

12. La Corte de Casación se pronunció en favor de la opinión que combatimos con dos sentencias de las que la primera fué pronunciada después de deliberación en Sala de Consejo. (1) Esto prueba que la cuestión presenta dificultades. Es, pues, necesario que demos á conocer los motivos que decidió la Corte Suprema y las dudas que nos deja. «Los gastos y costas, se dice, son, en verdad, á cargo del comprador; pero el vendedor no por esto deja de ser responsable para con el notario que recibió el acta. Si á consecuencia de esta responsabilidad el vendedor está obligado á hacer el anticipo de los gastos éstos se convierten en un accesorio obligado del precio de venta, porque las partes se consideran haberlas tomado en consideración para determinar el monto del precio.» ¡Qué laboriosa argumentación para demostrar que los gastos y derechos son un accesorio del juicio! ¿Y qué se prueba? Que las partes tuvieron en cuenta estos gastos al fijar el precio. Esto es evidente; pero esto sólo prueba que el que vende no saca nunca el valor entero de la cosa, que siempre hay que deducir los gastos. ¿Qué tiene esto de común con la cuestión

1 Casación, 1.° Abril y 1.° de Diciembre de 1863 (Dalloz, 1868, 1, 184 y 405).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de saber si los gastos son un accesorio como los intereses y aprovechar al vendedor como éstos le aprovechan? Y el privilegio sólo está concedido para el precio y los accesorios que, como los intereses, se pagan casi como el precio en manos del vendedor. ¿Qué son unos accesorios que algunas veces son y otras no son accesorios? Se dirá, fundándose en la sentencia de la Corte de Casación, que el inmueble entra por todo su valor en el patrimonio del deudor por el precio y los gastos, que es justo que los demás acreedores sufran los gastos tanto como el precio. La objeción se revuelve contra los que la hacen. Nó; los acreedores no aprovechan de todo el valor del inmueble, pues tendrán que realizarlo y, por consiguiente, soportar gastos y derechos. ¿Qué importa que el comprador pague un precio menos elevado por razón de los gastos que están á su cargo? Lo seguro es que ni el vendedor ni los demás acreedores aprovechan estos gastos; luego no hay causa para un privilegio; y donde no hay causa de preferencia no podrá haber un crédito privilegiado.

La Corte de Casación pretende que el derecho del vendedor a ser reembolsado de los gastos deriva, como el mismo precio, del contrato de venta, y que el precio se disminuiría de otro tanto si no pudiera obtener su reembolso. Esto no es exacto. Si el vendedor puede pedir el reembolso de los gastos es porque pagó la deuda del comprador; y el contrato de venta no le obliga á pagar esta deuda, y aunque le obligara á ello en virtud de una cláusula expresa no resultaría que los gastos fueran parte del precio, pues estos gastos no aprovechan al vendedor. Si los paga tiene una acción de repetición por sus anticipos, acción personal que la ley no privilegia porque por su calidad no merece más favor que cualquiera otra de repetición, pues no aprovecha al vendedor ni á la masa.

El vendedor no tiene más que un medio para asegurar



una garantía para el reembolso de los gastos que está en el caso de anticipar: es el de aumentar el precio con el monto y encargarse del pago. Este es también el único medio de resguardar el interés de los terceros, de quienes se olvidan en la opinión contraria. La ley quiere que el monto exacto del crédito privilegiado esté conocido de los terceros; por esto es que limita los intereses que tienen derecho al mismo lugar que el capital; el Código lo decía para las hipotecas, la Ley Hipotecaria lo dice también para los privilegios (artículo 87; Código Civil, art. 2151). ¿Cómo sabrán los terceros si el vendedor tiene un privilegio para los gastos? La inscripción es la que debiera informarles, y la inscripción no menciona los gastos y costas; la ley no lo exige y el conservador no podría agregar esta mención porque el contrato de venta no le da á conocer que el vendedor haya pagado los gastos. Habría, pues, un privilegio cuya existencia y monto no sería conocido por los terceros. Esto es incompatible con el sistema de la ley belga.

13. La ley no habla de los intereses del precio. Era inútil hablar de ellos. El Código guarda silencio acerca de este punto; no obstante, todos admitían que los intereses estaban privilegiados á título de accesorios; y es porque los intereses son accesorios del precio por lo que era inútil haberlos mencionado, teniendo necesariamente el accesorio la misma calidad que lo principal. Tal es la razón jurídica. ¿Por qué debe el comprador los intereses, ya sea en virtud del convenio ó en virtud de la ley? (art. 1052). Es porque el comprador goza de la cosa y percibe sus frutos; y este goce, que aprovecha al comprador, aprovecha también á sus acreedores; el motivo en el que está fundado el privilegio se aplica, pues, á los intereses tanto como al capital.

El único punto que fué controvertido bajo el imperio del Código Civil era la cuestión de saber si todos los intereses debidos por el comprador cuando su quiebra estaban pri-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

vilegiados ó si debía aplicarse á los privilegios la restricción que el art. 2151 establece en cuanto á las hipotecas. (1) La nueva ley zanja esta dificultad poniendo los privilegios en la misma línea que las hipotecas (art. 87); esto es una aplicación del principio de que los privilegios son hipotecas privilegiadas.

14. No pasa lo mismo con los daños y perjuicios que el comprador debe pagar por la inejecución del contrato, sea por sentencia del pago ó en virtud de una cláusula penal; éstos no son accesorios del precio. En efecto, el precio tiene por causa la transmisión de la propiedad de la cosa vendida, mientras que los daños y perjuicios tienen por causa la inejecución de las obligaciones contraídas por el comprador; el precio aprovecha á los demás acreedores, así como los intereses, porque es este crédito el que pone la cosa y los frutos en el patrimonio del deudor; los daños y perjuicios, al contrario, disminuyen el patrimonio del deudor sin compensación ninguna.

Hemos dicho en otro lugar que en la opinión común los gastos de las promociones que hace el acreedor privilegiado para obtener el pago de su crédito, es decir, de las costas, están privilegiados á título de accesorios. (2) En nuestro concepto las costas son daños y perjuicios; no se deben como compensación de la cosa ó de los frutos, se deben por la inejecución de la obligación contraída por el comprador, así como los daños y perjuicios; luego el derecho y la equidad se oponen á que estén privilegiados. (3)

15. El privilegio está ligado á la calidad del crédito; el vendedor está privilegiado porque el precio tiene por causa la translación de propiedad de la cosa vendida. Si el crédito del precio está extinguido y reemplazado por otro crédito

1 Pont, t. I, p. 181, núm. 192. Martou, t. II, p. 199, núm. 553.
2 Durantón, t. XIX, p. 217, núm. 163.
3 Bruselas, 29 Mayo de 1823 y 3 de Mayo de 1826 (Pasicrisia, 1823, p. 430, y 1826, p. 134). Aubry y Rau, t. III, ps. 167 y siguientes y nota 7, pfo. 262.



no puede ya tratarse de privilegio; el crédito privilegiado no existe ya y el nuevo crédito no tiene privilegio. El vendedor debe cuidarse mucho de novar su crédito; perdería no sólo su privilegio sino que también su derecho de resolución, pues, según los principios de la nueva ley, el derecho de resolución depende la conservación del privilegio. Por esto es que la nueva ley pone en principio que la novación no se presume; es necesario que la voluntad de operarla resulte claramente del acta (art. 1273). Este principio debe, sobre todo, recibir su aplicación cuando el crédito que se pretende novar está ya privilegiado; no se puede, seguramente, suponer que el vendedor consienta sin razón ninguna á renunciar á todas las garantías que la ley le concede para el pago del precio (tomo XVIII, núm. 288).

Por aplicación de este principio fué sentenciado que el crédito privilegiado subsiste, aunque el contrato de venta, después de haber indicado el precio en capital, lo convierta en una renta perpetua ó vitalicia. (1) Sucedería de otro modo si el precio, primeramente fijado en capital, fuera, posteriormente á la venta, convertido en renta; habría novación y, por tanto, extinción del privilegio. Se aplica á los privilegios lo que hemos dicho de las hipotecas al tratar de la novación, puesto que los privilegios no son más que hipotecas privilegiadas.

Lo mismo pasa si el precio está estipulado pagadero en vales de comercio. Esta cláusula, muy usada, ha dado lugar á muchas dificultades. Transladamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* (tomo XVIII, núms. 288-293)

*Núm. 3. En qué versa el privilegio.*

16. El vendedor tiene un privilegio en el inmueble vendido (art. 27, 1.°; Código Civil, art. 2103, 1.°) Porque la

1 Compárese Aubry y Rau, t. III, p. 168, notas 9 y 10, pfo. 263.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cosa vendida entra en el patrimonio del deudor y aprovecha á los demás acreedores es por lo que el vendedor goza de un privilegio para con éstos; siendo especial la causa del privilegio éste debe también serlo. De esto se sigue que si la venta tuvo sólo por objeto una parte de un inmueble el privilegio no grava las demás partes. (1)

17. Según el art. 45 (Código Civil, art. 2118) la hipoteca adquirida se extiende á los accesorios reputados inmuebles y á las mejoras sobrevenidas en el inmueble hipotecado. ¿Este principio se aplica al privilegio del vendedor? La cuestión está controvertida. En nuestro concepto debe decidirse afirmativamente. El privilegio es una hipoteca privilegiada; deben, pues, aplicarse á las hipotecas inmobiliares los principios que rigen las hipotecas. Es este argumento el que decidió la Corte de Casación, y nos parece perentorio. (2) Hay, sin embargo, un motivo de duda. La causa de privilegio es especial en el sentido de que el vendedor goza de preferencia para con los demás acreedores porque es la venta la que puso la cosa vendida en el patrimonio del comprador y que, en este sentido, los demás acreedores aprovechan de la venta. Y si el comprador levanta construcciones en el fundo vendido estas mejoras tienen su causa, no en la venta sino en otro hecho; los trabajos y el crédito que nace de estos trabajos es el mismo privilegiado. La objeción no es tan decisiva como parece. Por esto los autores que lo proponen lo hacen no sin hesitación: *parece*, dicen, que los privilegios del vendedor no deben extenderse á construcciones *enteramente* nuevas en un terreno no construido; de modo que si la construcción no fuera enteramente nueva el vendedor ejercería su privilegio. Estos mismos autores admiten que el privilegio del vendedor se extiende á los objetos muebles convertidos en inmuebles por perpetuo sitio. (1) Está concesión arruina el principio que se nos opone. Es bien seguro que puede decirse de los muebles convertidos en inmuebles por incorporación y de las construcciones que no son enteramente nuevas lo que se dice de las construcciones nuevas: todo valor agregado por el comprador á la cosa vendida es extraño á la causa del privilegio que la ley concede al vendedor. Si, pues, se quiere uno atener al principio de la especialidad del privilegio hay que decidir que el vendedor no tiene preferencia para con los demás acreedores más que en el valor que puso en el patrimonio del deudor común. Lo que equivale á decir que el art. 2118 (Ley Hipotecaria, art. 45) no es aplicable á los privilegios. Esta opinión absoluta no encontró nunca partidarios, es insostenible. En efecto, interpretando así el art. 2118 se derogaría el art. 2113, que consagra el principio dominante en esta materia; á saber: que el privilegio es una hipoteca privilegiada, principio que la nueva ley ha reproducido (arts. 36, 37, 87). ¿Pertenece al intérprete traer una excepción á una regla fundamental en materia de privilegio? El legislador hubiera podido, en nuestro concepto, y debiera hacerlo, pero no lo hizo. Hé aquí la situación: Admitir que el art. 2118 (Ley Hipotecaria, art. 45) no es aplicable á los privilegios, lo que nadie se atreve á sostener, ó admitir esta disposición como regla general con todas sus consecuencias.

18. Lo que decimos de las construcciones se aplica sin dificultad á los muebles inmobilizados por incorporación. Acerca de este punto todos están acordes. ¿Qué importa la especialidad del privilegio? La hipoteca es también especial; si se *extiende*, como dice la ley, á los *accesorios* reputados

1 Véase una aplicación en Denegada, Sala Civil, 13 de Julio de 1841 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 437).

2 Denegada, 15 de Julio de 1867 (Dalloz, 1868, 1, 269). Burdeos, 28 de Abril de 1873 (Dalloz, 1874, 2, 57). Hay dos decisiones en sentido contrario (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 435).



1 Aubry y Rau, t. III, p. 410 y nota 5, pfo. 284 y los autores que citan. En sentido contrario, Martou, t. II, p. 262, núm. 558.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

inmuebles es por aplicación del principio de que el accesorio sigue del principal. El privilegio recae en la cosa; luego todo lo que se ligue á ella. Jurídicamente no se comprende la cosa principal, ya sea que el fundo esté gravado con un privilegio ó que el accesorio, las construcciones ó muebles incorporales, no lo estén.

¿Se necesita aplicar el principio á los objetos mobiliares que se hallan en un fundo para su explotación sin estar incorporados á él? En nuestro concepto sí. Si se admite el principio se deben admitir las consecuencias; los inmuebles por destino son accesorios como los inmuebles por incorporación; luego el texto del art. 2118 es aplicable. ¿Con qué derecho distinguen los intérpretes cuando la ley no lo hace? La Corte de Poitiérs juzgó que el privilegio del vendedor no se extiende al *cheptel* que está ligado al fundo por el adquirente. Dice que para extender el privilegio del vendedor á los *chepteles* se necesitaría una disposición terminante de la ley porque los privilegios son de derecho estricto. La Corte, sin embargo, admite que los objetos mobiliares hechos inmuebles por incorporación están heridos por el privilegio. ¿Hay alguna ley expresa que lo diga? Nó, salvo el art. 2118 (Ley Hipotecaria, art. 45) y; esta disposición habla de todos los accesorios *reputados inmuebles*, luego de todos los objetos hechos inmuebles. ¿Tiene la Corte el derecho de distinguir donde la ley no distingue? Pertenece al juez, dice, apreciar lo que, mueble por naturaleza, debe *reputarse inmueble*. (1) Esto no es exacto; hay textos que declaran lo que se reputa inmueble, y ninguna ley, ningún principio, dan en esta materia el poder más pequeño á los tribunales.

### § II.—Privilegios del copermutante.

19. La ley concede en segundo lugar un privilegio á los

1 Poitiérs, 22 de Marzo de 1848 [Dalloz, 1850, 2, 46].



copermutantes sobre los inmuebles recíprocamente cambiados (art. 27, 2.°). Desde luego lo tienen para el pago de *saldos* y *devoluciones*. Hasta concurrencia del saldo el cambio es una venta; si yo cambio un inmueble que vale 30,000 francos por otro que valga 20,000 no hay cambio más que por el valor de 20,000 francos, hay venta por el saldo de 10,000 que debe pagar el otro cambista. Hay igual razón para privilegiar el saldo y el precio de la venta, porque el saldo hace entrar la parte del inmueble por la que se ha estipulado al patrimonio del copermutante que debe pagarlo; luego hay motivos idénticos. Hé aquí por qué se admite el privilegio del cambista por el saldo bajo el imperio del Código Civil, aunque el Código no declara expresamente un privilegio á los copermutantes. (1)

La ley no dice que el acta debe decir que el saldo se debe; el privilegio en teoría existe, pues, aunque no hubiera acta ni se mencionara que se debía el saldo; pero esto sería un privilegio ineficaz en el sentido de que no podría conservarse por la transcripción. Si, pues, el cambista quiere aprovecharse de la facultad de conservar su privilegio por la transcripción debe redactar acta auténtica y declarar en ella que el saldo no está pagado. Se aplica al cambista lo que dijimos del revendedor (núm 576).

20. El cambio está regido en general por los principios de la venta. De aquí se sigue que el copermutante deudor del saldo debe los intereses de pleno derecho si la cosa produce frutos; los intereses están privilegiados por aplicación de los principios que hemos establecido para la venta (número 13).

21. La ley da también un privilegio al cambista «para el pago de la suma fija que estuviera determinada en el acta á título de daños y perjuicios en caso de evicción.» El cambista que pierde, ya sea en una acción de reivindicación, ya

1 Pont, t. I, p. 174, núm. 187 y las autoridades que cita.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

inmuebles es por aplicación del principio de que el accesorio sigue del principal. El privilegio recae en la cosa; luego todo lo que se ligue á ella. Jurídicamente no se comprende la cosa principal, ya sea que el fundo esté gravado con un privilegio ó que el accesorio, las construcciones ó muebles incorporales, no lo estén.

¿Se necesita aplicar el principio á los objetos mobiliares que se hallan en un fundo para su explotación sin estar incorporados á él? En nuestro concepto sí. Si se admite el principio se deben admitir las consecuencias; los inmuebles por destino son accesorios como los inmuebles por incorporación; luego el texto del art. 2118 es aplicable. ¿Con qué derecho distinguen los intérpretes cuando la ley no lo hace? La Corte de Poitiérs juzgó que el privilegio del vendedor no se extiende al *cheptel* que está ligado al fundo por el adquirente. Dice que para extender el privilegio del vendedor á los *chepteles* se necesitaría una disposición terminante de la ley porque los privilegios son de derecho estricto. La Corte, sin embargo, admite que los objetos mobiliares hechos inmuebles por incorporación están heridos por el privilegio. ¿Hay alguna ley expresa que lo diga? Nó, salvo el art. 2118 (Ley Hipotecaria, art. 45) y; esta disposición habla de todos los accesorios *reputados inmuebles*, luego de todos los objetos hechos inmuebles. ¿Tiene la Corte el derecho de distinguir donde la ley no distingue? Pertenece al juez, dice, apreciar lo que, mueble por naturaleza, debe *reputarse inmueble*. (1) Esto no es exacto; hay textos que declaran lo que se reputa inmueble, y ninguna ley, ningún principio, dan en esta materia el poder más pequeño á los tribunales.

### § II.—Privilegios del copermutante.

19. La ley concede en segundo lugar un privilegio á los

1 Poitiérs, 22 de Marzo de 1848 [Dalloz, 1850, 2, 46].



copermutantes sobre los inmuebles recíprocamente cambiados (art. 27, 2.°). Desde luego lo tienen para el pago de *saldos* y *devoluciones*. Hasta concurrencia del saldo el cambio es una venta; si yo cambio un inmueble que vale 30,000 francos por otro que valga 20,000 no hay cambio más que por el valor de 20,000 francos, hay venta por el saldo de 10,000 que debe pagar el otro cambista. Hay igual razón para privilegiar el saldo y el precio de la venta, porque el saldo hace entrar la parte del inmueble por la que se ha estipulado al patrimonio del copermutante que debe pagarlo; luego hay motivos idénticos. Hé aquí por qué se admite el privilegio del cambista por el saldo bajo el imperio del Código Civil, aunque el Código no declara expresamente un privilegio á los copermutantes. (1)

La ley no dice que el acta debe decir que el saldo se debe; el privilegio en teoría existe, pues, aunque no hubiera acta ni se mencionara que se debía el saldo; pero esto sería un privilegio ineficaz en el sentido de que no podría conservarse por la transcripción. Si, pues, el cambista quiere aprovecharse de la facultad de conservar su privilegio por la transcripción debe redactar acta auténtica y declarar en ella que el saldo no está pagado. Se aplica al cambista lo que dijimos del revendedor (núm 576).

20. El cambio está regido en general por los principios de la venta. De aquí se sigue que el copermutante deudor del saldo debe los intereses de pleno derecho si la cosa produce frutos; los intereses están privilegiados por aplicación de los principios que hemos establecido para la venta (número 13).

21. La ley da también un privilegio al cambista «para el pago de la suma fija que estuviera determinada en el acta á título de daños y perjuicios en caso de evicción.» El cambista que pierde, ya sea en una acción de reivindicación, ya

1 Pont, t. I, p. 174, núm. 187 y las autoridades que cita.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

en una hipotecaria, puede repetir la cosa que dió en cambio ó reclamar daños y perjuicios (art. 1705). La repetición no es otra cosa más que la acción de resolución fundada en la condición resolutoria tácita. Los daños y perjuicios que el cambista puede pedir representan el valor del inmueble, más la pérdida que sufrió ó la garantía que dejó de tener; la ley belga le da un privilegio para el pago de los daños y perjuicios, bajo condición de que el acta determine una suma fija á título de daños y perjuicios; es decir, que esté valuada en dinero. ¿Cuál es el motivo del privilegio y de la condición que la ley exige para su existencia?

Cuando el cambista vencido reclama daños y perjuicios el cambio queda mantenido, pero el copermutante despojado, no recibiendo un fundo en cambio del que entregó, tiene derecho al valor del fundo de que fué despojado. Resulta de esto que el cambio en esta hipótesis produce los efectos de una venta. Uno de los copermutantes guarda el inmueble que recibió y paga su precio bajo la forma de daños y perjuicios. Aquel á quien se deben estos daños y perjuicios debe, pues, tener un privilegio para el pago de la suma á que tiene derecho, puesto que dicha suma representa el precio de la cosa que entregó á su copermutante.

La ley agrega como condición que el acta de cambio fije la cifra de daños y perjuicios. Si el acta no contiene este avalúo el cambista no tendrá privilegio. Esta condición procede del modo de publicidad organizado por la ley. Según el art. 31 el copermutante conserva su privilegio por la transcripción del contrato de cambio estipulando una suma fija á título de daños y perjuicios en caso de evicción. Para que la transcripción haga público el privilegio es necesario, naturalmente, que el acta mencione el crédito privilegiado. Esto prueba que en el pensamiento del legislador el privilegio del copermutante se conserva por la transcripción más bien que por la inscripción, aunque la ley ligue al acta



última la conservación de los privilegios; y la inscripción podría, en rigor, hacerse sin que el acta de cambio valuase los daños y perjuicios, puesto que la ley no lo exige.

22. Teniendo el cambista, como el acreedor, una acción de resolución y un privilegio debe decirse del concurso de estos dos derechos lo que hemos dicho en materia de venta (núm. 2). Según los principios del Cópigo Civil el derecho de resolución era independiente del privilegio y podía ejercerse aunque el cambista estuviera decaído de su privilegio. La ley nueva estableció el principio contrario declarando que el derecho de resolución depende de la conservación del privilegio. Volveremos á este punto al explicar el art. 28.

### § III.—Privilegio del donante.

23. El tercer privilegio inmobiliar es el del donante en el inmueble dado para los cargos pecuniarios á otras prestaciones líquidas impuestas al donatario (art. 27, núm. 3). Cuando la donación se hace sin cargo no puede tratarse de un privilegio del donante, puesto que no tiene acción contra el donatario, y sin crédito no puede haber privilegio. Cuando el donante impone un cargo al donatario tiene una acción contra éste para obligarlo á ejecutarlo. La ley garantiza este crédito con un privilegio por analogía, con el que concede para el pago del precio. En efecto, la donación es una venta hasta concurrencia del monto del cargo; si doy un inmueble que vale 30,000 francos, suponiendo al donatario un cargo de 10,000, el acta no es una liberalidad más que por 20,000 francos; para el excedente es un contrato á título oneroso; si el cargo consiste en una suma de dinero el contrato tiene los efectos de una venta; esto es tan verdadero que el donatario despojado tiene una acción de garantía contra el donante por razón del cargo que cumplió; el donante debe, pues, tener el privilegio del vendedor.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

en una hipotecaria, puede repetir la cosa que dió en cambio ó reclamar daños y perjuicios (art. 1705). La repetición no es otra cosa más que la acción de resolución fundada en la condición resolutoria tácita. Los daños y perjuicios que el cambista puede pedir representan el valor del inmueble, más la pérdida que sufrió ó la garantía que dejó de tener; la ley belga le da un privilegio para el pago de los daños y perjuicios, bajo condición de que el acta determine una suma fija á título de daños y perjuicios; es decir, que esté valuada en dinero. ¿Cuál es el motivo del privilegio y de la condición que la ley exige para su existencia?

Cuando el cambista vencido reclama daños y perjuicios el cambio queda mantenido, pero el copermutante despojado, no recibiendo un fundo en cambio del que entregó, tiene derecho al valor del fundo de que fué despojado. Resulta de esto que el cambio en esta hipótesis produce los efectos de una venta. Uno de los copermutantes guarda el inmueble que recibió y paga su precio bajo la forma de daños y perjuicios. Aquel á quien se deben estos daños y perjuicios debe, pues, tener un privilegio para el pago de la suma á que tiene derecho, puesto que dicha suma representa el precio de la cosa que entregó á su copermutante.

La ley agrega como condición que el acta de cambio fije la cifra de daños y perjuicios. Si el acta no contiene este avalúo el cambista no tendrá privilegio. Esta condición procede del modo de publicidad organizado por la ley. Según el art. 31 el copermutante conserva su privilegio por la transcripción del contrato de cambio estipulando una suma fija á título de daños y perjuicios en caso de evicción. Para que la transcripción haga público el privilegio es necesario, naturalmente, que el acta mencione el crédito privilegiado. Esto prueba que en el pensamiento del legislador el privilegio del copermutante se conserva por la transcripción más bien que por la inscripción, aunque la ley ligue al acta



última la conservación de los privilegios; y la inscripción podría, en rigor, hacerse sin que el acta de cambio valuase los daños y perjuicios, puesto que la ley no lo exige.

22. Teniendo el cambista, como el acreedor, una acción de resolución y un privilegio debe decirse del concurso de estos dos derechos lo que hemos dicho en materia de venta (núm. 2). Según los principios del Cópigo Civil el derecho de resolución era independiente del privilegio y podía ejercerse aunque el cambista estuviera decaído de su privilegio. La ley nueva estableció el principio contrario declarando que el derecho de resolución depende de la conservación del privilegio. Volveremos á este punto al explicar el art. 28.

### § III.—Privilegio del donante.

23. El tercer privilegio inmobiliar es el del donante en el inmueble dado para los cargos pecuniarios á otras prestaciones líquidas impuestas al donatario (art. 27, núm. 3). Cuando la donación se hace sin cargo no puede tratarse de un privilegio del donante, puesto que no tiene acción contra el donatario, y sin crédito no puede haber privilegio. Cuando el donante impone un cargo al donatario tiene una acción contra éste para obligarlo á ejecutarlo. La ley garantiza este crédito con un privilegio por analogía, con el que concede para el pago del precio. En efecto, la donación es una venta hasta concurrencia del monto del cargo; si doy un inmueble que vale 30,000 francos, suponiendo al donatario un cargo de 10,000, el acta no es una liberalidad más que por 20,000 francos; para el excedente es un contrato á título oneroso; si el cargo consiste en una suma de dinero el contrato tiene los efectos de una venta; esto es tan verdadero que el donatario despojado tiene una acción de garantía contra el donante por razón del cargo que cumplió; el donante debe, pues, tener el privilegio del vendedor.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Si el cargo consiste en otra prestación ya no hay venta, pero hay un contrato análogo, y la analogía es perfecta en lo que se refiere al privilegio; lo que hace la calidad del precio preferible á los demás créditos es que el precio es la causa de la obligación de vender, á consecuencia de lo cual la cosa vendida aumenta el patrimonio del deudor, y la prestación estipulada á título de cargo por el donante tiene el mismo efecto, está considerada como causa de aquella parte de la donación que corresponde al cargo, y si la tercera parte de los bienes dados entra en el patrimonio del donatario gravado con un cargo sin el que estos bienes no se hubieran convertido en la prenda de sus acreedores es justo que éstos sufran el cargo en el sentido de que el acreedor de los cargos les sea preferido si no se enriquecerían á expensas del donante.

24. La ley prescribe una condición para la existencia del privilegio. Es necesario que el acta de donación dé á conocer la prestación y su monto. El privilegio del donante se conserva por la transcripción; se debe, pues, aplicar al donante lo que hemos dicho del vendedor y del copermutante (núms. 5, 6 y 19). Cuando la prestación consiste en una suma de dinero el acta de donación debe dar á conocer á los terceros la cifra exacta del cargo, puesto que el acta debe ser transcripta en el registro del conservador. Si el cargo consiste en prestaciones de mercancías ó en una obligación de hacer debe ser liquidada; es decir, valuada en dinero, con el fin de que la transcripción de la donación dé á conocer á los terceros cuál es el monto de los cargos por razón de los que son preferidos por el donante. (1)

25. El donante tiene también una acción de revocación cuando el donatario no ejecuta los cargos (art. 954). Esto es una acción de resolución enteramente análoga á la del vendedor. El donante tiene, pues, dos derechos como el

1 Delebecque, Comentario, p. 138, núm. 167. Cloes, t. I, p. 400.



vendedor y el cambista la acción de resolución y el privilegio. La primera es dependiente de la conservación del privilegio, como lo diremos al explicar el art. 28.

### § IV.—Privilegio de los copartícipes.

26. La ley concede un privilegio á los copartícipes por diversas causas: 1.° por el pago de sus saldos; 2.° por el pago del precio de la licitación; 3.° para asegurar el recurso que la ley da á los copartícipes en caso de evicción. ¿Cuál es el motivo de estos diversos privilegios? La causa difiere de la que hemos dado para justificar el privilegio del vendedor, del cambista y del donante; en estos tres casos hay transmisión de propiedad y, por consiguiente, aumento del patrimonio del deudor común á consecuencia de la venta, del cambio ó de la donación. No sucede lo mismo con la partición; no es translativa de propiedad, sólo declara cuáles han sido los derechos de los copartícipes desde el momento en que comenzó la indivisión; la partición no enriquece, pues, el patrimonio del deudor, y por este punto el privilegio no tendría razón de ser. Pero el privilegio se justifica por otra consideración. La partición sólo liquida derechos preexistentes, la igualdad es de esencia de esta liquidación; y para que la igualdad sea real es necesario que aquellos de los copartícipes que tienen una acción para restablecerla tengan una garantía para el pago de sus créditos. Por esto es que la ley concede un privilegio á los créditos que nacen de la partición y que tienen por objeto mantener la igualdad entre los copartícipes.

Tal es el saldo que supone una partición desigual, puesto que el lote gravado por el saldo comprende bienes por un valor superior á los que forman el lote del acreedor del saldo. De esto la devolución del lote; pudiendo esta devo-



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Si el cargo consiste en otra prestación ya no hay venta, pero hay un contrato análogo, y la analogía es perfecta en lo que se refiere al privilegio; lo que hace la calidad del precio preferible á los demás créditos es que el precio es la causa de la obligación de vender, á consecuencia de lo cual la cosa vendida aumenta el patrimonio del deudor, y la prestación estipulada á título de cargo por el donante tiene el mismo efecto, está considerada como causa de aquella parte de la donación que corresponde al cargo, y si la tercera parte de los bienes dados entra en el patrimonio del donatario gravado con un cargo sin el que estos bienes no se hubieran convertido en la prenda de sus acreedores es justo que éstos sufran el cargo en el sentido de que el acreedor de los cargos les sea preferido si no se enriquecerían á expensas del donante.

24. La ley prescribe una condición para la existencia del privilegio. Es necesario que el acta de donación dé á conocer la prestación y su monto. El privilegio del donante se conserva por la transcripción; se debe, pues, aplicar al donante lo que hemos dicho del vendedor y del copermutante (núms. 5, 6 y 19). Cuando la prestación consiste en una suma de dinero el acta de donación debe dar á conocer á los terceros la cifra exacta del cargo, puesto que el acta debe ser transcripta en el registro del conservador. Si el cargo consiste en prestaciones de mercancías ó en una obligación de hacer debe ser liquidada; es decir, valuada en dinero, con el fin de que la transcripción de la donación dé á conocer á los terceros cuál es el monto de los cargos por razón de los que son preferidos por el donante. (1)

25. El donante tiene también una acción de revocación cuando el donatario no ejecuta los cargos (art. 954). Esto es una acción de resolución enteramente análoga á la del vendedor. El donante tiene, pues, dos derechos como el

1 Delebecque, Comentario, p. 138, núm. 167. Cloes, t. I, p. 400.



vendedor y el cambista la acción de resolución y el privilegio. La primera es dependiente de la conservación del privilegio, como lo diremos al explicar el art. 28.

### § IV.—Privilegio de los copartícipes.

26. La ley concede un privilegio á los copartícipes por diversas causas: 1.° por el pago de sus saldos; 2.° por el pago del precio de la licitación; 3.° para asegurar el recurso que la ley da á los copartícipes en caso de evicción. ¿Cuál es el motivo de estos diversos privilegios? La causa difiere de la que hemos dado para justificar el privilegio del vendedor, del cambista y del donante; en estos tres casos hay transmisión de propiedad y, por consiguiente, aumento del patrimonio del deudor común á consecuencia de la venta, del cambio ó de la donación. No sucede lo mismo con la partición; no es translativa de propiedad, sólo declara cuáles han sido los derechos de los copartícipes desde el momento en que comenzó la indivisión; la partición no enriquece, pues, el patrimonio del deudor, y por este punto el privilegio no tendría razón de ser. Pero el privilegio se justifica por otra consideración. La partición sólo liquida derechos preexistentes, la igualdad es de esencia de esta liquidación; y para que la igualdad sea real es necesario que aquellos de los copartícipes que tienen una acción para restablecerla tengan una garantía para el pago de sus créditos. Por esto es que la ley concede un privilegio á los créditos que nacen de la partición y que tienen por objeto mantener la igualdad entre los copartícipes.

Tal es el saldo que supone una partición desigual, puesto que el lote gravado por el saldo comprende bienes por un valor superior á los que forman el lote del acreedor del saldo. De esto la devolución del lote; pudiendo esta devo-



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

lución ser ilusoria á consecuencia de la insolvencia del deudor la ley da una garantía real al acreedor gravando con un privilegio los bienes que están comprendidos en el lote cargado con el saldo. Se puede agregar que el saldo es el precio de las partes de bienes que exceden la parte hereditaria del copartícipe deudor del saldo. Esto, en materia de partición, recuerda, pues, el saldo en materia de cambio y de precio de venta. Esto es un motivo secundario que justifica el privilegio especial que la ley crea en favor de los copartícipes.

Hay lugar á la licitación, es decir, á la venta á remate cuando una cosa común de varias no puede ser partida cómodamente y sin pérdida, ó si en una partición voluntaria de bienes comunes se encuentran algunos que ninguno de los copartícipes pueda ó quiera tomar. Se vende en este caso la cosa no repartible y el precio se distribuye entre los copropietarios (art. 1686). La licitación es ya una venta, ya equivale á una partición. Es una venta en cuanto un extraño se hace adjudicatario, lo que es siempre el caso en la segunda hipótesis prevista por el art. 1636; los copartícipes tienen entonces el privilegio del vendedor. Cuando la cosa se adjudica á uno de los comuneros la licitación substituye la partición. ¿Por qué los copropietarios del adjudicatario gozan de un privilegio en el precio? Su parte en este precio les sirve de parte en la cosa; importa, pues, darles una garantía para el pago del precio, si no estarían en riesgo de no obtener la parte á que tienen derecho.

Cuando uno de los copartícipes está despojodo de una cosa comprendida en su lote tiene una acción de garantía contra los demás comuneros para que se le indemnice de la pérdida que le causó la evicción (artículos 884-885). Este recurso de garantía tiene por objeto restablecer la igualdad entre los copartícipes; la ley lo privilegia con el fin de asegurar el pago de la indemnización y, por consiguiente, el mantenimiento de la igualdad entre los copartícipes.



27. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para que los comuneros tengan derecho á los privilegios de la partición? Primero es necesario que haya partición. Es casi una perogrullada decirlo, y se pudiera creer que esto es escolástica. Nó, no hubiéramos pensado en exigir esta condición, que se entiende, si no hubiera sido contestada en justicia. (1) Los comuneros tienen, durante la división, derechos y obligaciones; ¿pueden por este punto reclamar un privilegio? Así se ha pretendido; esto es una de esas pretensiones que se tiene pena en comprender, si no en los litigantes, cuando menos en sus consejeros; se entiende que ha sido desechada. No basta ser coheredero y tener derechos como tal para estar privilegiado, es necesario que haya un crédito privilegiado. Y todo crédito para cuya garantía la ley concede un privilegio á los coherederos nace de la partición é implica, por consiguiente, la existencia de esta partición, el saldo, el precio de la licitación, el recurso de evicción; fuera de estos créditos no hay privilegios, porque no los hay sin texto.

28. El privilegio de los comuneros supone que la indivisión ha cesado por una partición y que de esta partición resultan créditos privilegiados por saldo, precio de licitación ó garantía. Estos créditos no sólo nacen de la partición entre coherederos; toda partición entre comuneros, cualquiera que sea la causa de la indivisión, puede dar lugar á un saldo, á una licitación ó á una acción de indemnización, si uno de los copartícipes está despojado, y donde existe la causa del privilegio debe también existir el privilegio. El Código Civil no mencionaba más que á los herederos en el art. 2103, pero el art. 2019 hablaba en términos generales de los copartícipes; nuestra ley menciona á unos y

1 Agén, 6 de Agosto de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 27). Compárese el t. X de estos Principios, núms. 212 á 224.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

otros para que se esté bien seguro de que el privilegio pertenece á todos aquellos que encontrándose en indivisión hacen la partición de los bienes comunes. (1)

Se ha dudado de que las particiones de ascendientes déa lugar á los privilegios establecidos por la Ley Hipotecaria. La razón de dudar es el carácter ambiguo de este acto. Es un acto translativo de propiedad y al mismo tiempo una partición; este doble carácter es fuente de dificultades las más graves, pero no podría haber una seria duda en nuestra cuestión. El mismo término de que se vale el legislador para calificar la donación ó el testamento por los cuales el ascendiente distribuye sus bienes entre sus hijos ó descendientes prueba que es una partición. Esta partición está sometida al principio de la igualdad, puesto que la ley admite la acción de rescisión por causa de lesión (artículo 1079; luego la ley tuvo también que garantizar la igualdad entre los copartícipes. La jurisprudencia está en este sentido, así como la doctrina (t. XV, núms. 83 y 85). (2)

29. ¿Cuáles son los créditos privilegiados? Ya los hemos enumerado (núm. 26). La aplicación ha suscitado dificultades bastante grandes. Una acta de partición supone al heredero en cuyo lote ha caído un fundo gravado con la servidumbre de toma de agua el cargo de mantener dicha servidumbre; la cláusula decía así: "Todas las reposiciones de manutención y otras, ya sea en las tomas de agua, ya en el viaducto, serán hechas sólo á costas del propietario del segundo lote." ¿Esta obligación estaba garantizada por el privilegio de saldo? Estando la obligación impuesta al lote que comprendía el fundo gravado en favor del lote que comprendía el fundo dominante hay que decir que había saldo en la más lata acepción de esta palabra. Este

1 Véanse los trabajos preparatorios de nuestra Ley Hipotecaria (Cloes, Comentario, t. I, p. 401, núm. 688).

2 Compárese Aubry y Rau, t. III, p. 171, nota 20, pfo. 263 y las autoridades que citan. Denegada, 7 de Abril de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 499).



no se contestaba, pero se pretendía que siendo real el cargo no daba lugar al privilegio, el cual es accesorio de un crédito; el primer juez desechó esta pretensión, pero fué admitida por la Corte de Lyon y, en el recurso, por la de Requisiciones, por motivo de que el cargo era inherente al fundo sirviente y lo seguía en manos de todo posesor de la herencia, y un tercer detentor no era seguramente un deudor personal; luego no había crédito y, por tanto, no había privilegio. (1) El principio invocado por la Corte de Casación es incontestable; ¿pero no saca de él una consecuencia errónea? El cargo impuesto al propietario de la heredad sirviente es seguramente personal en su principio; luego hay un crédito y, por tanto, un saldo. ¿Qué importa que la ley imprima á este crédito un carácter de realidad imponiendo la deuda á todo detentor del fundo? Esto no impide que haya un derecho en favor del propietario del fundo dominante resultante de la partición contra el heredero que tiene en su lote el fundo sirviente y contra sus legatarios. Y, según el texto, basta que exista un derecho; es restringir la ley el limitarla á un crédito puramente personal.

30. Se presenta una cuestión más difícil. Uno de los herederos goza de las cosas comunes durante la indivisión; por consiguiente, tiene obligación de devolver los frutos; ¿esta obligación es un saldo y está garantizado por un privilegio? Ya hemos examinado la cuestión en el título *De las Sucesiones* (t. X, núm. 642). La doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado por el privilegio de los copartícipes. (2)

31. Se pregunta si el privilegio de saldo se extiende á los intereses que se deben. La solución depende del punto de

1 Denegada, Sala Civil, después de deliberada en Sala de Consejo, 7 de Marzo de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 157).

2 Martou, t. II, p. 207, núm. 578. Aubry y Rau, t. III, p. 172 y nota 23, pfo. 263. Pont, t. I, p. 193, núm. 204.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

saber si el saldo produce intereses de pleno derecho. Hemos admitido la afirmativa (t. X, núm. 332). En esta opinión debe también admitirse la consecuencia que resulta del principio. Los intereses son un accesorio del crédito y con tal título privilegiados en los límites del art. 87 (Código Civil, art. 2151). (1)

32. ¿En qué bienes versa el privilegio de los copartícipes? Hay que distinguir las diversas causas por las cuales la ley concede un privilegio. Para el pago del saldo el copartícipe acreedor tiene un privilegio en todos los inmuebles comprendidos en el lote cargado con el saldo. Según el Código Civil el privilegio era más extenso, versaba en todos los inmuebles de la sucesión. El informe de la comisión del Senado explica el motivo de la restricción que la nueva ley trae al privilegio. El acreedor del saldo puede estipular garantías en el acta de partición si el privilegio, tal cual lo organiza la ley, no le da suficiente garantía; sus intereses quedan, pues, plenamente resguardados. En cuanto á los demás copartícipes tienen interés en que sus bienes no estén gravados de inscripciones inútiles. (2) Generalmente el privilegio, aun restringido á los inmuebles del lote gravado de saldo, será aún demasiado extenso, pues el saldo sólo es una parte del valor del lote; si el lote consiste en inmuebles, como se debe suponer, el privilegio pasará con mucho del monto del saldo. En este supuesto la ley dispone que el acta de partición puede restringir el privilegio á uno ó varios de los inmuebles comprendidos en el lote del copartícipe deudor. El espíritu de la ley es que las garantías que concede no pasen de las necesidades de aquel á quien las da; es en tal espíritu como organiza las hipotecas legales, y es también con esta mente que trata de limitar los privilegios cuando son excesivos.

1 Martou, t. II, p. 209, núm. 580. Pont, t. II, p. 198, núm. 207 *bis*.
2 D'Anethán, informe [Parent, p. 408].



33. En caso de licitación el privilegio versa en el bien licitado. La causa del privilegio es especial, el privilegio debe serlo también. Cuando un extraño es adjudicatario es el derecho común, puesto que los copartícipes son vendedores y el privilegio del vendedor sólo grava el bien vendido. Cuando es un comunero el adjudicatario el privilegio es también especial por su naturaleza y ofrece una garantía suficiente á los comuneros, puesto que su derecho no representa más que una parte del valor del inmueble licitado.

La extensión del privilegio en lo que se refiere al monto del crédito privilegiado da lugar á una dificultad cuando la adjudicación en licitación está seguida de una reventa por remate provocado por el adjudicatario. (1) Puede suceder que el precio de la adjudicación sea inferior al de la primera. En un caso sentenciado por la Corte de Rouen el inmueble primeramente licitado en 48,000 francos fué revendido en 26,000 francos; los herederos pretendieron que sus derechos estaban fijados por la primitiva venta, puesto que el primer postor quedaba deudor de la diferencia entre ambas adjudicaciones. La Corte responde, y la respuesta es perentoria, que este compromiso del postor es personal, mientras que el privilegio reclamado por los copartícipes es real, versa en el inmueble comprado por el segundo adjudicatario, quedando resuelta la primera venta; y el segundo comprador es sólo deudor del precio por el que el inmueble le fué adjudicado, luego el privilegio no puede ejercerse más que en esta suma, pues la garantía real no puede pasar del crédito. Se entiende que los copartícipes tienen acción contra el postor temerario; pero este derecho es puramente personal, no puede estar garantizado por un privilegio especial por su naturaleza y versando exclusivamente en el inmueble licitado; el postor temerario no es ya propie-

1 Martou, t. II, p. 210, núm. 582. Pont, t, I, p. 200, núm. 208.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tario del inmueble, puesto que la adjudicación está resuelta.

34. Bajo el imperio del Código Civil el privilegio de licitación presentaba otra dificultad. La licitación es ya una venta, ya una partición; y la ley sometía la conservación del privilegio de partición á condiciones diferentes; el copartícipe tenía que inscribir su privilegio en los sesenta días á partir del acta de partición ó de adjudicación por licitación, mientras que el privilegio del vendedor podía siempre ser inscripto útilmente (arts. 2108 y 2109). Importaba, pues, mucho saber si había venta ó partición. La dificultad se presentaba especialmente cuando uno de los coherederos vendía su parte indivisa á un comunero. (1) Este debate no tiene ya interés en lo que se refiere al privilegio, puesto que el privilegio del copartícipe y el del vendedor se conservan del mismo modo por la transcripción y que ningún plazo está prescripto para uno ni para otro.

35. El privilegio por causa de evicción versa en todos los muebles comprendidos en el lote de los garantes. ¿Por qué es general el privilegio en el sentido de que grava todos los inmuebles de la sucesión vencidos á los herederos deudores de la indemnización, mientras que el privilegio de saldo y de licitación es especial? El privilegio es una garantía del crédito; no puede, pues, existir más que donde hay un crédito. Y en caso de licitación los copartícipes sólo tienen acción personal contra el adjudicatario, luego no pueden tener privilegio más que en el inmueble licitado. Asímismo, cuando un lote está gravado con un saldo en favor de otro lote ambos coparticipes son, solos, uno deudor y el otro acreedor del saldo. Los demás coherederos no están obligados personalmente; por consiguiente, no lo pueden ser realmente, salvo estipulación contraria. (2)

1 Aubry y Rau, t. III, p. 171, notas 21 y 22, pfo. 263. Compárense estos Principios, t. X, núms 424 á 429.

2 Esta es la opinión emitida en el informe de la comisión del Senado [Parent, p. 408]. En sentido contrario, Martou, t. II, p. 217, núm. 586.



36. Cuál es la extensión del privilegio de garantía? Hay cuatro copartícipes sucediendo por partes iguales. El cuarto está despojado de un bien que vale 16,000 francos; tiene un recurso contra cada uno de sus tres copartícipes por 4000 francos. La cuestión está en saber si el privilegio versa en los inmuebles de cada lote por 4000 francos ó por todo el crédito que es de 12,000? Hay que aplicar el principio que acabamos de recordar. El privilegio sólo es accesorio del crédito y el copartícipe vencido no tiene acción contra los comuneros más que en el límite de sus partes hereditarias; siendo su recurso sólo de 4000 francos el privilegio no puede gravar los bienes de cada lote sino en el mismo límite.

Hay una dificultad en caso de insolvencia. Según el artículo 884 cada heredero está personalmente obligado, en proporción á su parte hereditaria, á indemnizar á su coheredero por la pérdida que le causó la evicción. Si uno de los coherederos es insolvente la porción que debe tiene que repartirse igualmente entre el garantizado y todos los herederos solventes. En el ejemplo que acabamos de dar el copartícipe despojado del valor de 16,000 francos tendrá un recurso contra cada comunero por 4000, más 1000 si uno de ellos es insolvente. Se pregunta si en este caso el privilegio puede ejercerse por 5000 francos. En principio la afirmativa no es dudosa, puesto que el privilegio garantiza todo el crédito nacido de la evicción; y el crédito es, en el caso, de 5000 francos; (1) pero hay una dificultad á consecuencia de la condición requerida por la nueva ley para la conservación del privilegio. Volveremos á ella (núm. 38).

37. El privilegio de garantía tal cual lo organiza la ley puede ser demasiado extenso; si en el ejemplo que hemos dado los bienes comprendidos en cada lote valen 25,000 francos siendo el crédito que nace de la evicción sólo de 4000

1 Pont, t. I, p. 192, núm. 202.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la garantía será excesiva. La ley permite en este caso limitar el privilegio; los copartícipes pueden restringirlo á una parte de los inmuebles juzgada necesaria para dar plena garantía al copartícipe vencido. Las partes contratantes no tenían necesidad de la autorización de la ley para modificar el privilegio que ésta les concede; el privilegio, aunque establecido por la ley, es de interés privado; las partes tienen, pues, libertad de renunciarlo ó restringirlo, pero no podrían extenderlo, puesto que no les pertenece crear privilegios. Si la ley autoriza la restricción del privilegio es de algún modo un consejo que da á las partes interesadas con el fin de evitar que sus bienes queden gravados con inscripciones inútiles, lo que perjudicaría su crédito sin aventajar al heredero vencido, puesto que se supone que el privilegio reducido bastará para asegurarle el pago de la indemnización.

38. Hay una condición requerida para el privilegio de garantía; sólo tiene lugar, dice el art. 27, cuando el acta de partición contenga la estipulación de una suma fijada para el caso de eviccion. Esta condición viene del modo de conservación que la ley ha prescripto para el privilegio de los copartícipes; se conserva por la transcripción del acta, la que debe, por consiguiente, dar á conocer á los terceros el monto exacto del crédito privilegiado. Si el acta no contiene un avalúo de la indemnización en caso de evicción el copartícipe vencido no tendría privilegio. El texto no deja ninguna duda acerca de este punto; esto es una nueva prueba de que en la mente de la ley el privilegio de los copartícipes, como los del vendedor, del cambista y del donante, se conservan por la transcripción más bien que por la inscripción.

La ley quiere que el acta contenga la estipulación de una *suma fija*. Hay, sin embargo, una eventualidad que es difícil preveer: es la de la insolvencia de uno de los copartícipes. ¿Cuál será en este caso el derecho del heredero vencido? Si la insolvencia no fué prevista en el acta de partición



el copartícipe vencido no tendrá privilegio por este punto, pues el privilegio no puede pasar de la suma fijada en el contrato. En vano se dirá que estando fijado por la ley el caso de insolvencia los terceros deben atenerse á un avalúo del crédito privilegiado que les es fácil calcular. La respuesta se encuentra en el texto del art. 27: quiere una suma fija. No es en la ley donde deben los terceros buscar las noticias que necesitan, es en la inscripción; el privilegio no puede nunca pasar del monto del crédito inscripto; es decir, de la suma fijada en el acta de partición.

39. El privilegio sólo está concedido por la ley para la garantía establecida por el art. 884; es necesario, pues, como condición esencial, que esta garantía se deba. Se aplican los principios que hemos expuesto en el título *De las Sucesiones*. Así el copartícipe vencido no tendrá derecho á la garantía ni, por consiguiente, á un privilegio, si la evicción procede de una causa posterior á la partición ó si la sufrió por su culpa. (1)

La ley está concebida en espíritu restrictivo. Esto resulta de los trabajos preparatorios. La comisión especial había propuesto suprimir el privilegio que el Código Civil concede en términos generales para la *garantía de la partición*. Este privilegio le parecía peligroso porque se trataba de un crédito inseguro en cuanto á su existencia é indeterminado en cuanto á su valor y duración. Por otra parte, este privilegio parecía inútil estando libres los copartícipes para estipular y consentir las garantías que juzguen convenientes. La proposición de abolir el privilegio de garantía no encontró favor; se le mantuvo, pero restriñendolo y permitiéndolo bajo condiciones que aseguraban su especialidad y su publicidad. (2) Desde luego el privilegio no está ya concedido

1 Pont, t. I, p. 192, núm. 202.
2 Informe de la comisión especial (Parent, p. 35). Informe de la comisión del Senado (Parent, p. 412).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

en términos vagos para la garantía de la partición: esto limita la garantía prevista por el art. 884; es, pues, necesario que haya evicción, tal como la doctrina y la jurisprudencia lo han definido fundadas en el texto del Código y en la tradicción. Se ha concluido de esto, con razón, que los copartícipes no tienen privilegio para los cargos que el acta de partición impone á uno de los partícipes. (1) Después el privilegio está restringido á la suma fija que el acta debe estipular para la indemnización para el comunero vencido. Si el monto del crédito pasa de esta cifra el copartícipe tiene para lo excedente sólo un crédito quirografario. Lo mismo sucedería si el crédito no entrara en los términos restrictivos del texto. Tal es el principio, nos servirá para resolver las dificultades que se presentan en la aplicación de la ley.

40. Uno de los copartícipes paga una deuda que estaba á cargo de otro comunero: ¿tiene por este punto privilegio de garantía? Si se admite el principio tal cual acabamos de formularlo la negativa es segura. En efecto, el pago de una deuda y el descargo de un copartícipe no entran en los términos restrictivos de la ley; no es esto un caso de evicción previsto por el art. 884. Esto es decisivo, puesto que no hay privilegio sin texto. Sin embargo, la opinión contraria prevalece en la jurisprudencia y en la doctrina, con discidencias, sin embargo, que no testifican en favor de la opinión común. Se invoca primero la tradición. Pothier enseña que el marido que paga una deuda en descargo de su mujer ó de sus herederos tiene una hipoteca privilegiada en los gananciales que la mujer tiene en la partición; da como razón que la mujer no puede tomar parte en los bienes de la comunidad sino á cargo de pagar sus deudas. (2) Contestamos que Pothier habla como legislador, no estaba

1 Cloes, t. I, p. 412, núm. 709. En sentido contrario Casier, núm. 273.
2 Pothier, De la comunidad, núm. 752.



ligado por ningún texto; tal no es la posesión de los intépretes modernos; el texto los encadena y este texto reproduce seguramente la doctrina de Pothier.

Los autores están devididos. Persil y Troplong sobre todo defienden la opinión de Pothier; insisten en la necesidad de mantener la igualdad entre copartícipes. (1) Este motivo se dirige al legislador: ¿dice la ley que el privilegio existe en todos los casos en que la igualdad estuviera comprometida? Grenier y Dourantón se atienen al texto y al principio de interpretación que domina esta materia. El Código no concede privilegio más que para los saldos y la garantía, y el pago de una deuda de sucesión no entra en ninguno de estos hechos. Es seguro que esta hipótesis no cae bajo la aplicación del art. 27 de nuestra ley más restritiva que el artículo 2103 del Código Civil (núm. 59). Martou, el excelente comentador de la Ley Hipotecaria, trató de aplicar al pago de una deuda el principio de saldo. (2) Esto es una sutileza que se podría admitir en rigor si la interpretación extensiva estuviera permitida en materia de privilegios, pero el principio contrario es de doctrina y de jurisprudencia. Cualquiera dificultad relativa á la existencia de un privilegio debe zanjarse con el texto; y el texto que conceda un privilegio para el *pago de los saldos* ó *el excedente de dotes* ¿es aplicable al caso en que uno de los copartícipes paga una deuda en descargo de otro? Nó, ateniéndose á la letra de la ley, y esta es decisiva. (3)

La Corte de Casación también se pronunció en favor de la opinión que combatimos. Después de haber citado el texto del art. 2103 dice que el objeto evidente de esta disposición es mantener la igualdad de las particiones, la que

1 En el mismo sentido, Aubry y Rau, t. III, p. 172, nota 24, pfo. 263.
2 Martou, t. II, p. 212, núm. 585. En sentido contrario, Cloes, t. I, p. 413, núm. 710.
3 Denegada, 2 de Abril de 1839 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 494).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

estaría herida á cada instante si la ley no asegurara entre coherederos el reembolso de la deuda hereditaria que uno se hubiera visto obligado á pagar por el otro. El argumento no es lógico. De que la ley quiso garantizar la igualdad de las particiones no se puede concluir que entendió conceder un privilegio en todos los casos en que la igualdad amenaza ser atacada; no se puede sobre todo concluirlo así cuando se trata de privilegios, porque esto es prevalecerse del espíritu de la ley contra el texto para extender un privilegio á un caso que la letra de la ley no prevee, lo que conduce á crear privilegios; ¿y la Corte de Casación no dice en todas sus sentencias que los privilegios son de derecho estrecho?

41. Un heredero está condenado á restituir sumas por él substraídas de la sucesión y disimuladas cuando la partición. ¿Tiene el copartícipe un privilegio por este punto? En tales términos fué presentada la cuestión ante la Corte de Agén; la negativa era segura, puesto que la ley no concede privilegio más que para los créditos que nacen de la partición. (1) La partición en este caso es desigual, pues el heredero que substrajo bienes no tiene ninguna parte en los bienes que intentó substraer á sus copartícipes; y la ley no da privilegio para garantizar en desigualdad de la partición. No porque dicha desigualdad no sea perfectamente justa, pero se trata de una pena y la ley descuidó de asegurar la ejecución de la penalidad que pronunció; concluimos de esto que aunque la condena fuera anterior á la partición sólo resultaría de ella una acción personal contra el heredero culpable; la razón para decidir nos parece evidente, la malversión no entra en el texto de la ley, luego no hay privilegio.

### § V.—Privilegio del arquitecto.

42. Los empresarios, arquitectos, albañiles y demás

1 Agén, 22 de Diciembre de 1846 (Dalloz, 1847, 2, 27).



obreros empleados en desmontar ó desecar pantanos para edificar, reconstruir ó reparar construcciones, canales ú otras obras cualesquiera, tienen un privilegio en el inmueble del que han aumentado el valor con su trabajo (artículo 27, 5.°; Código Civil, artículo 2103, 4.°) ¿Cuál es la causa de este privilegio? Al enunciarlo hemos dado sus motivos.

Los obreros, quienes por su trabajo dan un aumento de valor al inmueble, enriquecen al deudor y, por consiguiente, á sus acreedores; es de toda justicia que éstos les tengan cuenta del provecho que sacan. Y es en estos límites en los que la ley establece el privilegio; los acreedores no tienen privilegio más que por el aumento de valor que resulta de sus trabajos.

43. En el lenguaje de la escuela se llama á este privilegio el del arquitecto porque es ordinariamente éste quien lo ejerce, dando á la palabra *arquitecto* su más lata acepción. Además, pasa con este privilegio lo que con todos los demás: no está concedido á la persona, está ligado á la calidad del crédito. En este concepto la redacción del Código Civil dejaba que desear, parecia restringir el privilegio á ciertos trabajos consistentes en *edificar, reconstruir* ó *reparar*. Decimos que la ley parecía ser restrictiva; es seguro que no hay ninguna razón para restringir el privilegio á trabajos de construcción; toda obra que tiene por objeto aumentar el valor del fundo merece igualmente un privilegio porque la causa es idéntica. El proyecto sometido al Consejo de Estado no hablaba de los canales. Crétet pidió que se extendiera el privilegio á toda clase de construcción. Treillhard el relator de la Sección de Legislación declaró que aceptaba la enmienda y propuso redactarla como sigue: «Los canales, diques, *saneamientos* y demás obras.» Esta enmienda fué adoptada; consta en el acta y, sin embargo, la palabra *saneamiento* desapareció, no se sabe por qué ni por culpa de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

estaría herida á cada instante si la ley no asegurara entre coherederos el reembolso de la deuda hereditaria que uno se hubiera visto obligado á pagar por el otro. El argumento no es lógico. De que la ley quiso garantizar la igualdad de las particiones no se puede concluir que entendió conceder un privilegio en todos los casos en que la igualdad amenaza ser atacada; no se puede sobre todo concluirlo así cuando se trata de privilegios, porque esto es prevalecerse del espíritu de la ley contra el texto para extender un privilegio á un caso que la letra de la ley no prevee, lo que conduce á crear privilegios; ¿y la Corte de Casación no dice en todas sus sentencias que los privilegios son de derecho estrecho?

41. Un heredero está condenado á restituir sumas por él substraídas de la sucesión y disimuladas cuando la partición. ¿Tiene el copartícipe un privilegio por este punto? En tales términos fué presentada la cuestión ante la Corte de Agén; la negativa era segura, puesto que la ley no concede privilegio más que para los créditos que nacen de la partición. (1) La partición en este caso es desigual, pues el heredero que substrajo bienes no tiene ninguna parte en los bienes que intentó substraer á sus copartícipes; y la ley no da privilegio para garantizar en desigualdad de la partición. No porque dicha desigualdad no sea perfectamente justa, pero se trata de una pena y la ley descuidó de asegurar la ejecución de la penalidad que pronunció; concluimos de esto que aunque la condena fuera anterior á la partición sólo resultaría de ella una acción personal contra el heredero culpable; la razón para decidir nos parece evidente, la malversión no entra en el texto de la ley, luego no hay privilegio.

### § V.—Privilegio del arquitecto.

42. Los empresarios, arquitectos, albañiles y demás

1 Agén, 22 de Diciembre de 1846 (Dalloz, 1847, 2, 27).



obreros empleados en desmontar ó desecar pantanos para edificar, reconstruir ó reparar construcciones, canales ú otras obras cualesquiera, tienen un privilegio en el inmueble del que han aumentado el valor con su trabajo (artículo 27, 5.°; Código Civil, artículo 2103, 4.°) ¿Cuál es la causa de este privilegio? Al enunciarlo hemos dado sus motivos.

Los obreros, quienes por su trabajo dan un aumento de valor al inmueble, enriquecen al deudor y, por consiguiente, á sus acreedores; es de toda justicia que éstos les tengan cuenta del provecho que sacan. Y es en estos límites en los que la ley establece el privilegio; los acreedores no tienen privilegio más que por el aumento de valor que resulta de sus trabajos.

43. En el lenguaje de la escuela se llama á este privilegio el del arquitecto porque es ordinariamente éste quien lo ejerce, dando á la palabra *arquitecto* su más lata acepción. Además, pasa con este privilegio lo que con todos los demás: no está concedido á la persona, está ligado á la calidad del crédito. En este concepto la redacción del Código Civil dejaba que desear, parecia restringir el privilegio á ciertos trabajos consistentes en *edificar, reconstruir* ó *reparar*. Decimos que la ley parecía ser restrictiva; es seguro que no hay ninguna razón para restringir el privilegio á trabajos de construcción; toda obra que tiene por objeto aumentar el valor del fundo merece igualmente un privilegio porque la causa es idéntica. El proyecto sometido al Consejo de Estado no hablaba de los canales. Crétet pidió que se extendiera el privilegio á toda clase de construcción. Treillhard el relator de la Sección de Legislación declaró que aceptaba la enmienda y propuso redactarla como sigue: «Los canales, diques, *saneamientos* y demás obras.» Esta enmienda fué adoptada; consta en el acta y, sin embargo, la palabra *saneamiento* desapareció, no se sabe por qué ni por culpa de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

quién. (1) Esto demuestra cuando menos un gran descuido. Los privilegios no estaban concedidos para los saneamientos. La ley belga agregó el desmonte de las tierras y saneamiento de los pantanos, pero nada dice de los plantíos que no están comprendidos en las expresiones *desmontar, desecar, edificar, reconstruir y reparar*; y las palabras *ó cualquiera otra obra* no se refieren, como en el Código Civil, de donde las tomaron, más que á las *construcciones*. En lugar de enumerar los diversos trabajos hubiera sido más sencillo poner en principio que cualesquiera trabajos que aumentan el valor del fundo dan un privilegio al que procuró el aumento de valor.

44. Los términos de la ley son restrictivos en lo relativo á la calidad que deben tener para que el privilegio pertenezca á quien los ejecutó. Es necesario, según el art. 27, como según el Código Civil (art. 2103), que los empresarios, arquitectos, albañiles y demás obreros hayan sido *empleados* para hacer los trabajos de mejora. ¿*Empleados* por quién? Por el *propietario*, dice la continuación del artículo, que declara tener el deseo de ejecutar estos trabajos. El propietario que *emplea obreros* contrata con ellos; de este contrato nace un crédito; y es este crédito es el que está privilegiado hasta concurrencia del aumento de valor que resulta de los trabajos.

45. De ahí una primera consecuencia: es que los subempresarios y los obreros que tratan, no con el propietario sino con el empresario principal ó con el arquitecto ó el maestro albañil, no tienen privilegio. No pueden invocar el texto de la ley, pues no están empleados por el propietario; no tienen crédito contra él; desde luego es imposible que su crédito contra el empresario, que no es propietario del fundo, sea una garantía privilegiada en el fundo. Bien es verdad que los obreros son los que procuran el

1 Pont, t. I, p. 203, núm. 210.



aumento de valor con su trabajo, pero sólo lo procuran bajo la dirección del empresario ó del arquitecto, sólo son instrumentos, el alma es el director. La equidad está, pues, acorde con el derecho. En derecho no hay privilegio sin crédito y los obreros no tienen crédito contra el amo; y bajo el punto de vista de la equidad el aumento de valor no se debe á los trabajos puramente materiales, se debe al que dirige los trabajos; por consiguiente, el privilegio debe también pertenecerle.

Los obreros tienen, sin embargo, una acción contra el propietario: es la acción indirecta del art. 1166; acreedores del empresario pueden ejercer en nombre de su deudor la acción que éste tiene contra el dueño. Esta acción indirecta que los obreros tienen contra el propietario no les da las ventajas de una acción directa, pues promoviendo en nombre del empresario deben partir los beneficios con todos los acreedores de su deudor. Es para darles una garantía más fuerte por lo que el art. 1798 les concedió una acción directa contra el propietario hasta concurrencia de lo que éste es deudor hacia el empresario en el momento en que emprenden su acción. Transladamos en cuanto al principio al título *Del Arrendamiento*; sólo falta hacer la aplicación del art. 1798 al privilegio del arquitecto. La cuestión no deja de tener dificultades, por lo que las opiniones están divididas. En nuestro concepto la acción del art. 1798 no es otra que la del art. 1166; siempre es la acción del empresario la que ejercen los obreros; no pueden tener acción personal contra el propietario, puesto que no intervino ningún convenio entre éste y ellos; sólo tienen, pues, la acción indirecta del art. 1166; sólo que el beneficio de esta acción les está atribuida con exclusión de los demás acreedores del empresario.

Si tal es el sentido del art. 1798 debe concluirse que los



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

obreros ejercen la acción privilegiada del empresario contra el propietario. Decimos la acción privilegiada, pues es la acción del empresario tal cual le pertenece la que los artículos 1167 y 1798 combinados dan á los obreros; es decir, una acción provista de un privilegio; serán, pues, preferidos á los demás acreedores del propietario si, como se debe suponer, éste está en quiebra, pues sólo en este caso es cuando se trata de ejercer un privilegio; es decir, una preferencia para con los acreedores quirografarios. Sin embargo, los obreros no siempre tienen un derecho al privilegio para todo su crédito; no es su crédito lo que reclaman contra el dueño, es el crédito del empresario; luego cuando éste ha sido pagado en parte los obreros no tienen privilegio contra el propietario más que hasta concurrencia de lo que éste debe al arquitecto. (1)

46. Unos terceros que no han contratado directa ni indirectamente con el dueño no pueden tener el privilegio de aumento de valor que la ley da á los obreros *empleados por el propietario*. La proposición se encuentra motivada por los mismos términos que la enuncian y que están tomados del texto del Código Civil y de la Ley Hipotecaria: tales son los terceros posesores, el tercer detentor ó el usufructuario. Si hacen mejoras en el fundo que poseen ¿tienen por este punto el privilegio del arquitecto? La cuestión no tiene sentido; en efecto, las condiciones prescriptas por el texto mismo de la ley para la existencia del privilegio no pueden ser cumplidas. ¿Dónde está desde luego el contrato intervenido entre los poseedores y el propietario contra el que promueven? No hay ningún lazo jurídico entre ellos con relación á estos trabajos; los terceros posesores y los terceros detentores los hacen para sí y no como *empleados por el propietario*; ellos mismos son propietarios si obran

1 Véase, en sentido diverso, Aubry y Rau, t. III p. 174, nota 31. Mourlón, Examen crítico, t. II, p. 555, núm. 176; Pont, t. I, p. 203, núm. 210.



como tales. Las demás condiciones que enumeraremos más adelante no pueden tampoco ser llenadas. Esto es de tal evidencia que es inútil insistir. (1)

Sin embargo, la jurisprudencia reconoció un derecho de preferencia, luego un privilegio, á los que hacen un trabajo de mejora ó de conservación en un fundo. Mejor dicho, la jurisprudencia es incierta y confusa en esta materia; lo que en ella domina es la falta completa de todo principio. La Corte de Casación confirmó una sentencia que á la vez que negaba á los terceros detentores de un inmueble hipotecado el privilegio del arquitecto juzgaba que el detentor podía ejercer un derecho de propietario en las mejoras debidas á sus trabajos; de manera que se le niega un privilegio y se le concede más que un prinvilegio: un derecho de propiedad. (2) La Corte cita el art. 2175; volveremos á ello; basta leer para convencerse de que no se trata ni de un derecho de propiedad ni de un privilegio.

Hay otra sentencia de la Corte de Casación que sería difícil justificar y aun excusar. Un adjudicatario ejecuta trabajos que tiene cuidado de hacer constar por arquitecto. Después ocurre un remate. Se abre una orden: el primer adjudicatario pide se le coloque de preferencia por sus gastos y por sus costas de experticia. Esta extraña reclamación fué acogida por la Corte de Orleáns y en el recurso recayó una sentencia de denegada, más extraña aún. La Corte comenzó por comprobar que los trabajos eran necesarios, urgentes; de donde concluyó que el adquirente al hacer las reparaciones conservaba un inmueble que sin sus desembolsos habría perecido. ¿Con qué objeto establecer que se trataba de trabajos de conservación? ¿Es que la ley concede un privilegio para estos trabajos? Todavía basta

1 Aubry y Rau, t. III, p. 174, nota 32, pfo. 263, y en sentido diverso los autores que citan.

2 Denegada, 23 de Noviembre de 1838 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 959, 1. °).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

con leer el texto del art. 2103 (Ley Hipotecaria, art. 27) para convencerse de que la ley no habla de trabajos de conservación. (1) Sin embargo, la Corte de Casación, fundándose en el carácter conservatorio de los trabajos, dedujo que el que los había ejecutado gozaba de un privilegio. ¿Y el motivo? «En derecho, contesta la Corte, los artículos 2103 y 2175 (Ley Hipotecaria, arts. 27 y 103), que limitan el privilegio al monto del aumento de valor, no son aplicables al caso, puesto que el art. 2103 habla de las obras útiles en verdad, pero voluntarias, y á las que la existencia misma de la cosa no está ligada.» (2) Si el art. 2103 no es aplicable preguntaremos á la Corte cuál es la disposición de la ley en la que funda el privilegio de conservación. En vano se la buscaría en el Código Civil. La Corte admite, pues, un privilegio sin texto. ¡Dice y repite que los privilegios son de derecho estricto y ella crea un privilegio! Los Sres. Aubry y Rau dicen que la jurisprudencia, á la vez que reconoce al tercero detentor y al usufructuario el derecho de reclamar colocación por preferencia por los gastos hechos por ellos, no les atribuye el privilegio establecido por el art. 2103. ¿Y qué importa? Un derecho de preferencia ejercido en un orden abierto en el precio del inmueble no puede ser más que un privilegio ó una hipoteca (Código Civil, arts. 2093 y 2094; Ley Hipotecaria, arts. 8 y 9); y en la especie no hay ni hipoteca ni privilegio luego la Corte hizo la ley en vez de interpretarla.

47. El art. 2103 del Código Civil agregaba, núm. 5: «Los que han prestado el dinero para pagar ó reembolsar á los obreros gozan del mismo privilegio con tal que este empleo sea auténticamente comprobado por el acta de préstamo y por el recibo de los obreros.» Esta disposición no es-

1 Juzgado así por la Corte de París, 15 de Noviembre de 1875 (Dalloz, 1877, 2, 99).

2 Denegada, 11 de Noviembre de 1824 [Dalloz, en la palabra Privilegios, número 460, 1.°].



tá reproducida por la ley belga porque era inútil; nos transladamos á lo dicho acerca de la disposición análoga relativa á los prestamistas del dinero empleado en la adquisición de un inmueble (núm. 3).

48. ¿Cuál es el crédito privilegiado? Es el que pertenece á los arquitectos, contratistas ú obreros contra el patrón en razón de los trabajos ejecutados. ¿Los acreedores tienen también privilegio por los intereses á los que tendrían derecho en virtud de la convención ó de una sentencia? Bajo el imperio del Código Civil la cuestión fué controvertida; (1) malamente, á nuestro juicio, los accesorios están necesariamente privilegiados cuando el capital goza de un privilegio. Conforme á la nueva ley no hay duda; el art. 37 (Código Civil, art. 2151) concede implícitamente un privilegio para los intereses; limitándolo á tres años. Volveremos á esta disposición al tratar de las hipotecas.

Todo crédito del arquitecto no está necesariamente privilegiado, aun es raro que lo esté; sólo hay privilegio para el aumento de valor. Antes que determinar el límite preciso del privilegio debemos exponer el sistema que la ley ha tomado del Código Civil para comprobar el aumento del valor que resulta de los trabajos.

49. La ley quiere que se redacten dos procesos verbales: el primero para que conste el estado del local antes de comenzar los trabajos; el segundo en que conste el valor del fundo después de la recepción de los obreros. Comparando estos dos valores es fácil calcular el aumento de valor que resulta. Las experticias que la ley prescribe no solamente son un medio para probar el aumento de valor que reciba el fundo por las obras ejecutadas, también son una condición requerida para la existencia del privilegio. Esto es lo que el art. 27 indica con estas palabras: *con tal* que, no *obstante que*. De esta manera ninguna otra prueba sería ad-

1 Martou, Comentario, t. II, p. 221, núm. 595.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mitida para establecer el aumento de valor que los obreros hubieran proporcionado al fundo. Esta condición es muy rigurosa, impide muy frecuentemente á los empresarios y arquitectos adquirir el privilegio; en efecto, dependen del patrón que los emplea y, por consiguiente, no pueden exigir que se nombren peritos; esto sería una señal de desconfianza, y su exigencia tendría lo más amenudo el resultado de acabar con las convenciones; para obtener y conservar la empresa los obreros están obligados á renunciar la garantía que la ley les da. ¿No habría sido más sencillo transladarse al derecho común permitiendo á los contratistas hacer la prueba del aumento de valor conforme á las reglas que el Código establece en el título *De las Obligaciones?* Se puede explicar y justificar el rigor de la ley. No se debe olvidar que los obreros reclaman un privilegio que les da la preferencia sobre todos los acreedores hipotecarios inscriptos antes de ellos; el interés de los terceros está, pues, en causa y la ley debió resguardarlo. Es con este objeto con el que se exige que el aumento de valor sea comprobado por medios que ofrezcan completa garantía á sus ntereses.

50. Los peritos los nombra *de oficio* el presidente del tribunal de primera instancia en cuya jurisdicción están situados los bienes. La expresión *de oficio* parece decir que el presidente interviene sin estar requerido. Esto es imposible, los magistrados no pueden en el caso obrar de oficio en este sentido; desde luego se necesita que sepan si el propietario se propone ejecutar los trabajos y después si los empresarios y arquitectos quieren adquirir el privilegio. De este modo por naturaleza de las cosas el presidente debe estar requerido á nombrar peritos. El texto de la ley lo supone; en efecto, el art. 27 dice que la primera experticia tiene por objeto hacer constar el estado del local relativamente con las obras que el propietario *declarará tener deseo*



*de emprender*. Se necesita una *declaración* del propietario; lo que implica que el propietario interviene; además, su consentimiento es necesario para que pueda el experto proceder á las operaciones que está encargado de hacer.

Sin embargo, la ley no dice que la experticia deba ser pedida por un concurso de consentimientos. Generalmente son los acreedores los que requieren el nombramiento de peritos, pero no lo harán sin estar asegurados del concurso del propietario. También el propietario puede ofrecer espontáneamente esta garantía á los empresarios. La Corte de Metz juzgó que nada impedía al patrón tomar la iniciativa, puesto que la ley no se explica acerca de las personas á pedimento de las que se verificarán las formalidades que ordena. En derecho esto no es dudoso y de hecho el propietario puede tener interés en ofrecer garantías á los empresarios con el fin de obtener mejores condiciones. (1)

Según el Código Civil el nombramiento del perito se hacía por el tribunal, la nueva ley confía esta misión al presidente; no se trata de una sentencia sino de un acto de jurisdicción voluntaria, para lo cual basta la intervención del presidente. Esta es una derogación del derecho común en materia de experticias. Generalmente las partes nombran los peritos, siendo solamente cuando no se avienen ó que no quieren usar del derecho que la ley les da cuando el tribunal procede *de oficio* á nombrarlos (Código de Procedimientos, art. 305). De aquí nace la expresión *de oficio* que se halla en el Código Civil, y la ley belga indica que no se cita á las partes para nombrar peritos. El legislador quiso evitar toda colusión entre las partes y los peritos en perjuicio de los acreedores; el perito, en complicidad con las partes, habría podido valuar la tierra muy bajo con el fin de aumentar el valor al que tienen derecho los obreros.

51. Por igual razón la ley belga quiere que los acreedores

1 Metz, 7 de Febrero de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 31).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

inscriptos se citen para la primera experticia. Esto implica que los acreedores inscriptos antes de comenzar los trabajos los prevalece el arquitecto; volveremos á este punto. Es porque están prevalecidos hasta concurrencia del aumento de valor que resultará de los trabajos por lo que tienen interés en que el valor del fundo en el momento en que los trabajos van á comenzar sea comprobado con exactitud. Sin embargo, no deben necesariamente asistir á la experticia para que sea válida, basta con que estén llamados; si no lo hubieren sido sería nula la experticia y, por consiguiente, el privilegio no existiría aunque el proceso verbal hubiera sido inscripto. Se ve aquí la diferencia que existe entre las condiciones requeridas para la existencia del privilegio y las que la ley prescribe para su conservación. Para que esté conservado el privilegio del arquitecto se necesita ante todo que exista, y no existe más que á condición de que la experticia se haya llenado tal como lo exige la ley.

52. ¿Cuándo se debe hacer la primera experticia? Antes de comenzar los trabajos. Lo cual resulta del objeto de esta misma; debe hacer constar el estado del local; es decir, el valor del fundo antes de los trabajos; y una vez comenzados éstos sería difícil establecer de una manera exacta el valor que tenía el fundo antes de los trabajos; se debería ocurrir á los testimonios que en el sistema del Código no son divisibles cuando las partes han podido procurarse una prueba literal. El texto está concebido en este sentido; dice que el perito debe redactar *previamente* un proceso verbal en que conste el estado del local relativamente á los trabajos que el propietario declarara *haber deseado emprender*, y este proceso verbal debe, según el art. 38, estar inscripto *antes de comenzar los trabajos*.

53. La ley ordena una segunda experticia después de terminados los trabajos. Se necesita, dice el art. 27, que



las obras hayan sido, en el sexto mes, á lo más, de su perfección, recibidas por un perito nombrado igualmente de oficio. Este segundo proceso verbal comprueba el valor que el fundo tiene después de acabados los trabajos; si comparan este valor y el que tenía el fundo al comenzar los trabajos se puede comprobar, mediante una simple resta, cuál es el aumento de valor que las obras han llevado al fundo.

La segunda experticia debe hacerse en el sexto mes á lo más de la perfección de las obras. Esta es igualmente una condición requerida para la existencia del privilegio. El plazo es de rigor, puesto que la ley dice á lo *más*. Hemos dado el motivo de este rigor (núm. 49). La ley quiere un avalúo exacto en interés de los acreedores prevalecidos por los obreros hasta concurrencia del aumento de valor que hayan procurado al fundo, para lo cual se necesita que las obras se estimen desde que se construyan.

Decimos que dicho plazo es fatal; esto supone que los trabajos han sido regularmente acabados y continuados. Si el tratado está rescindido por sentencia del juez antes de terminarse los trabajos ya no se está en la hipótesis prevista por la ley. Los seis meses no pueden correr á partir de la perfección de las obras, ni aun á partir de la demanda en rescisión; la acción suspende la continuación de los trabajos, pero no se puede decir que estén abandonados; la continuación ó el abandono de los trabajos dependen de la sentencia que recaiga en la rescisión del trato. Se juzgó que en estas circunstancias el plazo de seis meses no había comenzado á correr sino á partir de la sentencia que había estatuido sobre la malhechura y fijado el saldo de los trabajos. En el recurso la Cámara de Requisiciones decidió que la sentencia atacada había hecho una buena aplicación de la ley á los hechos de la causa.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

54. El art. 27 agrega: «El monto del privilegio no puede exceder de los valores que constan en la segunda acta.» ¿Cuáles son los *valores* de que habla la ley? No es el valor de todo el fundo aumentado por los trabajos, es el aumento de valor del fundo que consta, no en el segundo proceso verbal solo sino en ambas actas. Ordinariamente el aumento de valor será menor que el gasto; el crédito de los arquitectos no estará privilegiado en este caso más que hasta concurrencia del aumento de valor; el monto del privilegio no puede sobrepasar la causa que hizo privilegiar el crédito; los obreros serían acreedores privilegiados hasta concurrencia del aumento de valor y los acreedores quirografarios por el excedente de su crédito.

Según el art. 27 el monto del privilegio está reducido al aumento de valor existente en la época de la enajenación del inmueble y resultante de los trabajos que fueron hechos. Las actas levantadas por los expertos comprueban el valor dado al fundo por el trabajo del arquitecto en el momento en que estas obras están concluidas. Pero el acreedor no se aprovecha de este aumento de valor más que si existe aún cuando la quiebra del deudor; si ha disminuido el monto del privilegio debe reducirse al valor preciso que los trabajos han conservado en el momento en que el fundo se vende. Esto es una consecuencia del principio en el que el privilegio del arquitecto descansa; está preferido á los demás acreedores porque éstos se enriquecen con sus trabajos, y no se enriquecen más que por el precio que sacan de ellos y que le está distribuido cuando la enajenación del inmueble.

55. Hay todavía otra restricción en los términos del artículo que acabamos de transcribir; los empresarios sólo tienen privilegio por el aumento de valor que resulta de sus trabajos. Puede suceder que haya un aumento de valor procedente de causas extrañas á los trabajos del acreedor privilegiado, tal como la construcción de un ferrocarril; no se tendrá en cuenta en el avalúo el monto del privilegio. Se diría envano que habiendo los trabajos aumentado el valor del inmueble han contribuido por esto mismo á aumentar el valor debido á las nuevas comunicaciones. En teoría la objeción está fundada, pero el texto de la ley no permite atenderla, y se debe interpretarla restrictivamente. Por contra, si por circunstancias accidentales el fundo hubiera disminuido de valor el privilegio de los obreros no dejaría por esto de subsistir cuando el valor producido por sus trabajos subsiste, siempre en el límite del aumento de valor que resulte. (1)



56. Se presentan algunas dificultades en la aplicación de la ley; á decir verdad son los intérpretes quienes las han creado, pues la ley está muy clara. El propietario ha pagado una parte del crédito de los obreros y sucede que el aumento de valor cuando la enajenación del inmueble no basta para desinteresarlos. Tienen, pues, un crédito privilegiado y un crédito quirografario. ¿En cuál de estos dos créditos se imputarán los abonos que recibieron? Si los autores que han suscitado esta cuestión hubieran leído el texto de la ley se hubieran evitado el trabajo de discutir una dificultad imaginaria. ¿Acaso se trata de una imputación cuando sólo existe una sola deuda? El art. 1253 contesta que hay lugar á la imputación cuando el deudor tiene *varias deudas* y que hace un pago parcial. ¿Tiene el arquitecto *varias* deudas contra el dueño? La cuestión es un contrasentido; todo lo que el art. 27 dice es que el arquitecto tiene un privilegio por el aumento de valor que resulta de sus trabajos. Puede, pues, suceder que sea á la vez acreedor quirografario y acreedor privilegiado; esto no prueba que haya dos créditos, luego no hay lugar á imputación. (2)

1 Duranton, t. XIX, p. 255, núm. 190 y todos los autores, excepto Mourlón (Pont, t. I, p. 206, núm. 213; Aubry y Rau, t. III, p 176, nota 37, pfo. 263).
2 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. III, p. 175, nota 34, pfo. 263.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

56 *bis.* La segunda dificultad es igualmente imaginaria. Se pregunta si el art. 27 se aplica á los trabajos de conservación: ¿tienen los obreros un privilegio por sólo el aumento de valor que resulta de ellos ó todo su crédito está privilegiado? Se ha contestado á la cuestión con una nueva cuestión. Supone que hay un privilegio de conservación ó de gastos necesarios distintos del privilegio de aumento de valor ó de gastos útiles; ¿dónde está la ley que establece este privilegio? ¿Y hay privilegio, es decir, una causa legal de preferencia, sin ley? La cuestión implica una herejía jurídica; sin embargo, la Corte de Casación ha consagrado esta herejía con la mala sentencia que ya hemos criticado (número 46). ¿Qué importa que Pothier haya enseñado la distinción entre los gastos útiles y los necesarios? Pothier tenia razón y los autores del Código no la tuvieron en no reproducir su doctrina, pero esto no da á los intérpretes el derecho de rehacer la ley creando un privilegio que ésta ignora. (1)

57. Ya hemos dicho que los empresarios no tenían privilegios más que bajo las condiciones determinadas por la ley. (2) La jurisprudencia está en este sentido, y no debería haber jurisprudencia en este punto que está decidido por el texto del Código. Sin embargo, hubo una corte que se colocó por encima de la ley. La Corte de Bastia, fundándose en el uso general seguido en aquella población y, puede decirse, por todas partes, en no hacer experticia, había, no obstante, concedido un privilegio á los obreros. La sentencia fué casada, y debía serlo, puesto que violaba el artículo 2103: «Visto, dice la Corte, que los privilegios son de derecho estrecho y no existen más que bajo las condiciones determinadas por la ley; visto que el art. 2103, 4.°

1 Martou, t. II, p. 222, núm. 597; Aubry y Rau, t. III, p. 175, nota 33 y los autores en sentido contrario que citan.
2 Véanse las sentencias citadas por Pont, t. I, p. 210, núm. 21.



(Ley Hipotecaria, art. 27, 5.°), subordina la adquisición del privilegio del constructor al cumplimiento de las formalidades que prescribe para asegurar á los antiguos acreedores la conservación de su prenda por la constancia del estado del local antes de las nuevas construcciones y para limitar el privilegio del constructor al aumento de valor que resulta de sus trabajos.» Y en el caso no había habido acta y, sin embargo, la Corte había concedido el privilegio al constructor; había, pues, violado la ley. (1) Si este principio es incontestable da, sin embargo, lugar á dificultades en la aplicación; las examinaremos al tratar de la conservación del privilegio.

### *ARTICULO 2.—Lugar de los privilegios inmobiliares.*

58. La ley nada dice del lugar de los privilegios inmobiliares, mientras que tiene un párrafo especial consagrado al concurso de los privilegios muebles. ¿Cuál es la razón de este silencio? La comisión especial lo explica en su informe: «Aunque el lugar de estos privilegios no haya sido fijado por el Código Civil se está generalmente acorde en que las disposiciones legales actualmente en vigor son suficientes para evitar dificultades serias en el orden en que deben ejercerse. Estas dificultades desaparecerán aun más si se adopta el proyecto de la comisión que no admite más que las costas judiciales como privilegiadas en los inmuebles; y que se esforzó, además, en restringir el largo efecto retroactivo de que gozaban ciertos privilegios, tales como los del vendedor y del arquitecto; lo que podía fácilmente conducir á conflictos entre los diversos acreedores, conflictos que no pueden ya presentarse según el proyecto de la comisión.» (2)

1 Casación, 11 de Julio de 1855 (Palloz, 1856, 1, 9).
2 Informe de la comisión especial (Parent, p. 33).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

56 *bis.* La segunda dificultad es igualmente imaginaria. Se pregunta si el art. 27 se aplica á los trabajos de conservación: ¿tienen los obreros un privilegio por sólo el aumento de valor que resulta de ellos ó todo su crédito está privilegiado? Se ha contestado á la cuestión con una nueva cuestión. Supone que hay un privilegio de conservación ó de gastos necesarios distintos del privilegio de aumento de valor ó de gastos útiles; ¿dónde está la ley que establece este privilegio? ¿Y hay privilegio, es decir, una causa legal de preferencia, sin ley? La cuestión implica una herejía jurídica; sin embargo, la Corte de Casación ha consagrado esta herejía con la mala sentencia que ya hemos criticado (número 46). ¿Qué importa que Pothier haya enseñado la distinción entre los gastos útiles y los necesarios? Pothier tenia razón y los autores del Código no la tuvieron en no reproducir su doctrina, pero esto no da á los intérpretes el derecho de rehacer la ley creando un privilegio que ésta ignora. (1)

57. Ya hemos dicho que los empresarios no tenían privilegios más que bajo las condiciones determinadas por la ley. (2) La jurisprudencia está en este sentido, y no debería haber jurisprudencia en este punto que está decidido por el texto del Código. Sin embargo, hubo una corte que se colocó por encima de la ley. La Corte de Bastia, fundándose en el uso general seguido en aquella población y, puede decirse, por todas partes, en no hacer experticia, había, no obstante, concedido un privilegio á los obreros. La sentencia fué casada, y debía serlo, puesto que violaba el artículo 2103: «Visto, dice la Corte, que los privilegios son de derecho estrecho y no existen más que bajo las condiciones determinadas por la ley; visto que el art. 2103, 4.°

1 Martou, t. II, p. 222, núm. 597; Aubry y Rau, t. III, p. 175, nota 33 y los autores en sentido contrario que citan.
2 Véanse las sentencias citadas por Pont, t. I, p. 210, núm. 21.



(Ley Hipotecaria, art. 27, 5.°), subordina la adquisición del privilegio del constructor al cumplimiento de las formalidades que prescribe para asegurar á los antiguos acreedores la conservación de su prenda por la constancia del estado del local antes de las nuevas construcciones y para limitar el privilegio del constructor al aumento de valor que resulta de sus trabajos.» Y en el caso no había habido acta y, sin embargo, la Corte había concedido el privilegio al constructor; había, pues, violado la ley. (1) Si este principio es incontestable da, sin embargo, lugar á dificultades en la aplicación; las examinaremos al tratar de la conservación del privilegio.

### *ARTICULO 2.—Lugar de los privilegios inmobiliares.*

58. La ley nada dice del lugar de los privilegios inmobiliares, mientras que tiene un párrafo especial consagrado al concurso de los privilegios muebles. ¿Cuál es la razón de este silencio? La comisión especial lo explica en su informe: «Aunque el lugar de estos privilegios no haya sido fijado por el Código Civil se está generalmente acorde en que las disposiciones legales actualmente en vigor son suficientes para evitar dificultades serias en el orden en que deben ejercerse. Estas dificultades desaparecerán aun más si se adopta el proyecto de la comisión que no admite más que las costas judiciales como privilegiadas en los inmuebles; y que se esforzó, además, en restringir el largo efecto retroactivo de que gozaban ciertos privilegios, tales como los del vendedor y del arquitecto; lo que podía fácilmente conducir á conflictos entre los diversos acreedores, conflictos que no pueden ya presentarse según el proyecto de la comisión.» (2)

1 Casación, 11 de Julio de 1855 (Palloz, 1856, 1, 9).
2 Informe de la comisión especial (Parent, p. 33).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

El proyecto de la comisión ha sido adoptado por las cámaras en lo que se refiere á los privilegios generales en los muebles é inmuebles. En cuanto á la retroacción de los privilegios la nueva ley no la admite explícitamente más que para los empresarios y arquitectos y, en nuestro concepto, la desecha tácitamente para los privilegios que se conservan por la transcripción. Volveremos á todos estos puntos. Nos queda por probar lo que dice la comisión: que el concurso de los privilegios inmobiliares no da lugar á ninguna dificultad; mejor dicho, el verdadero concurso, es decir, el conflicto no existe.

59. Según el art. 21 el privilegio de las costas de justicia prevalece á todos los créditos en interés de los que fueron hechos. Este principio sólo está establecido para los privilegios muebles, pero se aplica también á los privilegios inmobiliares. En efecto, resulta de la naturaleza de las costas judiciales y de la calidad del crédito á la que la ley liga el privilegio. Si las costas judiciales prevalecen á los acreedores en interés de los que fueron hechas es porque los acreedores deben hacer estos gastos para realizar su crédito y, por tanto, su privilegio, si están privilegiados; es de toda equidad que paguen estas costas antes de que se les pague á ellos mismos, puesto que sin ellas no hubieran obtenido su pago. Esto se aplica á todos los privilegios inmobiliares ó muebles. El art. 21 establece, pues, un principio general aunque esté colocado bajo el rubro de especial. (1)

60. El art. 2103, después de conceder un privilegio al vendedor, agrega: «Si hay varias ventas sucesivas cuyo precio esté debido en todo ó en parte el primer vendedor está preferido al segundo, éste al tercero y así sucesivamente.» Esta disposición no fué reproducida por la nueva ley. ¿Quiere decir que el legislador belga haya derogado el Código Civil? Nó, seguramente; la comisión especial dice en su

1 Martou, Comentario, t. II, p. 228, núm. 610.



informe que la disposición que proponía se quitara, era inútil. Esto es una consecuencia de los principios que la ley establece acerca de la conservación de los privilegios. El vendedor privilegiado tiene un derecho en el inmueble vendido. Este inmueble está gravado con un derecho real inmobiliar y, por consiguiente, desmembrado en favor del vendedor; si el comprador lo revende lo revenderá desmembrado; al revenderlo adquiere él mismo un privilegio en el inmueble así desmembrado. Este segundo privilegio no puede ejercerse sino después del primero, pues sólo versa en el inmueble desmembrado en favor del primero. Hé aquí en apariencia una excepción al principio según el cual los privilegios se estiman por su causa y no por su fecha, y al principio de que los acreedores privilegiados de igual lugar se pagan por concurrencia sin tener en cuenta la fecha en la que nació su crédito (arts. 13 y 14). Se trata, en el caso, de privilegios de misma calidad, es verdad, pero versando en bienes diferentes; el primer vendedor ejerce su derecho antes del segundo porque el derecho del primero versa en una porción del inmueble que no está gravada por el crédito del segundo vendedor, puesto que éste ejerce su privilegio en una porción del inmueble que no está determinada por el privilegio del primer vendedor. A decir verdad no hay conflicto, pues ambos privilegios no se ejercen en la misma cosa.

61. Lo que dice el Código de varios vendedores sucesivos de la misma cosa se aplica cuando la cosa es objeto de varias actas translativas ó declarativas de propiedad sucesivamente y que dan cada una nacimiento a un privilegio. Yo vendo un inmueble, el comprador lo cambia ó lo dona. El vendedor tiene un privilegio y el comprador que lo cambia ó lo da tiene un privilegio en el mismo inmueble. ¿Hay concurso y conflicto? Nó, hay privilegios que se ejercen sucesivamente en una cosa diferente, no teniendo el segundo

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

acreedor privilegio más que en un inmueble. Sucedería lo mismo si el vendedor estuviera en concurso con un copartícipe del inmueble vendido. Hay entonces dos privilegios de calidad diferente, uno procedente de una acta que puso el inmueble en el patrimonio del deudor y otra establecida para mantener la igualdad entre copartícipes; pero poco importa la calidad; aunque se estimara la calidad del privilegio de garantía más favorable que la del precio de una venta el vendedor prevalecería, no obstante; no hay conflicto verdadero entre el copartícipe y el vendedor porque el derecho del primero sólo se ejerce en un inmueble desmembrado en favor del segundo. Si la partición hubiera precedido la venta el copartícipe, acreedor de un derecho de saldo ó de garantía, prevalecería al comprador por la misma razón. Hay otro motivo en este caso para decidirlo así: es que no hay concurso entre acreedores de un mismo deudor; el deudor del copartícipe es el comunero que figura en la partición, y el deudor del comunero vuelto vendedor es el tercero comprador. Así son dos derechos distintos en cuanto á la posesión contra quien se ejercen; desde luego no hay concurso entre acreedores del mismo deudor; por tanto, los arts. 13 y 14 (Código Civil, arts. 2096 y 2097) que rigen este concurso están fuera de causa: el derecho más antiguo tiene que prevalecer. (1)

62. ¿Hay conflicto posible entre el vendedor del inmueble en el que un arquitecto adquiere un privilegio por causa de trabajos? Nó, pues sus derechos se ejercen en valores diferentes; el vendedor tiene un privilegio en el inmueble sin comprender en él las mejoras, y el arquitecto tiene privilegio en las mejoras sin comprender en ellas el valor del fundo; así aunque el deudor, en este caso, sea el mismo la cosa gravada del privilegio difiere. Esto es decir que no hay conflicto entre ambos acreedores privilegiados, cada cual

1 Troplong, núm. 81. Martou, t. II, p. 228, núm 611.



ejerce su derecho en la parte del inmueble que está gravado con su crédito.

Hay una sentencia de la Corte de París en este sentido, pero la decisión fué criticada, con razón, en lo que se refiere á la fijación de los respectivos intereses del vendedor y del arquitecto. El vendedor no ejerce su privilegio por el precio de venta fijado en el contrato; no puede reclamar su privilegio más que en el valor que consta en la primera acta que levantó el arquitecto antes del principio de los trabajos; en efecto, la ley atribuye al arquitecto el excedente del valor que el inmueble adquiere por sus trabajos; si cuando la venta del inmueble el precio de adjudicación es inferior al primitivo precio se repartirá, siempre en virtud de la ley, entre el vendedor y el arquitecto de modo que este último tome lo que el comprador le da, el aumento de valor que resulta de sus trabajos y existente cuando la venta, y el vendedor tiene lo demás. Nunca se tiene en cuenta, como lo quiere la Corte de París, el precio primitivo del inmueble; si no hubiera habido trabajos el vendedor hubiera perdido, á consecuencia de la mengua de valor del inmueble, una parte de su prenda; debe también soportar esta pérdida cuando hay trabajos, pues éstos no pueden aprovechar más que al arquitecto que los hace. (1)

63. ¿Hay conflicto posible entre el cambista, el donante, el copartícipe y el arquitecto? Nó, por las razones que acabamos de dar (núm. 62); la situación de las partes es idéntica, luego la solución debe ser la misma.

64. El dueño puede emplear varios empresarios ú obreros para los trabajos que ejecuta en su fundo; de esto resulta un concurso, pero no un conflicto, si se trata de un solo y mismo trabajo de la construcción de una casa, por ejemplo. Este es el caso de aplicar el principio del art. 14; todos los

1 Martou, Comentario, t. II, p. 228, núm. 612.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

obreros tienen un solo y mismo privilegio que ejercen por contribución. En efecto, tienen todos un privilegio en el aumento de valor resultante de sus trabajos; este aumento no se estima separadamente para los diversos trabajos de los albañiles ó de los carpinteros; no hay dos aumentos de valor, sólo hay uno. Este aumento de valor se divide entre todos los que lo han procurado en razón del monto de sus créditos.

Secedería diferente si unos trabajos hubiesen sido hechos por el propietario en varias épocas. En este caso habría tantos aumentos de valor como obras de diferentes. ¿Quiere decir esto que haya concurso entre los empresarios que los han procurado? Nó, pues el objeto de su privilegio es diferente. Cada cual ejercerá el suyo en el aumento de valor constante en el acta que debió redactarse. (1)

65. Los que dan fondos están subrogados al privilegio de los acreedores á quienes han pagado con su dinero. Se aplica, pues, el mismo principio que rige la subrogación. Resulta que el acreedor que sólo recibe un pago parcial está preferido por el resto de su crédito al subrogado que le pagó. ¿Qué debe decidirse si el acreedor recibe su pago de varios dadores de fondos? Vienen á contribución cuando han hecho estos pagos al mismo tiempo. Si han pagado al acreedor en fechas diferentes se presenta una seria dificultad: la de saber si el acreedor puede ceder su derecho de preferencia al segundo subrogado. Ya hemos examinado el punto en el título *De las Obligaciones* (t. XVIII, números 132-137).

1 Martou, Comentario, t. II, p. 227, núm. 609.



## *ARTICULO 3.—Cómo se conservan los privilegios inmobiliares*

### § I.—Nociones generales.

66. «Entre los acreedores los *privilegios no producen efecto* en los inmuebles sino en tanto que han sido publicados por inscripción en los registros del conservador» (artículo 29; Código Civil, art. 2106). El art. 81 (Código Civil, artículo 2134) contiene una disposición análoga para las hipotecas. «Entre los acreedores la hipoteca no tiene un *lugar* más que desde el día de la inscripción hecha en los registros del conservador.» Lo que el art. 81 llama *lugar* el artículo 29 llama *efecto*; el efecto de la inscripción es el de determinar el *lugar* de los acreedores. Sin embargo, esto no es verdad de un modo absoluto para los privilegios. En principio el privilegio, una vez conservado, prevalece á todos los acreedores hipotecarios, aun á los que hubiesen tomado inscripción antes que el acreedor privilegiado (art. 12). Por esto es que la ley al hablar de los privilegios se vale de la palabra *efecto* y no de la palabra *lugar*. Diremos más adelante en qué sentido los acreedores privilegiados prevalecen á los acreedores hipotecarios.

La ley en términos generales dice: *entre los acreedores;* lo que comprende aun á los quirografarios. En principio todos los acreedores están en la misma línea, siendo el patrimonio del deudor su prenda común. La regla recibe excepción cuando hay acreedores hipotecarios privilegiados, pero los privilegios sólo tienen *efecto* por la inscripción; luego el acreedor privilegiado no goza de su derecho de preferencia sino cuando el privilegio ha sido publicado.

Hay todavía otro efecto ligado á los privilegios así como á las hipotecas: es el derecho de prosecución. Según el artículo 96 (Código Civil, art. 2166) «los acreedores que tienen privilegio ó hipoteca *inscriptos* en un inmueble lo pro-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

obreros tienen un solo y mismo privilegio que ejercen por contribución. En efecto, tienen todos un privilegio en el aumento de valor resultante de sus trabajos; este aumento no se estima separadamente para los diversos trabajos de los albañiles ó de los carpinteros; no hay dos aumentos de valor, sólo hay uno. Este aumento de valor se divide entre todos los que lo han procurado en razón del monto de sus créditos.

Secedería diferente si unos trabajos hubiesen sido hechos por el propietario en varias épocas. En este caso habría tantos aumentos de valor como obras de diferentes. ¿Quiere decir esto que haya concurso entre los empresarios que los han procurado? Nó, pues el objeto de su privilegio es diferente. Cada cual ejercerá el suyo en el aumento de valor constante en el acta que debió redactarse. (1)

65. Los que dan fondos están subrogados al privilegio de los acreedores á quienes han pagado con su dinero. Se aplica, pues, el mismo principio que rige la subrogación. Resulta que el acreedor que sólo recibe un pago parcial está preferido por el resto de su crédito al subrogado que le pagó. ¿Qué debe decidirse si el acreedor recibe su pago de varios dadores de fondos? Vienen á contribución cuando han hecho estos pagos al mismo tiempo. Si han pagado al acreedor en fechas diferentes se presenta una seria dificultad: la de saber si el acreedor puede ceder su derecho de preferencia al segundo subrogado. Ya hemos examinado el punto en el título *De las Obligaciones* (t. XVIII, números 132-137).

1 Martou, Comentario, t. II, p. 227, núm. 609.



## *ARTICULO 3.—Cómo se conservan los privilegios inmobiliares*

### § I.—Nociones generales.

66. «Entre los acreedores los *privilegios no producen efecto* en los inmuebles sino en tanto que han sido publicados por inscripción en los registros del conservador» (artículo 29; Código Civil, art. 2106). El art. 81 (Código Civil, artículo 2134) contiene una disposición análoga para las hipotecas. «Entre los acreedores la hipoteca no tiene un *lugar* más que desde el día de la inscripción hecha en los registros del conservador.» Lo que el art. 81 llama *lugar* el artículo 29 llama *efecto*; el efecto de la inscripción es el de determinar el *lugar* de los acreedores. Sin embargo, esto no es verdad de un modo absoluto para los privilegios. En principio el privilegio, una vez conservado, prevalece á todos los acreedores hipotecarios, aun á los que hubiesen tomado inscripción antes que el acreedor privilegiado (art. 12). Por esto es que la ley al hablar de los privilegios se vale de la palabra *efecto* y no de la palabra *lugar*. Diremos más adelante en qué sentido los acreedores privilegiados prevalecen á los acreedores hipotecarios.

La ley en términos generales dice: *entre los acreedores;* lo que comprende aun á los quirografarios. En principio todos los acreedores están en la misma línea, siendo el patrimonio del deudor su prenda común. La regla recibe excepción cuando hay acreedores hipotecarios privilegiados, pero los privilegios sólo tienen *efecto* por la inscripción; luego el acreedor privilegiado no goza de su derecho de preferencia sino cuando el privilegio ha sido publicado.

Hay todavía otro efecto ligado á los privilegios así como á las hipotecas: es el derecho de prosecución. Según el artículo 96 (Código Civil, art. 2166) «los acreedores que tienen privilegio ó hipoteca *inscriptos* en un inmueble lo pro-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

siguen, en cualquier poder en que se halle, para que se les coloque ó se les pague según el orden de sus créditos ó inscripciones.» El derecho de prosecución está, pues, subordinado á la inscripción tanto como el derecho de preferencia. En definitiva, todos los efectos de los privilegios y de las hipotecas dependerán de la inscripción. En este sentido se dice que la publicidad es la base de nuestro régimen hipotecario.

67. En el capítulo *De las Hipotecas* expondremos el histórico origen de la publicidad y el complemento que nuestra Ley Hipotecaria ha dado á este principio fundamental sometiéndole las hipotecas legales de los menores, de los interdictos y de las mujeres casadas; es decir, organizando una completa publicidad sin ninguna excepción. Por ahora basta indicar los motivos de la publicidad; se confunden con aquellos que ya hemos desarrollado al aplicar las preliminares disposiciones de la nueva ley. La publicidad de las transacciones inmobiliares se enlaza íntimamente con la publicidad de los privilegios é hipotecas: el objeto es idéntico: es asegurar el crédito de los propietarios de inmuebles dando á los terceros compradores ó acreedores hipotecarios un conocimiento completo de la situación del deudor con el que tratan. Hay acreedores que no estipulan garantías reales y se conforman con la prenda que les presenta el patrimonio del deudor; pero es cuando menos necesario que puedan asegurarse de que esta prenda es real, que los bienes no han salido del patrimonio de aquel con quien contratan y que no están gravados con privilegios é hipotecas que absorberían su prenda si el deudor llegara á quebrar. Es con este objeto con el que la ley prescribe la publicidad de las actas translativas de derechos reales inmobiliares y la publicidad de los cargos que gravan los bienes; la transcripción y la inscripción se completan una con otra y concurren á dar al tercero un conocimiento pleno de la solvencia del deudor.



Los que tratan con un propietario al estipular garantías reales tienen el mismo interés: ¿de qué les serviría la hipoteca que debe garantizar el pago de sus créditos si se vieran preferidos por acreedores anteriores de los que no hubieran conocido los derechos, los privilegios y las hipotecas, si suponemos que éstos estaban ocultos? Lo que debía ser una garantía se convertiría en un engaño, y en estas condiciones los capitalistas no prestarían sus fondos ó sólo lo harían bajo ruinosas condiciones con el fin de desquitarse con la enormidad de la utilidad del peligro que corren de perder su capital. La más completa publicidad puede únicamente garantizar sus derechos; y cuando pueden con seguridad tratar con el propietario las condiciones del crédito que le conceden se vuelven más favorables. Así es que el crédito del propietario depende de las garantías que ofrece á los prestamistas, y estas garantías están ligadas á la publicidad. Y el crédito de los propietarios interesa á la sociedad, puesto que les ofrece medios de entregarse á empresas agrícolas ó industriales La riqueza pública está, pues, en necesaria relación con la riqueza particular, y la riqueza de los pueblos es un esencial elemento de su civilización.

68. La publicidad sólo está prescripta para los privilegios inmobiliares. ¿Por qué no ordena la ley la publicidad de los privilegios en los muebles? Los terceros compradores están interesados en la publicidad de los privilegios y de las hipotecas porque los derechos que afectan los inmuebles desmembran la propiedad y exponen á los terceros posesores á ser despojados. Los que compran objetos muebles no están expuestos á este peligro, están al abrigo de toda evicción desde que son de buena fe, porque los muebles no se prosiguen y porque el tercer posesor puede rechazar las acciones reales que se intenten contra el principio de que en cuanto á muebles la posesión vale título.

Quedan los acreedores que tratan con el deudor en la fe

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de su riqueza mobiliar. Estos tienen un interés incontestable en conocer los privilegios que les prevalecerán y que pueden quitarles una gran parte de la prenda con la que contaban para reembolsarse de sus créditos. Si hay terceros interesados en la publicidad de los privilegios mobiliares ¿por qué no lo ordenó la ley? La dificultad de organizarla detuvo al legislador; los privilegios más usuales son los generales, y estos privilegios están concedidos para créditos que se forman cada día, tales como los abastos de alimentos, los gastos de última enfermedad; tales son también entre los especiales los abastos de un posadero; la necesidad de publicarlos para gozar del privilegio hubiera conducido á hacerlos ilusorios. Ya no es un favor ni una garantía lo que está subordinado á multiplicadas formalidades que se tendrían que llenar cada día.

La dificultad de organizar la publicidad no es, sin embargo, un motivo perentorio para no prescribirla; lo que lo prueba es que la ley belga ha subordinado á la condición de publicidad el privilegio del vendedor de una máquina cuando ésta se convierte en inmueble; lo mismo pasa con los gastos de conservación de las máquinas y aparatos empleados en los establecimientos industriales (t. XXIX, números 487 y 492). Hay, pues, privilegios muebles cuya publicidad no hubiera sido más difícil que la de los privilegios inmobiliares, pero hubieran resultado gastos ante los cuales el acreedor se hubiera casi siempre detenido; de modo que los privilegios más legítimos hubieran corrido el riesgo de perecer por falta de publicidad.

Hay una última consideración que explica la diferencia que la ley pone entre los privilegios mobiliares y los inmobiliares: es que unos tienen más importancia que otros porque son pequeños créditos de los que no resulta un notable perjuicio para los terceros que contratan con el deudor: deben esperarse á que les prevalezcan los criados, los de-



pendientes, los obreros, los abastecedores, los médicos. La ley es la que establece todos estos puntos, y los más usuales no son por nadie ignorados. Los privilegios inmobiliares, al contrario, tienen una importancia más grande; el interés privado y el público exigen que se dé á conocer á los terceros el crédito del propietario dependiente de ello; mientras que el crédito no se mide por la riqueza mobiliar, al menos la que es de naturaleza de ser conocida.

69. La regla de que los privilegios inmobiliares estén sometidos á la publicidad recibe una excepción para las costas judiciales (art. 29): éstas prevalecen á todos los acreedores en cuyo interés fueron hechas, aun á los acreedores privilegiados en los inmuebles, sin que tengan que publicarse. La razón es sencilla: los privilegios se hacen públicos para advertir á los terceros de que serán preferidos por ciertos créditos para los que la ley da un derecho de preferencia. Y los acreedores hipotecarios ó privilegiados en cuyo interés se hacen los gastos judiciales no necesitan advertencia de la existencia de este privilegio, puesto que ellos mismos hacen los gastos ó saben que otros los hacen, pues es imposible que ejerzan su derecho de preferencia sin hacer los gastos de conservación, de venta y de distribución del dinero.

70. Después de haber establecido en principio que los privilegios se conservan por la inscripción, así como las hipotecas, la ley agrega que los privilegios que nacen de actas translativas ó declarativas de derechos reales inmobiliares se conservan por la transcripción de estas actas: son los privilegios del vendedor, del cambista, del donante y de los copartícipes. ¿Quiere esto decir que estos privilegios no se conservan por la inscripción de manera que habrá privilegios que deban ser inscriptos y otros no, puesto que la transcripción los conserva? La cuestión está controvertida, y vamos á volver á ella. Admitiendo aún que estos privi-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

legios pueden ser inscriptos es seguro que de hecho no se les inscribe, porque los acreedores no tienen en ello ningún interés, quedando resguardados sus derechos por la transcripción; ni siquiera están comprometidos, suponiendo que no haya transcripción, porque en este caso los acreedores están considerados como propietarios para con los terceros; volveremos á este punto.

Al decir que los privilegios sólo tienen efecto cuando han sido inscriptos la ley se expresa de un modo muy absoluto, puesto que los más importantes privilegios y más usuales se conservan por sólo que el acta de donde nacen haya sido transcripta. La inscripción como medio de conservación de los privilegios en lugar de ser la regla es más bien una excepción á ésta. La ley admite cinco privilegios inmobiliares (art. 27), y de éstos hay cuatro que se conservan por la transcripción. Esta es, pues, la condición generalmente requerida para la conservación de los privilegios más bien que la inscripción. A primera vista no se explica la redacción de la ley. ¿Por qué ponen como regla general la necesidad de la inscripción cuando de cinco privilegios sólo hay uno que deba ser inscripto? ¿Y por qué no mantuvo la ley la regla de la inscripción para los privilegios del vendedor, del cambista, del donante y de los copartícipes? Este punto no deja de tener sus dificultades; tenemos que ver desde luego en qué sentido la transcripción conserva los privilegios que proceden de actas translativas ó declarativas de propiedad inmobiliar.

### § II.—De los privilegios que se conservan por la transcripción.

71. «El vendedor conserva su privilegio por la transcripción del título que autorizó la transfirió y en el que consta que la totalidad ó parte del precio le es debida» (artículo 30). Así es que la transcripción no conserva el privilegio del vendedor sino bajo una condición: la de que en el acta transcripta conste la existencia del privilegio, mencionando que el precio se debe en todo ó en parte. El objeto de la transcripción, como el de la inscripción, es dar á conocer á los terceros que el inmueble vendido está gravado con un privilegio y cuál es el monto de este privilegio. Cuando la publicidad se hace por vía de inscripción el acreedor que la requiere debe entregar al conservador una factura que indique el monto del capital y de los accesorios del crédito por el que se requiere la inscripción (art. 83, 4.°; Código Civil, art. 2148, 4.°). La transcripción reemplaza la inscripción (art. 34); debe, pues, contener las mismas indicaciones por interés de los terceros. Además, la transcripción está seguida de una inscripción de oficio hecha por el conservador de hipotecas conforme al acta que transcribió; es necesario, por consiguiente, que esta acta contenga todas las menciones que la ley exige para la inscripción.



¿Cuál es la mención que el acta debe contener? Que el precio se debe. Es, pues, necesario desde luego que el acta de venta indique el precio; es decir, la suma de dinero por la que se vendió el inmueble; luego debe constar que el precio no fué pagado. Si el acta no contiene estas menciones la transcripción será inoperante, puesto que no da á conocer á los terceros que el inmueble está gravado con un privilegio ó les da á conocer el monto del crédito privilegiado; lo que es un elemento esencial de la publicidad, teniendo los terceros interés en conocer no sólo la existencia del privilegio sino también el monto del crédito que prevalecerá á los suyos.

El precio puede también, cuando menos en parte, consistir en cargos; si son prestaciones pecuniarias no hay



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

legios pueden ser inscriptos es seguro que de hecho no se les inscribe, porque los acreedores no tienen en ello ningún interés, quedando resguardados sus derechos por la transcripción; ni siquiera están comprometidos, suponiendo que no haya transcripción, porque en este caso los acreedores están considerados como propietarios para con los terceros; volveremos á este punto.

Al decir que los privilegios sólo tienen efecto cuando han sido inscriptos la ley se expresa de un modo muy absoluto, puesto que los más importantes privilegios y más usuales se conservan por sólo que el acta de donde nacen haya sido transcripta. La inscripción como medio de conservación de los privilegios en lugar de ser la regla es más bien una excepción á ésta. La ley admite cinco privilegios inmobiliares (art. 27), y de éstos hay cuatro que se conservan por la transcripción. Esta es, pues, la condición generalmente requerida para la conservación de los privilegios más bien que la inscripción. A primera vista no se explica la redacción de la ley. ¿Por qué ponen como regla general la necesidad de la inscripción cuando de cinco privilegios sólo hay uno que deba ser inscripto? ¿Y por qué no mantuvo la ley la regla de la inscripción para los privilegios del vendedor, del cambista, del donante y de los copartícipes? Este punto no deja de tener sus dificultades; tenemos que ver desde luego en qué sentido la transcripción conserva los privilegios que proceden de actas translativas ó declarativas de propiedad inmobiliar.

### § II.—De los privilegios que se conservan por la transcripción.

71. «El vendedor conserva su privilegio por la transcripción del título que autorizó la transfirió y en el que consta que la totalidad ó parte del precio le es debida» (artículo 30). Así es que la transcripción no conserva el privilegio del vendedor sino bajo una condición: la de que en el acta transcripta conste la existencia del privilegio, mencionando que el precio se debe en todo ó en parte. El objeto de la transcripción, como el de la inscripción, es dar á conocer á los terceros que el inmueble vendido está gravado con un privilegio y cuál es el monto de este privilegio. Cuando la publicidad se hace por vía de inscripción el acreedor que la requiere debe entregar al conservador una factura que indique el monto del capital y de los accesorios del crédito por el que se requiere la inscripción (art. 83, 4.°; Código Civil, art. 2148, 4.°). La transcripción reemplaza la inscripción (art. 34); debe, pues, contener las mismas indicaciones por interés de los terceros. Además, la transcripción está seguida de una inscripción de oficio hecha por el conservador de hipotecas conforme al acta que transcribió; es necesario, por consiguiente, que esta acta contenga todas las menciones que la ley exige para la inscripción.



¿Cuál es la mención que el acta debe contener? Que el precio se debe. Es, pues, necesario desde luego que el acta de venta indique el precio; es decir, la suma de dinero por la que se vendió el inmueble; luego debe constar que el precio no fué pagado. Si el acta no contiene estas menciones la transcripción será inoperante, puesto que no da á conocer á los terceros que el inmueble está gravado con un privilegio ó les da á conocer el monto del crédito privilegiado; lo que es un elemento esencial de la publicidad, teniendo los terceros interés en conocer no sólo la existencia del privilegio sino también el monto del crédito que prevalecerá á los suyos.

El precio puede también, cuando menos en parte, consistir en cargos; si son prestaciones pecuniarias no hay



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ninguna dificultad, el acta dará necesariamente á conocer el monto de los cargos por sólo que los mencione. Pero el cargo puede consistir en prestaciones de granos ó en una obligación de hacer; ¿es necesario, en este caso, que los cargos sean líquidos; es decir, valorizados en dinero? La cuestión está controvertida. Fué sentenciado que la mención del cargo basta, puesto que la ley no exige otra cosa. (1) Esto nos parece dudoso. Es verdad que en materia de privilegio todo es de estricta interpretación, y no se pueden exigir condiciones que la ley no prescribe, ni agregar á las prescriptas. Pero se puede y se debe interpretar el texto conforme al espíritu de la ley. ¿Y qué es lo que la ley quiere? Que el precio se mencione y que se diga en el acta si el precio ó parte de él se debe aún. El precio consiste en dinero; por esto es que la ley no exige un avalúo; si el precio consiste, en todo ó en parte, en prestaciones éstas deben ser liquidadas, si no los terceros no sabrán cuál es el crédito privilegiado. Bajo el imperio del Código Civil esto podía parecer dudoso, pero nuestra Ley Hipotecaria es más precisa y más exigente, quiere la publicidad más completa; por esto subordina la existencia misma del crédito á la mención exacta del crédito en el acta. Si el crédito no es líquido las partes deben liquidarlo; si es eventual deben apreciarlo aproximativamente (art. 27, números 2, 3 y 4, y arts. 31 y 32). La palabra *precio* debe ser interpretada en el mismo sentido; si, pues, consiste en cargos deben ser fijados en dinero, sino la publicidad resulta incompleta, y en el espíritu de la ley debe ser completa. (2)

La cuestión presenta otra dificultad. Los autores y la jurisprudencia suponen que hay venta cuando el precio consiste en cargos no pecuniarios. En nuestro concepto

1 Denegada, 12 de Junio de 1855 (Dalloz, 1855, I, 314).
2 Martou, t. II, p. 254, núm. 640. En sentido contrario, Pont, t. I, p. 280, núm. 267, y Cloes, Comentario, t. I, p. 496, núms. 815 y 816.



esto es un contrato innominado; y siendo los privilegios de estricta interprotación no se puede extender á un contrato innominado el privilegio que la ley concede al precio de venta; luego el pretendido vendedor no tendrá privilegio, sólo podrá pedir la resolución del contrato en virtud de la condición resolutoria tácita subentendida en los contratos sinalagmáticos (art. 1184). Tal sería una convención por la que el adquirente de un inmueble se obliga á mantener al vendedor durante su vida. El cargo consiste en una obligación de hacer, y una obligación semejante no es en precio; hay contrato innominado, no hay venta (t. XXIV, núm. 70). Los cargos, según el rigor de los principios, no dan lugar á un privilegio más que cuando son un accesorio del precio estipulado en dinero; se confunden en este caso con el precio.

72. «Los copermutantes conservan recíprocamente su privilegio en los inmuebles cambiados por la transcripción del contrato de cambio en que consta que se les debe un saldo, devolución de lote, ó una suma á título de daños y perjuicios en caso de evicción» (art. 31). Para que el privilegio del cambista se conserve por la transcripción es necesario que el acta dé á conocer el crédito privilegiado y el monto de este crédito. El principio y el motivo son los mismos que los que acabamos de dar para el vendedor (núm. 71). Para el privilegio de saldo no hay dificultad, puesto que el saldo consiste ordinariamente en dinero. En cuanto al privilegio por causa de evicción la ley quiere que el acta contenga una suma fija á título de daños y perjuicios.

Esto confirma la opinión que hemos adoptado para los cargos que hacen parte del precio de venta. La ley quiere una suma fija con objeto de que los terceros tengan conocimiento exacto del crédito privilegiado. Esto es la aplicación á los privilegios del principio de la publicidad;

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

no hay publicidad cuando los terceros no saben por los registros del conservador el monto del crédito.

73. «El donante conserva su privilegio para los cargos pecuniarios ú otras prestaciones impuestas al donatario por la transcripción del acta de donación en que constan dichos cargos ó portaciones» (art. 32). Esto es siempre la aplicación del mismo principio y la confirmación de nuestra doctrina relativa á la venta (núm. 71). Los cargos en materia de donación responden en materia de venta al precio; pues bien, la ley no se conforma con la mención de los cargos impuestos al donatario, asimilado á este respecto al vendedor; quiere que los cargos estén conocidos por los terceros de un modo exacto; exige, en consecuencia, que las prestaciones estén líquidas cuando no son pecuniarias. Luego debe suceder lo mismo para los cargos que hacen parte del precio de venta, pues las disposiciones de los arts. 30 y 32 son la aplicación de un solo y mismo principio.

74. «El coheredero ó copartícipe conservan su privilegio por la transcripción del acta de partición ó de licitación» (art. 33). ¿Bajo qué condición? La ley no lo dice. ¿Se concluirá de ello que el privilegio será conservado aunque el acta de partición no diera á conocer los créditos privilegiados y el monto de estos créditos? La cuestión no tiene sentido. Hay que combinar el art. 33 y el art. 27, 4.°, que determina las condiciones requeridas para la existencia del privilegio de los copartícipes. La ley concede un privilegio para el saldo; es, pues, necesario que el acta de partición dé á conocer el saldo y el monto de las devoluciones de lote. La ley privilegia el precio de licitación; el acta debe, por consiguiente, indicar el precio. En fin, la indemnización en caso de evicción está privilegiada; aquí la ley exige una condición que se liga á la conservación del privilegio; el acta debe contener la estipulación de una suma fija para el caso de evicción; si esta cláusula no está en ella la transcripción



del acta de partición no conserva el privilegio de garantía. En vano el heredero despojado diría que el art. 33 no prescribe esta condición; se le contestaría que la transcripción no puede conservar un privilegio que no existe; y el privilegio de garantía, según el art. 27, sólo se exige cuando está fijada la indemnización debida en caso de evicción.

75. Hay todavía un acreedor privilegiado cuyo derecho está conservado por la transcripción de las actas de venta de cambio, de donación y de partición: es el de préstamo subrogado á sus derechos. Esto implica que la subrogación consta en el acta de partición; la transcripción del acta, en este caso, dará á conocer á los terceros la existencia y el monto del privilegio al que el prestamista está subrogado (art. 34). La ley agrega que el prestamista subrogado puede requerir la transcripción, la que conservará su privilegio; es parte en el acta, tiene interés en que se haga la transcripción para que su privilegio esté conservado; la ley tuvo, pues, que permitirle hacer transcribir el acta por la que queda subrogado, y dando á conocer la transcripción su privilegio éste queda por esto conservado. Si la subrogación no consta en el acta transcripta el privilegio no estará conservado, puesto que no se hace público; el tercero subrogado tendrá en este caso que inscribir la subrogación, conforme al art. 5 de la Ley Hipotecaria.

76. Tales son las disposiciones de la ley relativas á los privilegios que se conservan por la transcripción de las actas translativas ó declarativas de derechos reales inmobiliares cuando los privilegios proceden de estas actas y están mencionadas en ellas. Al ligar la conservación de estos privilegios á la transcripción ¿entiende la ley que no se conservan por la inscripción? La ley no dice esto. Comienza por establecer como regla general que los privilegios deben ser inscriptos para tener efecto contra los acreedores; luego todos los privilegios se conservan por la inscripción; por

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

consiguiente, también los privilegios del vendedor, del cambista, del donante y del copartícipe, á no ser que haya una excepción para estos privilegios. ¿Se dirá que la excepción existe en los arts. 30 y 34, según los cuales dichos privilegios se conservan por la transcripción? Esto es hacer decir á la ley lo que no dice, pues decir que tales privilegios se conservan por la transcripción no es decir que la inscripción no los conserva.

Se hace otra objeción. La inscripción, se dice, es inútil si se hace después de la transcripción, pues ésta basta para conservar el privilegio. Esta cuestión es una de esas hipótesis de escuela que no tienen sentido porque no se presentan nunca. ¿Irá un acreedor á tomar una inscripción, es decir, á hacer gastos para conservar un derecho que está ya conservado por la inscripción? (art. 34). No puede tratarse más que de una inscripción tomada antes de la transcripción. Por esto esta cuestión no tiene interés práctico. No hay acreedor que esté dispuesto á hacer gastos inútiles, y mientras que la transcripción de las actas translativas de propiedad no está hecha la propiedad no está transferida para con los terceros (art. 1) y, por consiguiente, la cosa está aún en el patrimonio del que la enajenó; y el propietario no está interesado en tomar inscripción en un inmueble que el adquirente no puede gravar con ningún derecho real en favor de terceros, puesto que no es propietario para con ellos. Volveremos á este punto. Si se admite nuestra opinión es seguro que la inscripción hecha antes de la transcripción es inútil y frustratoria y que ningún acreedor lo hará. Pero hay controversia acerca del principio tal como lo entendemos; y en la duda el acreedor privilegiado; viendo que el adquirente no transcribe, querrá conservar su privilegio haciéndolo transcribir. Se pregunta si lo puede hacer.

Hay una duda. La inscripción está tomada para conservar el derecho real que el privilegio da al acreedor, derecho en virtud del cual está preferido á los demás acreedores del deudor. ¿Y el vendedor puede tener un privilegio en un inmueble que aun está en su dominio para con los terceros? Nó. Luego la inscripción no se concibe. (1) Esto es verdad en la sutileza del derecho, pero ¿será también verdad según el texto y el espíritu de la ley? Si el legislador hubiera pensado que el privilegio del vendedor sólo se conserva por la transcripción no hubiera sentado en principio que la inscripción conserva todos los privilegios; en esta opinión el art. 29 no tendría ya sentido, pues la ley no conoce más que cinco privilegios inmobiliares; dice cómo se conserva el privilegio del arquitecto (art. 38); el art. 29 es, pues, extraño á este privilegio; quedan los del vendedor, del cambista, del donante y del copartícipe; si éstos privilegios no se conservan por la inscripción porque la ley liga su conservación á la inscripción ¿á qué privilegios se aplica el artículo 29? Sólo queda el privilegio de los prestamistas subrogados; y el art. 5 prescribe la publicidad y determina el modo de esta publicidad. En definitiva, el art. 29 quedaría sin aplicación posible y sería una disposición sin objeto. Hay, pues, que admitir que en la mente del legislador los acreedores privilegiados cuyo derecho se conserva por la transcripción pueden antes que esto se haga tomar una inscripción en el inmueble gravado con su privilegio. ¿Es esto contrario al principio de que no se puede tener un derecho real en su propia cosa? De hecho no, pues el vendedor deja de ser propietario para con el comprador desde que la venta está perfecta; y es contra el comprador contra el que toma inscripción; en este sentido su inscripción es válida; si los terceros están en causa á consecuencia de actas de disposición hechas por el adquirente esto no puede invalidar una ins-

1 Pont, t. I, p. 274, núm. 263. Cloes, t. I, p. 504, núm. 827. En sentido contrario, Martou, t. I, p. 253, núm. 638.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cripción válida en su principio. Por esto debe apartarse la objeción que se opone al acreedor que quiere tomar una inscripción; es acreedor más bien que propietario, puesto que dejó de ser propietario para con el comprador.

Si insistimos tanto en los verdaderos principios en un debate que no tiene interés práctico es porque importa precisar las ideas en la difícil materia de la conservación de los privilegios. Los principios elementales nos ayudarán á resolver las cuestiones controvertidas y dudosas.

77. La interpretación que hemos dado al art. 29 hace nacer una nueva dificultad. Resulta que los acreedores privilegiados, menos el arquitecto, tienen dos medios de conservar su privilegio: la inscripción y la transcripción. Esta teoría se comprende difícilmente. Si la inscripción conserva los privilegios, como lo dice el art. 29, es el acreedor privilegiado el que debe cuidar de la conservación de su derecho, pues el acreedor es quien requiere la inscripción (art. 2148; Ley Hipotecaria, art. 83), y si lo hace la transcripción, en lo que á él toca, es inútil. Si es la transcripción la que conserva el privilegio entonces el comprador, es decir, el deudor, conserva el privilegio del acreedor, pues él es quien requiere la transcripción; y en este caso la inscripción es inútil. ¿Se concibe ahora que la ley diga á la vez que el privilegio se conserva por el deudor y por el acreedor? El acreedor dirá que no tiene necesidad de hacer inscribir su privilegio y pagar gastos por este punto, puesto que la ley dispone que el privilegio se conserva por la transcripción, cuyos gastos debe sufrir el deudor. Y el deudor, si no quiere transcribir en interés suyo, no lo hará seguramente en interés del acreedor. No habrá, pues, transcripción ni inscripción. El sistema parece seguramente singular y hay que dar una explicación de esta aparente singularidad.

Esto es lo que vamos á intentar hacer.



## § III.—Objeto de la transcripcion como medio de conservar los privilegios.

78. Los arts. 30-34 no existían en el proyecto de la comisión sometido á las deliberaciones de las cámaras. Fueron introducidos en la ley, por proposición del Ministro de Justicia, con objeto de evitar los inconvenientes que resultan de la retroacción de los privilegios cuando su conservación está ligada á la inscripción. Antes de exponer el nuevo sistema propuesto por el Ministro y adoptado por las cámaras debe examinarse el principio de la retroacción de los privilegios tal cual lo formulaba la comisión especial. Este principio se enlaza al art. 12, cuya explicación hemos aplazado. Es por esta disposición por la que debemos comenzar el examen de las dificultades que presenta la conservación de los privilegios inmobiliares.

79. ¿Tienen los privilegios, por su naturaleza, un efecto retroactivo? El art. 12 parece decirlo al definir el privilegio: «Es un derecho que la *calidad* del crédito da á un acreedor para ser preferido á los demás acreedores, *aun hipotecarios*.» Si la *calidad* del crédito asegura al acreedor privilegiado la preferencia para con los demás acreedores la publicidad es indiferente; poco importa la fecha en la que un privilegio se hace público, desde que está conservado opera los efectos ligados á la calidad del crédito; y por razón de esta calidad es preferido á todos los demás acreedores, aun anteriores. Encontramos un ejemplo de esta retroacción en el privilegio del arquitecto. Se conserva por la inscripción de dos actas que deben levantarse para que el privilegio exista, y si la inscripción se hizo como lo prescribe la ley el arquitecto prevalecerá á todos los acreedores hipotecarios inscriptos antes que él. Esta preferencia se explica por la calidad del crédito privilegiado por el objeto



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cripción válida en su principio. Por esto debe apartarse la objeción que se opone al acreedor que quiere tomar una inscripción; es acreedor más bien que propietario, puesto que dejó de ser propietario para con el comprador.

Si insistimos tanto en los verdaderos principios en un debate que no tiene interés práctico es porque importa precisar las ideas en la difícil materia de la conservación de los privilegios. Los principios elementales nos ayudarán á resolver las cuestiones controvertidas y dudosas.

77. La interpretación que hemos dado al art. 29 hace nacer una nueva dificultad. Resulta que los acreedores privilegiados, menos el arquitecto, tienen dos medios de conservar su privilegio: la inscripción y la transcripción. Esta teoría se comprende difícilmente. Si la inscripción conserva los privilegios, como lo dice el art. 29, es el acreedor privilegiado el que debe cuidar de la conservación de su derecho, pues el acreedor es quien requiere la inscripción (art. 2148; Ley Hipotecaria, art. 83), y si lo hace la transcripción, en lo que á él toca, es inútil. Si es la transcripción la que conserva el privilegio entonces el comprador, es decir, el deudor, conserva el privilegio del acreedor, pues él es quien requiere la transcripción; y en este caso la inscripción es inútil. ¿Se concibe ahora que la ley diga á la vez que el privilegio se conserva por el deudor y por el acreedor? El acreedor dirá que no tiene necesidad de hacer inscribir su privilegio y pagar gastos por este punto, puesto que la ley dispone que el privilegio se conserva por la transcripción, cuyos gastos debe sufrir el deudor. Y el deudor, si no quiere transcribir en interés suyo, no lo hará seguramente en interés del acreedor. No habrá, pues, transcripción ni inscripción. El sistema parece seguramente singular y hay que dar una explicación de esta aparente singularidad.

Esto es lo que vamos á intentar hacer.



## § III.—Objeto de la transcripcion como medio de conservar los privilegios.

78. Los arts. 30-34 no existían en el proyecto de la comisión sometido á las deliberaciones de las cámaras. Fueron introducidos en la ley, por proposición del Ministro de Justicia, con objeto de evitar los inconvenientes que resultan de la retroacción de los privilegios cuando su conservación está ligada á la inscripción. Antes de exponer el nuevo sistema propuesto por el Ministro y adoptado por las cámaras debe examinarse el principio de la retroacción de los privilegios tal cual lo formulaba la comisión especial. Este principio se enlaza al art. 12, cuya explicación hemos aplazado. Es por esta disposición por la que debemos comenzar el examen de las dificultades que presenta la conservación de los privilegios inmobiliares.

79. ¿Tienen los privilegios, por su naturaleza, un efecto retroactivo? El art. 12 parece decirlo al definir el privilegio: «Es un derecho que la *calidad* del crédito da á un acreedor para ser preferido á los demás acreedores, *aun hipotecarios*.» Si la *calidad* del crédito asegura al acreedor privilegiado la preferencia para con los demás acreedores la publicidad es indiferente; poco importa la fecha en la que un privilegio se hace público, desde que está conservado opera los efectos ligados á la calidad del crédito; y por razón de esta calidad es preferido á todos los demás acreedores, aun anteriores. Encontramos un ejemplo de esta retroacción en el privilegio del arquitecto. Se conserva por la inscripción de dos actas que deben levantarse para que el privilegio exista, y si la inscripción se hizo como lo prescribe la ley el arquitecto prevalecerá á todos los acreedores hipotecarios inscriptos antes que él. Esta preferencia se explica por la calidad del crédito privilegiado por el objeto



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

del privilegio. El arquitecto enriquece el patrimonio del deudor común; es, pues, justo que se le pague del precio del fundo que mejoró con sus trabajos hasta concurrencia del aumento de valor que le procuró. El privilegio retrotrae en el sentido de que prevalece á créditos inscriptos antes que el del arquitecto. Pero no hay en esta retroacción ningún ataque á derechos adquiridos; á decir verdad, los acreedores anteriores y el arquitecto ejercen sus derechos en valores diferentes, los acreedores anteriores en el valor que tiene el inmueble independientemente de los trabajos que fueron ejecutados y el arquitecto en el aumento de valor de los trabajos; y los acreedores posteriores á la inscripción de la primera acta no pudieron contar con este aumento de valor, puesto que en el momento en que contrajeron tenían conocimiento del privilegio que el arquitecto adquiriría en sus trabajos. En cuanto á los acreedores inscriptos antes de la primera acta tenían, en verdad, un derecho en los trabajos de mejoras en el sentido de que su derecho recae en estas mejoras; pero no lo pueden oponer más que á los acreedores quirografarios y no á los acreedores privilegiados, pues esto sería enriquecerse en su perjuicio, y nadie puede enriquecerse sin causa á expensas ajenas.

80. La retroacción así entendida se concilia con los principios generales del derecho. Sería contraria á estos principios si los privilegios retrotrageran quitando un derecho adquirido. Y la hipoteca, como todo derecho real, da al acreedor un derecho en la cosa; la propiedad del inmueble hipotecado está desmembrada en favor del acreedor hipotecario que no puede ser despojado de su derecho por un privilegio que naciera cuando la hipoteca se volvió ineficaz para con los terceros por su inscripción. En teoría la hipoteca inscripta debe prevalecer al privilegio posterior. Soy propietario de un inmueble hipotecado; vendo; la venta me da un privilegio en este inmueble. ¿Este privilegio prevalecerá



á la hipoteca? Si se tomara el art. 12 á la letra habría que contestar que el vendedor, acreedor privilegiado, prevalece al acreedor hipotecario cuando ejercen sus derechos en un mismo inmueble. Sin embargo, todo el mundo sabe que la hipoteca prevalecerá al privilegio. Pero no se está acorde en el motivo de decidirlo. El principio que acabamos de recordar ofrece una muy sencilla explicación de la preferencia que se da al acreedor hipotecario. En el momento en que el privilegio toma nacimiento por la venta del inmueble éste está gravado con una hipoteca inscripta; está, pues, desmembrado en favor del acreedor hipotecario. Así es que el privilegio del vendedor recae en un inmueble desmembrado; es decir, que sólo recae en el inmueble respetando el derecho del acreedor hipotecario; luego éste prevalecerá al vendedor en el precio del inmueble gravado á la vez de hipoteca y de privilegio. (1)

Esto no está contestado; la única dificultad está en saber si esta preferencia que se concede al acreedor hipotecario sobre un acreedor privilegiado es una derogación del principio consagrado por el art. 12. No decimos que esto es una excepción á la regla, pues si lo fuera tendría que estar formulada en un texto, y no lo hay. Decimos que el privilegio no puede prevalecer á la hipoteca en todos los casos en que concurre con una hipoteca inscripta en el momento en que nace el privilegio, porque si éste prevaleciera se quitaría al acreedor hipotecario un derecho adquirido, y el legislador mantiene siempre el derecho adquirido. El principio del art. 12 no puede, pues, recibir aplicación más que cuando el privilegio concurre con una hipoteca posterior; en este caso el privilegio, aunque inscripto posteriormente á la hipoteca, prevalece por su naturaleza; es decir, por la calidad del crédito. Diremos más adelante cómo garantiza

1 Durantón, t. XIX, p. 26, núm. 26. Mourlón, Repeticiones, t. III, p. 497, núm. 1249, y Examen crítico, t. I, p. 76, núm. 29.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la nueva ley los derechos del deudor hipotecario que se encuentra preferido por un acreedor privilegiado cuyo derecho no se había hecho público en el momento de la inscripción de la hipoteca.

Hay otra explicación de la preferencia que pertenece al acreedor hipotecario contra el privilegio que toma nacimiento cuando el derecho hipotecario se adquirió ya para con los terceros. Se dice que en el caso que hemos supuesto no hay realmente concurso entre el acreedor privilegiado y el hipotecario, puesto que tienen un deudor diferente; el vendedor tiene por deudor al comprador y el acreedor hipotecario tiene por deudor al vendedor ó á un propietario que contrajo la deuda hipotecaria. Y el privilegio, es decir, la preferencia para con los demás acreedores hipotecarios, implica que los diversos acreedores ejercen sus derechos en los bienes del mismo deudor. Cuando ejercen sus derechos en los bienes de diferentes vendedores no concurren; no puede decirse que el uno prevalezca al otro. (1) Nos parece que la explicación deja que desear: la hipoteca, en el caso, y el privilegio recaen en el mismo bien, es el solo y mismo precio el que está distribuido entre el acreedor privilegiado y el hipotecario; en este sentido concurren, hay conflicto entre ellos. Se admite que el acreedor privilegiado está preferido por el acreedor hipotecario, puesto que éste se paga del precio antes que el otro; luego hay una excepción aparente al art. 12 que dice terminantemente que el acreedor privilegiado prevalece á los acreedores hipotecarios.

Una cosa es segura, cualquiera que sea la explicación que se adopte: es que el privilegio no retrotrae en el caso en que toma nacimiento cuando el inmueble está ya gravado con una hipoteca inscripta. Y esto es todo lo que queremos hacer constar. Si es, pues, de naturaleza del privilegio re-

1 Martou, Comentario, t. II, p. 10, núm. 295.



trotraer sólo puede ser en el sentido de que el privilegio prevalece á las hipotecas que están establecidas posteriormente al momento en que el crédito privilegiado tomó nacimiento. Esta es la hipótesis que vamos á examinar. Los trabajos preparatorios nos enseñarán que los autores de la ley, lejos de consagrar la retroacción de los privilegios, han organizado la conservación de los privilegios de modo que resguarden á la vez los derechos del acreedor privilegiado y los derechos de los terceros acreedores hipotecarios.

81. El Código Civil no admitía más que tres privilegios: los del vendedor, del copartícipe y del anticresista; en cuanto á los privilegios del prestamista, á quienes clasificaba entre los privilegios inmobiliares, sólo era la subrogación á uno de estos tres privilegios; se confundía, pues, con ellos. Ya hemos dicho en qué sentido retrotrae el privilegio del arquitecto y volveremos aún á ello al tratar de la conservación de este privilegio. El privilegio del vendedor se conservaba por la transcripción del acta de venta (artículo 2108). Este sistema, tomado de la ley de Brumario, supone que la transcripción está requerida para que la venta tenga efecto para con los terceros. Este era el principio consagrado por el proyecto del Código Civil. Desgraciadamente el principio desapareció sin que se sepa cómo, así como lo dijimos en otro lugar (tomo XXIX, núms. 28 y 29). Desde luego la conservación del privilegio del vendedor por la transcripción no tenía ya razón de ser y, sin embargo, estaba escrito en el Código. De ahí dificultades inextricables. El Código Civil disponía también que los privilegios se conservan por la inscripción, pero el art. 2106 decía que sólo tenían efecto *á contar de la fecha de esta inscripción*. ¿Cómo conciliar el art. 2106 con el art. 2108? Se intentó en vano, la conciliación era imposible; el art. 2106 fué sacrificado; se le interpretó en el sentido de que el vendedor sólo producía efecto cuando estaba transcripto, pero que

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tema ha disminuido, pero no ha desaparecido; mientras que en el sistema propuesto por el ministerio desaparecía completamente. El privilegio se consideraba por la transcripción, se hacía público desde el mismo día en que la propiedad se consolidaba á favor del nuevo adquirente; el privilegio que grava la propiedad es del conocimiento de todos en el momento en que el adquirente se hace propietario con respecto á los terceros, es decir, desde el momento en que los terceros pueden tratar con él. (1)

En este sistema, que es el de nuestra ley, no se puede tratar de la retroactividad del privilegio. No hay plazo fijo para la transcripción; luego no lo hay tampoco para la conservación del privilegio. Este se hace público al mismo tiempo que el acta translativa ó declarativa de propiedad de donde procede; antes de la transcripción no hay translación de propiedad con respecto á los terceros; no hay, pues, privilegio que conservar á su respecto, la propiedad no está transferida con relación á los terceros más que por la transcripción, y ésta también conserva el privilegio. Antes de la transcripción no hay privilegio; el privilegio nace, con relación á los terceros, á partir de la transcripción.

84. El nuevo sistema modifica mucho el privilegio tal como está definido por el art. 12 si se entiende la definición en el sentido de que es de naturaleza del privilegio operar con efecto retroactivo. Todos los privilegios consagrados por la Ley Hipotecaria se conservan por la transcripción, exceptuándose el privilegio del arquitecto; éste no retrotrae en el sentido de que no quita á los acreedores hipotecarios un derecho que han adquirido, recae en un valor que el arquitecto crea y en el cual los acreedores anteriores no tenían ningún derecho. En cuanto á los privilegios del vendedor, del cambista, del donante y del copar-

1 Sesión de la Cámara de Representantes de 4 Febrero de 1851 (Parent, página 279).



tícipe no existen con relación á los terceros más que á partir de la transcripción, y es también á partir de este momento desde el que los terceros pueden adquirir derechos sobre el inmueble gravado con el privilegio; no pueden, pues, adquirir derechos sino hasta que se haga público el privilegio. De aquí se sigue que sus derechos son posteriores al privilegio; si éste los prevalece es menos en razón de la calidad del crédito que en razón de la publicidad que recibe. Luego no se puede decir que el privilegio prevalece á las hipotecas en razón de su calidad, les prevalece porque en el sistema de la nueva ley es necesariamente anterior á las hipotecas que los terceros pueden adquirir en el mueble gravado con el privilegio.

No hay más que un privilegio que prevalece á las hipotecas anteriores: es el de las costas judiciales. Mejor dicho, la existencia de este privilegio implica los créditos anteriores, sin los cuales no se concibe. Nada hay de retroactividad en este privilegio; los créditos hipotecarios y privilegados están obligados á hacer gastos de conservación, de liquidación y de distribución para realizar su derecho de preferencia, deben naturalmente sufrir los gastos que se hagan en su interés.

El sentido que damos al sistema de conservación de los privilegios, tal como está consagrado por la nueva ley, no puede ser contestado; esta no es nuestra interpretación, es la ley interpretada por el que la propuso, por el Ministro de Justicia. Pero la aplicación no deja de tener dificultad. Se necesita distinguir entre los actos translativos de propiedad y la división.

### § IV.—Aplicación del principio á los privilegios que nacen de una acta translativa de propiedad.

85. Hay tres privilegios que nacen de actas translativas



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tema ha disminuido, pero no ha desaparecido; mientras que en el sistema propuesto por el ministerio desaparecía completamente. El privilegio se consideraba por la transcripción, se hacía público desde el mismo día en que la propiedad se consolidaba á favor del nuevo adquirente; el privilegio que grava la propiedad es del conocimiento de todos en el momento en que el adquirente se hace propietario con respecto á los terceros, es decir, desde el momento en que los terceros pueden tratar con él. (1)

En este sistema, que es el de nuestra ley, no se puede tratar de la retroactividad del privilegio. No hay plazo fijo para la transcripción; luego no lo hay tampoco para la conservación del privilegio. Este se hace público al mismo tiempo que el acta translativa ó declarativa de propiedad de donde procede; antes de la transcripción no hay translación de propiedad con respecto á los terceros; no hay, pues, privilegio que conservar á su respecto, la propiedad no está transferida con relación á los terceros más que por la transcripción, y ésta también conserva el privilegio. Antes de la transcripción no hay privilegio; el privilegio nace, con relación á los terceros, á partir de la transcripción.

84. El nuevo sistema modifica mucho el privilegio tal como está definido por el art. 12 si se entiende la definición en el sentido de que es de naturaleza del privilegio operar con efecto retroactivo. Todos los privilegios consagrados por la Ley Hipotecaria se conservan por la transcripción, exceptuándose el privilegio del arquitecto; éste no retrotrae en el sentido de que no quita á los acreedores hipotecarios un derecho que han adquirido, recae en un valor que el arquitecto crea y en el cual los acreedores anteriores no tenían ningún derecho. En cuanto á los privilegios del vendedor, del cambista, del donante y del copar-

1 Sesión de la Cámara de Representantes de 4 Febrero de 1851 (Parent, página 279).



tícipe no existen con relación á los terceros más que á partir de la transcripción, y es también á partir de este momento desde el que los terceros pueden adquirir derechos sobre el inmueble gravado con el privilegio; no pueden, pues, adquirir derechos sino hasta que se haga público el privilegio. De aquí se sigue que sus derechos son posteriores al privilegio; si éste los prevalece es menos en razón de la calidad del crédito que en razón de la publicidad que recibe. Luego no se puede decir que el privilegio prevalece á las hipotecas en razón de su calidad, les prevalece porque en el sistema de la nueva ley es necesariamente anterior á las hipotecas que los terceros pueden adquirir en el mueble gravado con el privilegio.

No hay más que un privilegio que prevalece á las hipotecas anteriores: es el de las costas judiciales. Mejor dicho, la existencia de este privilegio implica los créditos anteriores, sin los cuales no se concibe. Nada hay de retroactividad en este privilegio; los créditos hipotecarios y privilegados están obligados á hacer gastos de conservación, de liquidación y de distribución para realizar su derecho de preferencia, deben naturalmente sufrir los gastos que se hagan en su interés.

El sentido que damos al sistema de conservación de los privilegios, tal como está consagrado por la nueva ley, no puede ser contestado; esta no es nuestra interpretación, es la ley interpretada por el que la propuso, por el Ministro de Justicia. Pero la aplicación no deja de tener dificultad. Se necesita distinguir entre los actos translativos de propiedad y la división.

### § IV.—Aplicación del principio á los privilegios que nacen de una acta translativa de propiedad.

85. Hay tres privilegios que nacen de actas translativas



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de propiedad: las del vendedor, del cambista y del donante. Aplicaremos el nuevo principio al privilegio del vendedor, el único que se usa. Lo que digamos del vendedor se aplica literalmente al cambista y al donante, puesto que la venta, el cambio y la donación son actos de naturaleza idéntica bajo el punto de vista de los privilegios y de su conservación.

Cuando el comprador transcribe el acta de venta antes de hacer ningún acto de disposición de la cosa vendida la aplicación de la ley nueva no levanta ninguna dificultad. Ordinariamente el comprador transcribirá inmediatamente porque está interesado en ello. Si no lo hace corre el riesgo de ser víctima de la mala fe del vendedor, pudiende éste vender á un segundo adquirente, el que al transcribir será propietario con respecto á los terceros. El adquirente aun tiene otro interés en transcribir desde luego su acta de venta: es que si quiere ejecutar un acto de disposición cualquiera, enajenar, hipotecar, no hallará á nadie que quiera tratar con él en tanto que no transcriba, puesto que hasta la transcripción no es propietario con relación á los terceros; si, pues, está en el caso de hipotecar la primera condición que le impondrá el prestamista será que haga transcribir su acta de adquisición. En este sentido decimos que ordinariamente la transcripción precederá á todo acto de disposición que hiciera el comprador. Y en esta hipótesis la preferencia del vendedor está asegurada por la transcripción que conserva su privilegio con relación á todo tercero, y especialmente con relación á los acreedores hipotecarios posteriores; se les prefiere no en razón de la calidad de su crédito sino de la publicidad dada á su privilegio; se puede, pues, decir que el vendedor está inscripto antes que los acreedores á los que el comprador concede una hipoteca y les prevalece por la primacía de su inscripción.

86. El comprador puede no transcribir y consentir una



hipoteca sin que el acreedor exija que el deudor comience por transcribir su acta de adquisición. Esta es una gran imprudencia por parte del comprador y de los terceros que contratan con él; rara vez sucederá que las partes traten así á la ligera. Es sin duda por esto por lo que la cuestión no se presentó ante los tribunales después de la publicación de la nueva ley. Debemos, sin embargo, preveer la hipótesis, puesto que da lugar á grandes disensiones en la doctrina. El comprador no es propietario para con los terceros mientras no ha transcripto. Transladamos acerca de este punto á lo que ha sido dicho de la transcripción. No siendo propietario no puede hipotecar; la hipoteca que consiente no puede, pues, ser opuesta á los terceros. Esto es también incontestable. ¿Puede oponerse al vendedor? En nuestro concepto no. Mientras que el comprador no ha transcripto el vendedor permanece propietario del inmueble para con los terceros; puede, pues, hipotecarlo, y esta hipoteca podría seguramente oponerse al comprador; si la hipoteca constituida por el vendedor es válida contra el comprador es imposible que la hipoteca consentida por el comprador pueda ser opuesta por el vendedor; sólo hay una persona que puede hipotecar el inmueble: es el propietario; si el vendedor puede hipotecarlo es porque permanece propietario mientras que no hay transcripción. ¿Y puede uno prevalecerse contra el propietario de una hipoteca consentida por otro que no sea él? Esto no tiene sentido.

Se objeta que este sistema sacrifica los derechos del poder hipotecario, el que puede ser de buena fe, al vendedor que necesariamente es de mala fe. La objeción es poco seria; no se trata de buena fe en el caso; el acreedor hipotecario que trata como un adquirente sin exigir que éste transcriba ante todo el acta de adquisición comete una grave imprudencia; si el vendedor enajenase y que el acta de venta se transcribiera el segundo adquirente lo despojaría

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

apesar de su buena fe; tampoco puede prevalecerse de su buena fe contra el vendedor apesar de la mala fe de éste; el vendedor permanece propietario para con los terceros; luego para con los acreedores hipotecarios del adquirente.

Aquí se nos detiene; el comprador, se dice, es propietario para con el vendedor; luego para con éste puede hipotecar y, por tanto, la hipoteca puede ser opuesta al vendedor. Contestamos que esto es hacer una falsa aplicación de un principio verdadero. La propiedad se transfiere entre las partes por el sólo efecto del contrato; esto quiere decir que la venta produce todos sus efectos entre el vendedor y el comprador, aunque no haya sido transcripta. Pero no tiene efecto para con los terceros, y el acreedor hipotecario es un tercero; lo que decide la cuestión.

Todavía se da otra forma á la objeción. El acta no transcripta no puede ser opuesta á los terceros; el vendedor, se dice, no es seguramente un tercero respecto al comprador; luego no puede prevalecerse de la falta de transcripción contra el comprador ni contra los legatarios de éste. Contestamos que los *legatarios* están demás en este argumento; en efecto, son terceros en el sentido de que no han figurado en el acta. Si los legatarios son terceros para con el vendedor éste lo es también para con ellos. Se dice en vano que el vendedor nunca puede prevalecerse de la falta de transcripción, puesto que ésta sólo fué establecida por interés de los terceros. La objeción no tiene en cuenta el papel que la transcripción desempeña en la conservación del privilegio del vendedor. Este privilegio se conserva por la transcripción; no quiere esto decir que si la transcripción se hace el privilegio del vendedor está conservado; quiere también decir que mientras la transcripción no ha sido hecha no hay lugar á conservar el privilevio, porque éste no existe realmente para con los terceros sino cuando el acta de venta fué transcripta (núm. 183). Hasta entonces no siendo el comprador propietario para con los terceros el vendedor no puede tener privilegio contra éstos, puesto que él es el que es propietario para con ellos, y el vendedor no puede tener privilegio en su propia cosa; el derecho del propietario no puede estar comprometido por una hipoteca que el comprador no tenía el derecho de consentir; si, pues, el acreedor hipotecario quisiera obrar hipotecariamente contra el vendedor éste lo rechazaría no en virtud de su privilegio sino en virtud de su derecho de propiedad.



En estos términos es como se expresa el relator de la comisión del Senado. «Si la venta no está transcripta, dice el Sr. d'Anethán, el privilegio no puede existir, puesto que la misma venta no existe para con los terceros.» (1) La comisión especial decía la misma cosa en el sistema de realización que había propuesto: «Si el comprador no hizo realizar su título (ó, según nuestra ley, no lo transcribió) la transmisión de la propiedad no puede operar para con los terceros; el comprador no pudo, pues, conceder derechos reales en el bien en perjuicio del privilegio del vendedor.» (2)

87. La cuestión que acabamos de discutir está controvertida. Todo el mundo admite que el acreedor hipotecario, en el caso, no puede oponer su hipoteca al vendedor; pero los autores no están acordes en el motivo de decidir. (3) Hay una interpretación enteramente diferente de la que hemos adoptado: se basa en la retroacción del privilegio ó, si se quiere, en la nulidad del privilegio que, por su naturaleza, prevalece en el acreedor hipotecario. (4) Esta in-

1 D'Anethán, informe (Parent, p. 409).
2 Informe de la comisión especial (Parent, p. 36).
3 Véase en el sentido de nuestra opinión, Valette, Del efecto ordinario de la inscripción en materia de privilegios sobre los inmuebles, ps. 89 á 93; Troplong, Privilegios, núm. 276; Cloes, t. I, p. 491, núm. 806.
4 Martou, t. II, p. 256, núm. 641. Arntz, Curso de derecho civil, t. II, página 698, núm. 1711.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

terpretación está en oposición con el principio de la conservación de los privilegios tal como fué explicado por el Ministro de Justicia que lo propuso; está en oposición con el espíritu de nuestro régimen nuevo en la transmisión de la propiedad tal cual fué expuesta por la comisión especial (núm. 86). Se supone que el comprador consiente una hipoteca antes de haber transcripto el acta de adquisición y que el acreedor ejerce su derecho hipotecario; ¿el vendedor puede pedir la preferencia sobre el acreedor hipotecario en virtud de su privilegio? Es así como se presentó la cuestión. Y mientras que el acta de venta no fué transcripta no hay transmisión de la propiedad, no hay privilegio; luego no puede tratarse de ejercer un privilegio. Para con los terceros no hay vendedor privilegiado, sólo hay un propietario; es, pues, como propietario como el vendedor interviene; supone al acreedor hipotecario no su privilegio sino su derecho de propiedad. Tales son los principios formulados en las relaciones de las comisiones. La explicación que combatimos es, pues, contraria al espíritu de la ley tal cual fué interpretada por los mismos autores de la Ley Hipotecaria.

88. Se dirá que no es así como pasaron las cosas. Si el inmueble está expropiado el vendedor se presentará como acreedor privilegiado haciendo transcribir el acta de venta, y desde que el privilegio está publicado prevalece á la hipoteca, y desde que se hizo la transcripción la propiedad quedará adquirida al adquirente para con los terceros y el vendedor tendrá su privilegio. Habrá, pues, conflicto entre el acreedor hipotecario inscripto antes de la transcripción y el vendedor cuyo privilegio fué conservado por la transcripción posterior á la inscripción de la hipoteca. ¿Quién prevalecerá? Decimos que el vendedor no porque su privilegio retrotrae ni por la calidad de su crédito sino porque su privilegio es, en realidad, anterior á la hipoteca. En efecto, ¿á partir de qué momento existe la venta y, por tanto, la partición? A partir de la transcripción. ¿Y cuál es la fecha real de la hipoteca? Fué inscripta antes de la transcripción del acta de venta; pero la inscripción de una hipoteca que no tiene efecto para con los terceros no le puede dar efecto, pues la transcripción sólo es la manifestación de un derecho de que supone la existencia. La hipoteca sólo existe, á decir verdad, á partir del momento en que el acta de venta ha sido transcripta; luego la hipoteca no se vuelve eficaz más que por esta transcripción; apesar de la anterioridad de la inscripción la hipoteca tiene una fecha posterior á la transcripción, luego el privilegio del vendedor prevalece á la hipoteca sin ninguna retroacción, no en virtud de la calidad del crédito sino porque es anterior á la hipoteca. Según el rigor de los principios la inscripción es hasta radicalmente nula ó inexistente; no se puede inscribir una hipoteca que no existe. Esta inscripción, por su fecha, podría engañar á los terceros. Puesto que es inexistente el acreedor tendrá que tomar nueva inscripción, la que será prevalecida por la transcripción anterior del acreedor hipotecario, transcripción que vale inscripción.



89. Se presenta una cuestión análoga en la que hay igualmente controversia. El comprador revende el inmueble sin haber transcripto el acta de adquisición; el subadquirente transcribe. ¿Se pregunta lo que sucede con el privilegio del vendedor primitivo? Si se aplican los principios tal cual acabamos de exponerlos según los trabajos preparatorios la solución será muy sencilla. No habiendo sido transcripta la primera venta el adquirente no se convirtió en propietario para con los terceros; para con ellos la propiedad está siempre en poder del vendedor. Luego el comprador que revende la cosa no puede transcribir la propiedad para con los terceros; no siendo propietario para con éstos no puede transmitir al comprador un derecho que él

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mismo no tiene. De esto se sigue que el vendedor primitivo permanece propietario para con el subadquirente; éste no puede, pues, oponerle su derecho de propiedad. En vano se objeta que el vendedor no es un tercero y que no puede prevalecerse de la falta de transcripión. Contestaremos lo que ya hemos contestado (núm. 86): que el vendedor permanece propietario para con los terceros; que no hubiera podido, por consiguiente, transferir la propiedad á un subadquirente que le opone su derecho de propiedad; y es imposible que el subadquirente oponga su derecho de propiedad al que no es propietario para con él y que hubiera podido transmitírsela. Contestamos también, bajo el punto de vista de los privilegios, que no se trata del decaimiento del privilegio, puesto que no habiendo sido transcripta la venta el vendedor ha permanecido propietario y no es acreedor privilegiado; es en virtud de su derecho de propiedad como rechaza á los terceros adquirentes y no en virtud de su privilegio; no puede perder un privilegio que no existe cuando la transcripción no se hizo. Si se objeta que esto es sacrificar el interés del tercero adquirente al interés del vendedor repetiremos lo que hemos dicho del acreedar hipotecario; los terceros no deben tratar con un propietario cuyo título de adquisición no ha sido transcripto; si tratan con él deben sufrir las consecuencias de su imprudencia. Esta es la contestación que hace la comisión especial en su informe, en el que la cuestión ha sido prevista. Transcribimos el informe en apoyo de la doctrina que sostenemos en estas materias difíciles, porque estamos en oposición con Marton, el excelente comentador de nuestra Ley Hipotecaria, que no tuvo cuenta alguna de los trabajos preparatorios. (1) Esto es ir demasiado lejos; si los informes de las

1 Marton, t. II, p. 257, núm. 642. En sentido contrario, Valette, Del efecto de la inscripción en materia de privilegios, ps. 92, siguido por Cloes, t. I, página 507, núm. 830. La opinión de Marton es generalmente aceptada.



palabras del Ministro no dan la ley, sirven cuando menos, para explicarla.

Hé aquí lo que dice la comisión especial: «Se ha preguntado si el vendedor puede aún ejercer su privilegio en el bien vendido cuando el comprador que no ha pagado el precio y que no transcribió su título ha revendido el bien á otro que lo transcribió después de haberlo pagado.» Después de hacer constar que la cuestión está controvertida, la comisión agrega: «Todas las dificultades desaparecen con con el proyecto de la comisión. De dos cosas una. O el comprador no hizo *transcribir* su título, y en este caso la transmisión no puede operar para con los terceros; *no pudo, pues, conceder derechos reales en el bien en perjuicio del vendedor*. (1) O bien el comprador *transcribió* su título, y en este caso no hay ninguna dificultad y todos están acordes.

### § V.—Aplicación del principio a los privilegios que nacen de la partición.

90. La ley aplica al privilegio del copartícipe el principio que rige los privilegios del vendedor, del cambista y del donante. No hace ninguna diferencia entre los privilegios que nacen de las actas translativas de propiedad y los que nacen de actas declarativas de la misma. En la teoría de la nueva ley todas estas actas están igualmente sometidas á la transcripción, y como la transcripción de las actas hace públicos los privilegios que resultan de ellas el legislador ligó la conservación de los privilegios á dicha publicidad, sin distinguir entre la partición que sólo declara la propiedad y las actas que la transfieren. No se puede decir de la partición lo que acabamos de decir de la venta: que los privilegios quedan conservados en el momento mismo en que el copartícipe se convierte en propietario

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 36).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mismo no tiene. De esto se sigue que el vendedor primitivo permanece propietario para con el subadquirente; éste no puede, pues, oponerle su derecho de propiedad. En vano se objeta que el vendedor no es un tercero y que no puede prevalecerse de la falta de transcripión. Contestaremos lo que ya hemos contestado (núm. 86): que el vendedor permanece propietario para con los terceros; que no hubiera podido, por consiguiente, transferir la propiedad á un subadquirente que le opone su derecho de propiedad; y es imposible que el subadquirente oponga su derecho de propiedad al que no es propietario para con él y que hubiera podido transmitírsela. Contestamos también, bajo el punto de vista de los privilegios, que no se trata del decaimiento del privilegio, puesto que no habiendo sido transcripta la venta el vendedor ha permanecido propietario y no es acreedor privilegiado; es en virtud de su derecho de propiedad como rechaza á los terceros adquirentes y no en virtud de su privilegio; no puede perder un privilegio que no existe cuando la transcripción no se hizo. Si se objeta que esto es sacrificar el interés del tercero adquirente al interés del vendedor repetiremos lo que hemos dicho del acreedar hipotecario; los terceros no deben tratar con un propietario cuyo título de adquisición no ha sido transcripto; si tratan con él deben sufrir las consecuencias de su imprudencia. Esta es la contestación que hace la comisión especial en su informe, en el que la cuestión ha sido prevista. Transcribimos el informe en apoyo de la doctrina que sostenemos en estas materias difíciles, porque estamos en oposición con Marton, el excelente comentador de nuestra Ley Hipotecaria, que no tuvo cuenta alguna de los trabajos preparatorios. (1) Esto es ir demasiado lejos; si los informes de las

1 Marton, t. II, p. 257, núm. 642. En sentido contrario, Valette, Del efecto de la inscripción en materia de privilegios, ps. 92, siguido por Cloes, t. I, página 507, núm. 830. La opinión de Marton es generalmente aceptada.



palabras del Ministro no dan la ley, sirven cuando menos, para explicarla.

Hé aquí lo que dice la comisión especial: «Se ha preguntado si el vendedor puede aún ejercer su privilegio en el bien vendido cuando el comprador que no ha pagado el precio y que no transcribió su título ha revendido el bien á otro que lo transcribió después de haberlo pagado.» Después de hacer constar que la cuestión está controvertida, la comisión agrega: «Todas las dificultades desaparecen con con el proyecto de la comisión. De dos cosas una. O el comprador no hizo *transcribir* su título, y en este caso la transmisión no puede operar para con los terceros; *no pudo, pues, conceder derechos reales en el bien en perjuicio del vendedor*. (1) O bien el comprador *transcribió* su título, y en este caso no hay ninguna dificultad y todos están acordes.

### § V.—Aplicación del principio a los privilegios que nacen de la partición.

90. La ley aplica al privilegio del copartícipe el principio que rige los privilegios del vendedor, del cambista y del donante. No hace ninguna diferencia entre los privilegios que nacen de las actas translativas de propiedad y los que nacen de actas declarativas de la misma. En la teoría de la nueva ley todas estas actas están igualmente sometidas á la transcripción, y como la transcripción de las actas hace públicos los privilegios que resultan de ellas el legislador ligó la conservación de los privilegios á dicha publicidad, sin distinguir entre la partición que sólo declara la propiedad y las actas que la transfieren. No se puede decir de la partición lo que acabamos de decir de la venta: que los privilegios quedan conservados en el momento mismo en que el copartícipe se convierte en propietario

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 36).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

para con los terceros, pues no adquiere la propiedad con la partición; esta acta sólo declara que ha sido siempre propietario de los bienes de su lote á partir de la indivisión. Así es que no es para dar á conocer la mutación que se operó en la propiedad por lo que la partición debe transcribirse, es para darles á conocer que la indivisión cesó y que no pueden ya tratar con los comuneros como propietarios de todos los bienes que tenían indivisos entre ellos; que sólo pueden tratar con ellos como propietarios exclusivos de los bienes que recogieron de la partición. Es cuando la indivisión cuando los comuneros se han vuelto propietarios, y este estado de indivisión no siempre se publica, no estando el hecho más frecuente de que resulta la herencia sometido á la transcripción. Hay, pues, una diferencia de principio muy grande entre el objeto de la publicidad cuando se trata de actas translativas de propiedad. Y el efecto difiere también considerablemente. El legislador no tuvo en cuenta esto y asimiló completamente la venta y la partición. Pero la aplicación del principio suscita dificultades; debemos señarlas aunque no presenten interés práctico; importa siempre al derecho precisar los principios. Hay que distinguir desde luego, como lo hemos hecho con la venta, si la partición está transcripta ó si no lo está.

*Núm. 1. De la conservación del privilegio cuando la partición está transcripta.*

91. La partición está transcripta. Resulta un privilegio de saldo en favor del primer copartícipe en el inmueble comprendido en el lote del tercero. Se establecen unas hipotecas en estos muebles posteriormente á la partición; ¿cuál será su efecto para con el acreedor privilegiado? A partir de la transcripción de la partición los copartícipes dejan de ser comuneros para con los terceros; no pueden



ya enajenar ó hipotecar más que los inmuebles caídos en su lote. Si, pues, un hipoteca está consentida por un copartícipe en inmuebles que no están comprendidos en su lote la hipoteca es nula y, por consiguiente, no puede haber conflicto entre el acreedor hipotecario y el acreedor privilegiado. Para que la cuestión del concurso pueda presentarse es necesario suponer, en el caso, que la hipoteca ha sido consentida por el tercer copartícipe. El acreedor hipotecario será preferido por el acreedor del saldo, no por razón de la calidad del crédito privilegiado sino porque el privilegio que implica una hipoteca privilegiada es anterior á la hipoteca y fué conservado antes de que la hipoteca existiera. Esta es la aplicación del art. 81 (Código Civil, art. 2134). «Entre acreedores la hipoteca no tiene rango más que desde el día de la inscripción tomada en los registro del conservador.» La hipoteca está, pues, necesariamente preferida por el privilegio inscripto anteriormente; y para los privilegios la transcripción vale inscripción.

92. Acerca de este punto no hay duda. Pero hay algunas dificultades si la hipoteca fué consentida por el tercer copartícipe durante la indivisión en un inmueble que cayó en su lote. Suponemos siempre que resulta de la partición un saldo en el inmueble. Si la hipoteca hubiera sido consentida por otro copartícipe caería y se consideraría como inexistente, puesto que hubiera sido constituida por un copartícipe que nunca tuvo derecho en el inmueble. En nuestra hipótesis la hipoteca es válida, puesto que el copartícipe que la estableció está considerado como haber sido siempre propietario del inmueble. Esto es la consecuencia del principio de que la partición es declarativa de propidad. Hay en este caso conflicto entre el acreedor hipotecario y el acreedor privilegiado. La hipoteca ha sido inscripta durante la indivisión; tiene, pues, un lugar anterior al privilegio publicado y conservado por la inscripción del acta de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

partición. Si se atuviera uno á los principios que fijan el lugar de las hipotecas entre sí por la fecha de su inscripción habría que decidir que la hipoteca prevalece al privilegio. Creemos también que el privilegio está preferido por la hipoteca, pero hay que ver cuál es el verdadero motivo de decidirlo.

Durante la indivisión cada comunero puede hipotecar los inmuebles que posee por indiviso. Si después el inmueble hipotecado está comprendido en el lote de quien consintió la hipoteca ésta tendrá efecto y lugar á partir de la inscripción que se haya hecho durante la indivisión. Cuando la partición, y en virtud de la partición, el inmueble gravado con el privilegio de saldo se encontraba desmembrado en favor del acreedor hipotecario; entra así desmembrado en el lote del copartícipe que es deudor del saldo; el privilegio que por este punto afecta el inmueble no lo puede gravar más que en el estado de desmembración que resulta de la hipoteca. Esto es decir que el acreedor hipotecario tiene que prevalecer al acreedor privilegiado, puesto que tiene un derecho adquirido en la cosa en el momento en que nace el privilegio. Y en nuestra opinión la hipoteca anterior al privilegio prevalece al acreedor privilegiado (núm. 86). Aplicamos al copartícipe el principio que rige el privilegio del vendedor; lo que es muy lógico, puesto que la ley pone ambos privilegios en la misma línea.

93. Se objeta que el privilegio prevalece á la hipoteca en virtud del art. 12 que da al acreedor privilegiado la preferencia en los acreedores hipotecarios. Ya hemos contestado á la objeción (núms. 78 y 85). Si se interpreta el artículo 12 en el sentido de que el privilegio prevalece á las hipotecas anteriores por razón de la calidad privilegiada del crédito se hace retrotraer el privilegio, quitando al acreedor un derecho que tenía adquirido. Y el objeto de la publicidad organizada por el legislador belga ha sido precisamente evitar la retroacción que los privilegios tenían en el sistema del Código Civil. La ley entiende, pues, mantener los derechos adquiridos; lo que es decisivo.



Se hace otra objeción muy especiosa. El tercero copartícipe no es considerado como propietario para con los terceros más que á partir del acta de partición; luego la hipoteca que consintió anteriormente no es válida para con los terceros sino á partir de la transcripción; tiene, pues, en realidad, la misma fecha que el privilegio; desde luego éste debe prevalecer á la hipoteca por su calidad privilegiada. Contestamos que esto es hacer una falsa aplicación del principio de la publicidad; se refiere al porvenir, no á lo pasado; decir que el copartícipe no es propietario para con los terceros más que desde la transcripción de la partición es decir que los terceros pueden en lo venidero tratar con él como propietario exclusive; pero esto no impide que los terceros hayan podido tratar con el copartícipe como propietario por indiviso antes de la partición; la ley autoriza y valida estas transacciones, no puede quitar á los terceros un derecho que permitió que se les concediera.

Hay todavía otra respuesta que dar á la objeción: es que no es exacto decir que el copartícipe no es propietario para con los terceros sino desde la transcripción de la partición, pues ésta no tiene ningún efecto en la transmisión de la propiedad; no la transmite, la declára. En virtud de este principio el copartícipe siempre ha sido propietario del inmueble puesto en su lote, luego pudo hipotecarlo; lo que nos vuelve á llevar á nuestro punto de partida; es decir, al principio de los derechos adquiridos que la ley entiende respetar.

En fin, se dice que esta opinión sacrifica los derechos del acreedor privilegiado á los derechos del acreedor hipotecario, puesto que el primero, siendo preferido por el segundo en el inmueble gravado con saldo, no tendrá más que

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

un privilegio derisorio. La objeción no tiene ninguna cuenta de la publicidad que recibió la hipoteca. Cuando la partición el copartícipe que adquiere un privilegio de saldo en un inmueble ya gravado de hipoteca tiene conocimiento del derecho por el que será preferido; puede, pues, estipular las garantías necesarias para resguardar sus intereses. Así la ley no sacrifica ningún derecho, concede su apoyo al acreedor hipotecario permitiéndole intervenir en el acta de partición para impedir que esto se haga en favor de sus derechos, y la publicidad que da á la hipoteca permite que los copartícipes fijen sus intereses con pleno conocimiento de causa.

*Núm. 2. Del privilegio de los copartícipes cuando la partición no está transcripta.*

94. La partición no está transcripta. Suponemos que el tercer copartícipe gravado con un privilegio de saldo hipoteque un inmueble comprendido en su lote. El acreedor inscribe; ¿prevalecerá al privilegio? En el sistema de la ley debe contestarse que el privilegio prevalece á la hipoteca En efecto, desde que hay partición el privilegio existe, debe prevalecer á las hipotecas consentidas posteriormente, bien que el acta de donde resulta el privilegio no haya sido transcripta. Así es con el privilegio del vendedor cuando el comprador concede una hipoteca en el inmueble antes de haber transcripto su acta de adquisición: la hipoteca no puede ser opuesta al vendedor. Y la ley pone la partición en la misma línea que la venta en lo que se refiere á los derechos del acreedor privilegiado, si los derechos del vendedor permanecen salvos apesar de la falta de transcripción. Debe suceder lo mismo con los derechos del copartícipe. El comprador sólo es propietario para con los terceros á partir de la transcripción; la hipoteca que consiente anteriormente á ésta no tiene fecha más que desde el día en que el acta fué



transcripta; por consiguiente, la prevalece el privilegio del vendedor que está conservado por la transcripción y que en realidad tiene una fecha anterior á la de la hipoteca. Puede hacerse el mimo razonamiento para el privilegio del copartícipe; no es propietario exclusive sino á partir de la transcripción de la partición; sólo desde esta transcripción puede consentir hipotecas en los inmuebles caídos en su lote; luego las hipotecas que ha consentido anteriormente no tienen fecha para con los terceros más que desde el día en que la partición ha sido transcripta, y desde aquel día el privilegio del coparticipe está publicado y conservado; es, pues, en realidad anterior á la hipoteca y la prevalece en virtud de esta autoridad.

95. Esta solución es incontestable si se coloca uno bajo el punto de vista de la ley que asimila enteramente el privilegio del copartícipe y los privilegios que resultan de actas translativas de propiedad, y cuando la ley es la misma las consecuencias deben ser idénticas. Pero bajo el punto de vista de los principios hay una dificultad para la que no encontramos solución. ¿Por qué somete la ley la partición á la transcripción? No es para dar á conocer á los terceros la mutación que tuvo lugar en la propiedad de los bienes partidos, puesto que no hay mutación, sólo hay una acta declarativa de propiedad. No se puede, pues, decir del copartícipe lo que del vendedor, que sólo es propietario para con los terceros á partir de la transcripción de las particiones, pues siempre lo ha sido desde que comenzó la indivisión. Así la base de la teoría legal tal cual la acabamos de exponer (núm. 94) está en oposición con el principio del art. 883, y con la base se derrumba todo el sistema.

Si la ley somete la partición á la transcripción es únicamente para dar á conocer á los terceros que el estado de indivisión ha cesado y que ya no pueden tratar con los que han cesado de ser comuneros como si aun permanecieran

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

en indivisión. Transladamos acerca de este punto á lo que fué dicho de la transcripción (t. XXIX, núm. 101). ¿Qué debe concluirse de esto cuando la partición no ha sido transcripta? Es que la partición no existe para con los terceros luego que la indivisión continúa y, por consiguiente, los copartícipes son todavía comuneros; pueden, pues, válidamente hacer para con los terceros todas las actas que puede hacer un comunero. De esto se sigue que la hipoteca consentida por un copartícipe antes de la transcripción no es nula como consentida por un no propietario; es válida por haber sido constituida por un comunero. Sólo que se necesitaría una nueva partición, puesto que legalmente la primera no existe para con los terceros. Los copartícipes no podrían limitarse á transcribir esta partición como puede hacerse en materia de venta (núm. 88); hay entre ambas hipótesis una diferencia que la teoría legal no tuvo cuenta: es que el tercer acreedor hipotecario tiene el derecho de intervenir en la partición; luego se le puede oponer la primera en que no pudo intervenir porque su derecho no existía aún; por tanto, habrá que proceder á nueva partición, en la que el acreedor hipotecario tendrá el derecho de intervenir. Llegamos á una consecuencia enteramente diferente de aquella á que conduce la teoría legal. Considerándose concedida la hipoteca durante la indivisión el acreedor hipotecario tiene un derecho adquirido en el inmueble, y este derecho prevalece al privilegio de saldo si la nueva partición mantiene el reparto de la primera.

96. ¿Cuál de estas interpretaciones se debe preferir? Evidentemente la primera (núm. 94). Decimos que es evidente, y, en efecto, es el sistema legal, y la ley prevalece á los principios que no tienen más fundamento que la ley. Sin embargo, el legislador debió tener en cuenta la diferencia de los actos jurídicos á los que se aplica una misma y sola regla como si fuesen idénticos. La ley belga se separó, acerca de este punto, de la tradición. En las costumbres del empeño la partición no estaba sometida á las obras de ley, y la ley francesa de 1855 no extendió á la partición el principio de la transcripción. El interés que tienen los terceros de conocer la existencia de la partición comprometió al legislador belga á prescribir la publicidad. Sea; pero siendo el motivo de esta publicidad diferente de aquel por el cual se exige la publicidad de las actas translativas de propiedad la ley habría debido establecer para los privilegios de los copartícipes otro sistema de conservación que para los del vendedor, del cambista y del donante.



### § VI.—De la inscripcion de oficio.

97. La ley dice que los privilegios del vendedor, del cambista y del copartícipe *se conservan* por la transcripción; es decir, que no deben ser inscriptos para producir el efecto que la ley les da. A fin de no dejar duda sobre este punto el art. 34 agrega que la transcripción valdrá de inscripción para los acreedores cuyo privilegio se conserva por la transcripción del acta translativa ó declarativa de derechos reales inmobiliares de donde proceden. Sin embargo, la ley quiere que el conservador haga una inscripción de oficio de estos mismos privilegios en el momento de la transcripción (art. 35). ¿Es decir que se necesitan dos formalidades, la transcripción y la inscripción, para que los acreedores gocen del derecho de preferencia y del de prosecución? Nó, el texto no deja duda acerca de este punto; mejor dicho, es para evitar cualquiera duda por lo que el art. 34 declaró terminantemente que la transcripción vale por inscripción. Y el art. 35 dice implícitamente que la inscripción de oficio que ordena haga el conservador no está requerida para la conservación de los privilegios que ya están conservados por la transcripción. La ley prescribe la inscripción de



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

en indivisión. Transladamos acerca de este punto á lo que fué dicho de la transcripción (t. XXIX, núm. 101). ¿Qué debe concluirse de esto cuando la partición no ha sido transcripta? Es que la partición no existe para con los terceros luego que la indivisión continúa y, por consiguiente, los copartícipes son todavía comuneros; pueden, pues, válidamente hacer para con los terceros todas las actas que puede hacer un comunero. De esto se sigue que la hipoteca consentida por un copartícipe antes de la transcripción no es nula como consentida por un no propietario; es válida por haber sido constituida por un comunero. Sólo que se necesitaría una nueva partición, puesto que legalmente la primera no existe para con los terceros. Los copartícipes no podrían limitarse á transcribir esta partición como puede hacerse en materia de venta (núm. 88); hay entre ambas hipótesis una diferencia que la teoría legal no tuvo cuenta: es que el tercer acreedor hipotecario tiene el derecho de intervenir en la partición; luego se le puede oponer la primera en que no pudo intervenir porque su derecho no existía aún; por tanto, habrá que proceder á nueva partición, en la que el acreedor hipotecario tendrá el derecho de intervenir. Llegamos á una consecuencia enteramente diferente de aquella á que conduce la teoría legal. Considerándose concedida la hipoteca durante la indivisión el acreedor hipotecario tiene un derecho adquirido en el inmueble, y este derecho prevalece al privilegio de saldo si la nueva partición mantiene el reparto de la primera.

96. ¿Cuál de estas interpretaciones se debe preferir? Evidentemente la primera (núm. 94). Decimos que es evidente, y, en efecto, es el sistema legal, y la ley prevalece á los principios que no tienen más fundamento que la ley. Sin embargo, el legislador debió tener en cuenta la diferencia de los actos jurídicos á los que se aplica una misma y sola regla como si fuesen idénticos. La ley belga se separó, acerca de este punto, de la tradición. En las costumbres del empeño la partición no estaba sometida á las obras de ley, y la ley francesa de 1855 no extendió á la partición el principio de la transcripción. El interés que tienen los terceros de conocer la existencia de la partición comprometió al legislador belga á prescribir la publicidad. Sea; pero siendo el motivo de esta publicidad diferente de aquel por el cual se exige la publicidad de las actas translativas de propiedad la ley habría debido establecer para los privilegios de los copartícipes otro sistema de conservación que para los del vendedor, del cambista y del donante.



### § VI.—De la inscripcion de oficio.

97. La ley dice que los privilegios del vendedor, del cambista y del copartícipe *se conservan* por la transcripción; es decir, que no deben ser inscriptos para producir el efecto que la ley les da. A fin de no dejar duda sobre este punto el art. 34 agrega que la transcripción valdrá de inscripción para los acreedores cuyo privilegio se conserva por la transcripción del acta translativa ó declarativa de derechos reales inmobiliares de donde proceden. Sin embargo, la ley quiere que el conservador haga una inscripción de oficio de estos mismos privilegios en el momento de la transcripción (art. 35). ¿Es decir que se necesitan dos formalidades, la transcripción y la inscripción, para que los acreedores gocen del derecho de preferencia y del de prosecución? Nó, el texto no deja duda acerca de este punto; mejor dicho, es para evitar cualquiera duda por lo que el art. 34 declaró terminantemente que la transcripción vale por inscripción. Y el art. 35 dice implícitamente que la inscripción de oficio que ordena haga el conservador no está requerida para la conservación de los privilegios que ya están conservados por la transcripción. La ley prescribe la inscripción de



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

oficio, bajo pena de daños y perjuicios para los *terceros*. Y para que éstos puedan sufrir un daño por falta de inscripción se necesitaría que se les pudiera oponer el privilegio, aunque hubiera sido inscripto, por el único efecto de la transcripción. Tienen derecho á los daños y perjuicios porque la falta de inscripción los ha inducido al errpr. Los que quieren asegurarse de si los bienes de la persona con la que quieren tratar están gravados con hipotecas piden al conservador un certificado de inscripciones, no consultan en el registro de transcripciones, que tiene por objeto principal comprobar las mutaciones inmobiliares. Se necesita, pues, que el registro de inscripciones esté completo á fin de dar á los terceros conocimiento exacto de la situación hipotecaria de su deudor. Serían engañados y lesionados si los privilegios conservados por la transcripción no se hallaran inscriptos. Es para resguardar el interés de los terceros por lo que la ley exige la inscripción de oficio. Si no la hace y si los terceros sufren un perjuicio tendrán una acción de daños y perjuicios contra el conservador por la negligencia del que omitió la inscripción. Esta es la aplicación del principio general de responsabilidad consagrado por los arts. 1382 y 1383, á la que volveremos.

98. ¿Qué privilegios debe el conservador inscribir de oficio? El art. 35 los enumera: «Estará obligado el conservador de hipotecas á hacer de oficio, en el momento de la transcripción, la inscripción en su registro: 1.° de los créditos que resultan del acta translativa de propiedad;» es decir, de la venta. Sólo hay un crédito privilegiado: el del *precio*; si la ley habla de los *créditos* es sin duda para comprender los que resultarán de los cargos; pero éstos forman parte del precio; no hay, en realidad, más que un privilegio: el del vendedor.

Hay una venta que está sometida á reglas especiales: la de expropiación por causa de utilidad pública. La sentencia que la pronunció debe ser transcripta; pero esta transcripción, como ya lo dijimos (t. XXIX, núm. 90), nada tiene de común con la que prescribe la Ley Hipotecaria; no tiene por objeto resguardar los derechos de los terceros ni conservar el privilegio del vendedor; los terceros no pueden adquirir derechos en el inmueble expropiado, puesto que lo han puesto fuera del comercio para consagrarlo al servicio público; y el privilegio del vendedor que recibe su indemnización antes que el Estado entre en posesión no tiene razón de ser; la inscripción de oficio se hace, pues, inútil. ¿Sucedería lo mismo si la venta se hiciera amistosamente? En este caso el acta debe, en verdad, ser transcripta conforme á la Ley Hipotecaria (t. XXIX, núm. 91); pero la inscripción de oficio no es menos inútil, porque los principios que rigen la expropiación por causa de utilidad pública quedan siempre aplicables. (1)



99. En segundo lugar el conservador debe hacer una inscripción de oficio «de los saldos ó devoluciones de lotes que resulten del acta de cambio.» La ley agrega que «la inscripción comprenderá la suma estipulada á título de daños y perjuicios en caso de evicción.» Aunque la inscripción de oficio no sea necesaria para la conservación del privilegio debe contener todas las indicaciones requeridas para la inscripción hipotecaria, porque es el registro de inscripción el que consultan los terceros. Si, pues, el conservador descuida el tomar inscripción de los daños y perjuicios en caso de evicción el cambista tendrá, sin embargo, su privilegio, pero los terceros engañados por la inscripción incompleta tendrían una acción en daños y perjuicios contra el conservador; porque éste, como lo diremos adelante, responde no solamente por la falta de inscripción sino también por la irregularidad de ella cuando causa un perjuicio á los terceros.

1 Martou, Comentario, t. II, p. 268, núm. 652.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

3. ° El conservador debe hacer una inscripción de oficio «de los cargos pecuniarios y demás prestaciones líquidas que resulten del acta de donación.» Si las prestaciones no fueran líquidas la inscripción de oficio sería inútil, puesto que en este caso el donante no tiene privilegio (art. 27, 3. °) Ahora se ve por qué la ley subordina la existencia del privilegio al cumplimiento de esta condición: es que las prestaciones no líquidas no pueden recibir la publicidad que la ley prescribe en interés de los terceros, y sin la publicidad el privilegio es ineficaz.

4. ° El conservador debe inscribir de oficio «los saldos ó devoluciones que resultan del acta de partición ó de licitación; esta inscripción enunciará si se han hecho las estipulaciones relativas á la garantía en caso de evicción.» Se debe aplicar á estas enunciaciones lo que acabamos de decir de lo relativo al privilegio del cambista: si se hallan en el acta transcripta el copartícipe tendrá su privilegio, aunque la inscripción no lo mencione; pero los terceros tendrán, en este punto, una acción en daños y perjuicios contra el conservador.

100. La ley no dice que el conservador está obligado á inscribir el privilegio del prestamista cuando está legalmente subrogado á los derechos de los acreedores privilegiados. Pero la inscripción de oficio que debe mencionar todos los privilegios conservados por la inscripción va de suyo que el conservador debe también inscribir el privilegio del prestamista. Cuando se trata de una acta translativa de propiedad se puede invocar el texto del art 35, número 1, que habla en términos generales de los *créditos* que resultan del acta; luego también de la del prestamista subrogado; y lo que la ley dice de las actas *translativas* de propiedad se aplica naturalmente á las actas declarativas de propiedad. Sin embargo, habría sido más regular decir, puesto que la ley enumera las diversas inscripciones que el



conservador está obligado á hacer: si el conservador no hiciera la inscripción del privilegio del prestamista que resulta de una acta de partición el prestamista siempre tendría su privilegio, ¿pero tendrán los terceros acción á los daños y perjuicios? Esto es dudoso; sería difícil condenar al conservador por no haber llenado una formalidad que ningún texto formal obliga á cumplir.

101. La inscripción de oficio puede ser inútil; se toma para un privilegio que la ley da y que las partes tal vez no hubieran estipulado si el privilegio fuera convencional, ya porque el deudor ofrecerá completa garantía al acreedor, ya porque por lazos de parentesco ó amistad no permiten dichas cláusulas de desconfianza. Y las inscripciones inútiles son un mal porque disminuyen el crédito del deudor cuyos bienes están gravados con inscripciones y después obligan á hacer gastos de radiación que son frustratorios. Fué para evitar estos inconvenientes por lo que el art. 36 dispuso que «el vendedor, el copermutante, el donante, los coherederos ó copartícipes, podrían, por una cláusula formal del acta, dispensar al conservador de la inscripción de oficio.» La ley no habla del prestamista subrogado, sin duda porque no es probable que el prestamista que se hace subrogar para gozar del privilegio quiera en seguida renunciar al privilegio; pero se entiende que tiene este derecho. Es necesario una cláusula *terminante* para que el conservador esté dispensado de hacer la inscripción de oficio. El legislador quiso evitar toda contestación acerca de este punto; dispensar al legislador de la obligación que la ley le impone es, como lo vamos á decir, renunciar al privilegio; la ley quiere que esta renuncia sea formal; es decir, que la voluntad del acreedor esté expresada por escrito no que haya términos sacramentales sino que será suficiente con una renuncia tácita. Si el acta decía que el acreedor renunciaba á su privilegio habría dispensa formal de la obligación de ins-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cribir el privilegio, pues no se puede inscribir un privilegio que no existe.

102. ¿Cuál es el efecto de la dispensa? El art. 36 contesta «que los acreedores privilegiados decaerán del privilegio y de la acción resolutoria, pero que podrán tomar en virtud de su título una inscripción hipotecaria que tendrá colocación hasta su fecha.» ¿Por qué la dispensa de la inscripción de oficio prevalece á la renuncia del privilegio? Porque es una renuncia más bien que un decaimiento, puesto que resulta de un hecho voluntario del acreedor. La razón es que la inscripción es un complemento de publicidad prescripto en interés de los terceros, los que viendo que el privilegio no está inscripto deben creer que no existe ya y que el acreedor ha renunciado.

De aquí se sigue que los incapaces no pueden consentir la dispensa porque no pueden renunciar á un derecho que es garantía de su crédito y sin el cual llevan el riesgo de perecer. Los administradores legales, tales como el tutor y el marido, no podrían ya dispensar al conservador de inscribir de oficio, porque no pueden enajenar; y renunciar es enajenar, y enajenar sin compensación, puesto que la ley supone una renuncia gratuita. No basta, pues, ser capaz para obligarse sino ser capaz para disponer. (1)

La renuncia al privilegio tiene todavía otra consecuencia muy grave para el acreedor que está decaído de la acción resolutoria; esto se aplica al vendedor, al donante y al cambista. Esta es una aplicación del nuevo principio establecido por el art. 28 de la Ley Hipotecaria, del que después trataremos.

103. El decaimiento del privilegio y de la acción resolutoria deja, no obstante, subsistir una hipoteca en favor del acreedor. Esta es la aplicación del principio, que el privilegio es una hipoteca privilegiada; lo cual implica que el

1 Cloes, Comentario, t. I, p. 524, núm. 458.



acreedor tiene dos derechos: una hipoteca y un privilegio; puede renunciar al privilegio y conservar la hipoteca. Este era el sistema del Código Civil (art. 2113) y la nueva ley lo mantuvo. Pero la diferencia es muy grande entre la hipoteca privilegiada que pertenece al acreedor y la simple hipoteca que le queda. En virtud del privilegio tenía dos lugares de preferencia, prevalecería á los acreedores quirografarios y á los hipotecarios (art. 12), mientras que en virtud de la hipoteca no prevalece más que á los acreedores quirografarios. La ley dice que podrá tomar una inscripción hipotecaria que no tendrá colocación sino á partir de la fecha. Esto supone que el privilegio retrotrae en el sentido de que su lugar no depende de la fecha de la inscripción ó de la transcripción. Conforme á la nueva ley no hay retroactividad propiamente dicha, pero siempre hay diferencia entre la inscripción hipotecaria y la transcripción que conserva el privilegio: es que este tiene colocación en virtud de la transcripción y á partir de ella, mientras que la hipoteca no la tendrá sino en virtud de la transcripción que el acreedor deberá requerir. El acreedor privilegiado no tendrá nada que hacer para conservar su privilegio, mientras que el acreedor hipotecario debe tomar inscripción acerca de este punto.

104. La inscripción de oficio tomada por el conservador debe ser renovada por el acreedor antes de vencer los quince años que siguen á su fecha (arts 37 y 90). Este es el derecho común: la inscripción no conserva los privilegios y las hipotecas sino durante quince años; debe pasar lo mismo con la inscripción de oficio que para los terceros tiene lugar de transcripción. La renovación de la inscripción de oficio está sometida á las mismas reglas que la renovación de toda inscripción hipotecaria; la expondremos más adelante.

Se presenta una dificultad especial para la inscripción de oficio. Se supone que el conservador ha descuidado el to-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

marla; ¿qué deberá hacer el acreedor antes de terminar los quince años? Deberá inscribir su privilegio, no renovando la inscripción que se ha hecho sino renovando la transcripción que ha conservado el privilegio apesar de la falta de inscripción. Como se ha dicho y repetido en los trabajos preparatorios la transcripción vale por inscripción (art. 34), pero nada más; no puede, pues, conservar el privilegio á perpetuidad cuando la ley le da un efecto temporal á la publicidad que conserva los privilegios é hipotecas. (1) De esta manera la transcripción cesa de conservar al privilegio al vencimiento de los quince años; el acreedor debe, pues, tener cuidado de renovar la publicidad, y la renovación se hace no transcribiendo de nuevo el acta de que nace el privilegio sino tomando una inscripción. Esto será aparentemente una primera inscripción; en realidad es una inscripción renovada, puesto que renova la transcripcion que vale por inscripción. De donde se sigue que el acreedor deberá llenar las formalidades prescriptas por el art. 90 para la renovación de las inscripciones.

105. «A falta de renovación los acreedores privilegiados no tendrán más que una hipoteca que no tendrá lugar más que el día de su inscripción (art. 37). En este caso hay decaimiento del privilegio porque las condiciones prescriptas para su conservación no se han llenado. Pero la ley, á la vez que declara al acreedor decaído de su privilegio, mantiene la hipoteca que está ligada al privilegio. Esta es la aplicación del principio establecido por el art. 2113 del Código Civil que la nueva ley consagra implícitamente. «Todos los créditos privilegios sometidos á la formalidad, respecto de los cuales las condiciones prescriptas para conservar el privilegio no han sido llenadas, no cesan, sin embargo, de ser hipotecarios; pero la hipoteca no data con relación á los

1 D'Anethán, informe; Declaración del Ministro de Justicia; Informe de Lelièvre [Parent, ps. 410, 501 y 623].



terceros sino desde la fecha en que se debieran hacer las inscripciones, como se explicará más adelante.» Ya dijimos (núm. 103) qué diferencia hay entre esta hipoteca que el acreedor conserva y el privilegio que pierde.

## § VII.—Del privilegio del arquitecto.

### *Núm. 1. Condiciones requeridas para la conservación del privilegio.*

106. Este privilegio no se conserva para la transcripción, no se liga á ninguna acta translativa ó declarativa de propiedad. Queda, pues, bajo el imperio de la regla establecida por el art. 29, según el cual los privilegios no producen efecto más que por su inscripción en los registros del conservador de hipotecas. Hay, sin embargo, esto de especial al privilegio del arquitecto: es que la ley exige una doble inscripción. Primero el acta en que consta el estado de los lugares debe inscribirse antes de que comiencen los trabajos. En segundo lugar el arquitecto debe inscribir la segunda acta en los quince días después de recibidos los trabajos (artículo 38). ¿Cuál es el objeto de esta doble publicidad? La primera acta advierte á los terceros que ya no deben contar con el aumento de valor que resultará de los trabajos porque de hacerlos públicos el arquitecto manifiesta la voluntad de prevalecerse de su privilegio con los efectos que la ley le da, especialmente de tomar lugar á partir de la inscripción de esta primera acta. La segunda acta debe inscribirse en los quince días con el fin que los terceros sepan que el arquitecto no fué pagado y que, por consiguiente, entiende ejercer su derecho de preferencia. Ambas actas dan á conocer á los terceros el monto del crédito privilegiado.

107. La ley no dice terminantemente por quién debe ser requerida la transcripción. Supone que los acreedores pri-



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

marla; ¿qué deberá hacer el acreedor antes de terminar los quince años? Deberá inscribir su privilegio, no renovando la inscripción que se ha hecho sino renovando la transcripción que ha conservado el privilegio apesar de la falta de inscripción. Como se ha dicho y repetido en los trabajos preparatorios la transcripción vale por inscripción (art. 34), pero nada más; no puede, pues, conservar el privilegio á perpetuidad cuando la ley le da un efecto temporal á la publicidad que conserva los privilegios é hipotecas. (1) De esta manera la transcripción cesa de conservar al privilegio al vencimiento de los quince años; el acreedor debe, pues, tener cuidado de renovar la publicidad, y la renovación se hace no transcribiendo de nuevo el acta de que nace el privilegio sino tomando una inscripción. Esto será aparentemente una primera inscripción; en realidad es una inscripción renovada, puesto que renova la transcripcion que vale por inscripción. De donde se sigue que el acreedor deberá llenar las formalidades prescriptas por el art. 90 para la renovación de las inscripciones.

105. «A falta de renovación los acreedores privilegiados no tendrán más que una hipoteca que no tendrá lugar más que el día de su inscripción (art. 37). En este caso hay decaimiento del privilegio porque las condiciones prescriptas para su conservación no se han llenado. Pero la ley, á la vez que declara al acreedor decaído de su privilegio, mantiene la hipoteca que está ligada al privilegio. Esta es la aplicación del principio establecido por el art. 2113 del Código Civil que la nueva ley consagra implícitamente. «Todos los créditos privilegios sometidos á la formalidad, respecto de los cuales las condiciones prescriptas para conservar el privilegio no han sido llenadas, no cesan, sin embargo, de ser hipotecarios; pero la hipoteca no data con relación á los

1 D'Anethán, informe; Declaración del Ministro de Justicia; Informe de Lelièvre [Parent, ps. 410, 501 y 623].



terceros sino desde la fecha en que se debieran hacer las inscripciones, como se explicará más adelante.» Ya dijimos (núm. 103) qué diferencia hay entre esta hipoteca que el acreedor conserva y el privilegio que pierde.

## § VII.—Del privilegio del arquitecto.

### *Núm. 1. Condiciones requeridas para la conservación del privilegio.*

106. Este privilegio no se conserva para la transcripción, no se liga á ninguna acta translativa ó declarativa de propiedad. Queda, pues, bajo el imperio de la regla establecida por el art. 29, según el cual los privilegios no producen efecto más que por su inscripción en los registros del conservador de hipotecas. Hay, sin embargo, esto de especial al privilegio del arquitecto: es que la ley exige una doble inscripción. Primero el acta en que consta el estado de los lugares debe inscribirse antes de que comiencen los trabajos. En segundo lugar el arquitecto debe inscribir la segunda acta en los quince días después de recibidos los trabajos (artículo 38). ¿Cuál es el objeto de esta doble publicidad? La primera acta advierte á los terceros que ya no deben contar con el aumento de valor que resultará de los trabajos porque de hacerlos públicos el arquitecto manifiesta la voluntad de prevalecerse de su privilegio con los efectos que la ley le da, especialmente de tomar lugar á partir de la inscripción de esta primera acta. La segunda acta debe inscribirse en los quince días con el fin que los terceros sepan que el arquitecto no fué pagado y que, por consiguiente, entiende ejercer su derecho de preferencia. Ambas actas dan á conocer á los terceros el monto del crédito privilegiado.

107. La ley no dice terminantemente por quién debe ser requerida la transcripción. Supone que los acreedores pri-



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

vilegiados la requieren. «Los empresarios, arquitectos, albañiles..... *conservan* por la *inscripción* del primer proceso verbal; su privilegio tiene la fecha de esta acta.» Esto es el derecho común. El art. 83 (Código Civil, art. 2148) dice lo que debe hacer el acreedor para operar la inscripción: debe presentar *por sí* ó por un tercero el acta que da nacimiento al privilegio, agregándole dos facturas. Pero la inscripción del privilegio del arquitecto no se hace según las reglas del art. 83, son las actas las que el arquitecto debe hacer inscribir. Siempre que se haga la inscripción por medio de cualquiera persona interesada y teniendo en ello derecho el privilegio quedará conservado. La inscripción puede hacerse por el propietario, por uno de los empresarios ó trabajadores gozando del privilegio, por el prestamista subrogado; todas estas personas tienen interés en el ejercicio del privilegio: el dueño puede tratar con buenas condiciones los acreedores para las garantías de sus derechos. Los términos de la ley no se oponen á ello y su espíritu no deja ninguna duda. Así lo sentenció la Corte de Casación. (1)

108. Hay una dificultad más seria. Se supone que el fundo en el que los trabajos se ejecutan se enajena durante el curso de los trabajos: ¿Podrá aún hacerse la inscripción? No hay mucha duda en cuanto á la primera acta. Desde luego la ley quiere que se inscriba antes de comenzar los trabajos; veremos más adelante si la inscripción puede aún hacerse durante la ejecución. Además, es de principio que la inscripción puede hacerse después de la enajenación del inmueble, cuando el comprador ha transcripto (art. 112). Este principio se aplica al arquitecto y á la primera acta, puesto que es ésta la que da fecha al privilegio para con los terceros. ¿Pero qué debe decirse de la segunda? Es imposible inscribirla antes de la enajenación, puesto

1 Denegada, 18 de Noviembre de 1868 (Dalloz, 1869, 1, 89).



que el acta no está levantada; sólo debe serlo en los seis meses del perfeccionamiento de las obras, y sólo después de esta segunda acta es cuando comienza á correr el plazo de quince días. Síguese de esto que el art. 112 no es aplicable al caso; supone que el acreedor pudo transcribir antes de la enajenación, mientras que el arquitecto no lo puede hacer sino después de concluidos los trabajos. Debe, pues, decidirse que el art. 38 recibirá su aplicación si los trabajos continúan; el arquitecto siempre tendrá seis meses después de cesados dichos trabajos para levantar la segunda acta, y luego tendrá quince días para requerir su inscripción. La Corte de Casación lo sentenció así en la sentencia que acabamos de citar.

109. Suponemos que la inscripción de ambas actas está hecha en los plazos de la ley: ¿cuál será su efecto? El artículo 38 contesta que los acreedores conservan su privilegio *con la fecha de la primera acta*. Hay en esto más de una singularidad. La inscripción retrotrae, y retrotrae á una época en que el crédito privilegiado no existía aún. En efecto, la primera acta se hace antes de comenzar los trabajos, luego en un momento en que el arquitecto no tiene aún ningún crédito contra el propietario. Así el privilegio existe con sus efectos, en cuanto al lugar, antes que haya un crédito. ¿Puede haber privilegio, es decir, un derecho accesorio, sin crédito principal? Es evidente que la inscripción de la primera acta será inoperante si los trabajos no se ejecutan; pero si se ejecutan es también evidente que el privilegio retrotrae. La ley tuvo que hacerlo retrotraer al principio de los trabajos; desde que éstos se anuncian y que el proyecto está publicado por la vía de la inscripción los terceros que tratan con el propietario, al estipular hipotecas, deben contar con el aumento de valor que resultará de los trabajos, pues la hipoteca se extiende á las mejoras que recibe el fundo hipotecado (art. 45; Código Civil, articu-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

lo 2118). Si el privilegio no hubiera retrotraído hubiera sido ilusorio; el aumento de valor hubiera sido la prenda de los acreedores hipotecarios y nada hubiera quedado para el acreedor privilegiado. Es, sin embargo, justo que el arquitecto prevalezca á los acreedores hipotecarios hasta concurrencia del aumento de valor que procuró al fundo; la calidad del crédito debe, pues, hacer retrotraer el privilegio que la ley le concede. No se puede decir que esta retroacción ataque los derechos de los terceros, pues éstos quedan avisados por la publicidad del acta y tratan con conocimiento de causa, y el advertido que no debe contar con el aumento de valor no puede ya quejarse si no aprovecha de él.

Según los motivos que acabamos de exponer debiera decirse que el privilegio tiene un efecto retroactivo al día de la inscripción del primer proceso verbal, pues es esta publicidad la que advierte á los terceros. El art. 2110 del Código Civil está concebido en este sentido, mientras que el artículo 38 dice que el privilegio tiene su lugar con *la fecha* de la primera *acta*. Si se toma el texto á la letra resulta una consecuencia que choca con todos los principios. Supongamos que la primera acta está redactada en el mes de Enero y que sólo se inscribe el 1.° de Marzo, día en que comienzan las obras. En el intervalo un acreedor hipotecario toma inscripción, tiene conocimiento de los trabajos que el propietario va á ejecutar; no viendo inscripción debe contar con el aumento de valor. Si después se inscribe el acta y que el arquitecto prevalezca al acreedor hipotecario éste será engañado; lo que no puede admitirse bajo el régimen de la publicidad. Quizá el legislador entendió por *fecha del acta* la fecha de la transcripción; es seguro que no se encuentra en los trabajos preparatorios ningún rastro de la intención que hubiera tenido el legislador belga en derogar el Código Civil. Sin embargo, si se presentara el caso habría que decidir que el arquitecto prevalece al acreedor anterior á la inscripción de la primera acta, aunque sea posterior á la primera experticia. El texto es terminante. Puede decirse para explicarlo que el acreedor hipotecario hace mal en contar con los trabajos que no han comenzado; debe esperarse hasta que comiencen para ver inscribir el acta; la prudencia le manda, pues, no hacer cálculo en el aumento de valor que puede convertirse en prenda del arquitecto.



110. La ley dice que el arquitecto conserva su privilegio con la fecha de la primera acta. ¿Debe concluirse de esto que sólo prevalecerá á los acreedores posteriores? Nó; los acreedores inscriptos en el momento en que la primera acta se levanta son preferidos por el arquitecto, se entiende por el aumento de valor que resulta de sus obras. Esto resulta de los principios y del texto de la ley. Esta concede un privilegio al arquitecto por razón del aumento de valor creado, y hasta concurrencia de este valor, porque sería injusto que los demás acreedores aprovechasen los trabajos del arquitecto sin tenerle en cuenta el aumento de valor que procuró al patrimonio del deudor común; el motivo se aplica á los acreedores anteriores tanto como á los posteriores. Es verdad que su hipoteca se extiende á las mejoras que el inmueble recibe (art. 45; Código Civil, artículo 2118); pero esto supone que no existe crédito privilegiado por punto de estas mejoras; si lo hay la justicia exige que se le pague de preferencia á los acreedores anteriores que no debieron contar con estas mejoras, con las que se enriquecerían á expensas del que las hubiera producido. El texto está en harmonía con los principios. El art. 27 5.°, quiere que los acreedores inscriptos estén llamados en la primera acta, para decir mejor, en la primera experticia, con el fin de resguardar sus intereses, cuidando de que el inmueble se valúe en el exacto valor que tiene cuando

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

comienzan los trabajos; si se fijara un precio demasiado bajo el aumento de valor sería exagerado en favor del arquitecto y en detrimento de los acreedores anteriores; lo que supone que los acreedores están prevalecidos por el arquitecto hasta concurrencia del aumento de valor real que estos trabajos procuran al fundo.

Hay también otra explicación de la preferencia que el arquitecto tiene sobre los acreedores; es decir, que el privilegio prevalece siempre á la hipoteca en virtud de su naturaleza (art. 12; Código Civil, art. 2095). No admitimos el principio en términos tan absolutos, porque sería establecer la retroacción del privilegio como regla; mientras que, según la bien segura voluntad del legislador belga, la retroacción sólo debe ser una excepción. El art. 38 mismo prueba que el privilegio no retrotrae en principio, pues si siempre retrotrayera hubiera sido inútil decir que el privilegio del arquitecto remonta á la primera acta. A decir verdad el privilegio del arquitecto y las hipotecas inscriptas antes de los trabajos versan en valores diferentes; el arquitecto ejerce su derecho en el aumento de valor que produjo su trabajo y los acreedores anteriores sólo tienen derecho en el valor del inmueble con el que debían contar; es decir, en el precio procedente de la enajenación, comprendiendo aun las mejoras, salvo desinteresar á los que crearon el aumento de valor.

*Núm. 2. Lo que sucede con el privilegio cuando las condiciones prescriptas para la conservación no han sido llenadas.*

111. Hemos dicho más atrás cuáles son las condiciones requeridas para la existencia del privilegio (núms. 49-57). Si una de estas condiciones falta no hay privilegio, especialmente si dos actas han sido levantadas; no puede tratarse, en este caso, de conservar un privilegio que no existe. Lo



mismo fuera si las actas hubieran sido levantadas y que el arquitecto hubiera descuidado de inscribirlas. Es la inscripción la que da vida al privilegio; si no fué publicado es ineficaz y permanece ineficaz, puesto que la ley quiere que la primera acta esté inscripta antes del principio de los trabajos y la segunda en los quince días de la recepción de las obras; si la segunda acta no fué publicada en este plazo la ley declara que el privilegio se extinguió y sólo queda una hipoteca. Con más razón sucede lo mismo cuando ninguna de las actas fué inscripta.

¿El arquitecto tendrá al menos una hipoteca en virtud del art. 38 (Código Civil, art. 2110)? Sí, cuando haya levantado las dos actas exigidas por el art. 27 para que exista el privilegio. En este caso el privilegio existe, pero no habiendo sido conservado se tiene que aplicar el principio del artículo 2113 (Ley Hipotecaria, arts. 36-37). El privilegio degenera en hipoteca. Pero si el arquitecto descuidó de levantar las actas nunca hubo privilegio y no puede ya adquirirlo, puesto que las experticias no pueden hacerse más que en las épocas determinadas por la ley.

112. Se pregunta si los acreedores anteriores á los trabajos pueden prevalecerse del no cumplimiento de las formalidades que la ley prescribe para la existencia y conservación del privilegio. La afirmativa es tan segura que ni comprendemos cómo pudo ponerse en duda. La hipoteca de estos acreedores se extiende en principio á las mejoras (art. 45; Código Civil, art. 2118), á no ser que haya un privilegio por razón de los trabajos. Luego al arquitecto que se pretende privilegiado toca probar: primero, que el privilegio existe, y luego, que fué conservado; el acreedor hipotecario, como demandado, está admitido á la prueba contraria; es decir, á sostener que el privilegio no existió nunca ó que no ha sido conservado. Esto decide la cuestión. (1)

1 Martou, Comentario, t. II, p. 275, núm. 662.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

113. Puede suceder que una de las actas no haya sido levantada ó sólo lo haya sido fuera de la época determinada por la ley. ¿Qué sucede entonces con el privilegio? El art. 38 sólo prevee una hipótesis: el acta segunda no fué inscripta en los quince días de recibidas las obras. Después de este plazo, dice la ley, los empresarios, arquitectos ú obreros sólo tendrán una hipoteca que no tomará lugar más que desde el día de la inscripción y sólo por el aumento de valor; es decir, que el privilegio degenera en hipoteca como en el caso previsto por los arts. 36 y 37. Translamos á lo dicho acerca de estas disposiciones (núms. 103-105). Sólo hay una diferencia: es que el arquitecto no puede perder su acción resolutoria, como los vendedores, cambistas y donantes, porque no puede tratarse de resolución del contrato cuando se trata del privilegio del arquitecto, tomando nacimiento este privilegio sólo después de la ejecución del contrato de empresa. El art. 38 supone la existencia de una acta; si no fué levantada el arquitecto nunca tuvo privilegio, puesto que el acta es una condición segunda para la existencia del privilegio que la ley le concede. Y si no hay privilegio no puede degenerar en hipoteca. El arquitecto que no se conforma á la ley no adquiere dereche real, permanece acreedor quirografario.

114. Si la primera acta no fué levantada ó no fué inscripta antes de principiar los trabajos como lo quiere la ley ¿qué sucederá con el privilegio del arquitecto? Esta hipótesis da lugar á dificultades serias. Supongamos, primero, que el acta haya sido regularmente levantada, pero el acreedor sólo inscribe durante el curso de los trabajos, mientras que la ley quiere que se inscriba antes de que estos principien. ¿Perderá por sólo esto el arquitecto su privilegio en el sentido de que sólo tendrá una hipoteca? La cuestión es importante: si el privilegio degenera en hipoteca el arquitecto será prevelecido por todos los acreedores inscriptos antes que él; si, al contrario, conserva su privilegio prevalecerá á los acreedores anteriores á las obras y á los inscriptos después de la inscripción de la primera acta.



En nuestro concepto el acreedor conserva su privilegio en el sentido de que no degenera en hipoteca. Esto resulta del texto y de los principios. El art. 38 no pronuncia el decaimiento en esta hipótesis, y los decaimientos son de derecho estrecho; es una pena, y no hay pena sin ley. Se objeta que el decaimiento resulta del principio del artículo 2113; no habiendo sido llenada una de las condiciones prescriptas para la conservación del privilegio éste debe degenerar en hipoteca. Contestamos que bajo el imperio del Código Civil esta opinión, aunque rigurosa, podía sostenerse; el artículo 2113 ministraba un argumento de texto, y en materia de privilegio el texto es decisivo. Pero la ley belga no reproduce la disposición del art. 2113 como principio general, no lo aplica más que en algunos casos (arts. 36 y 37) á título de decaemiento, y las penas no se extienden. El argumento que sacamos del silencio del art. 38 está confirmado por el espíritu de la ley. ¿Por qué quiere la ley que la primera acta esté inscripta? Para avisar á los terceros que había un privilegio en favor del arquitecto á consecuencia de los trabajos que van á ejecutarse en el fundo. Si el acta se inscribe antes de principiar los trabajos todos los acreedores posteriores están prevenidos y, por consiguiente, el acreedor privilegiado los prevalecerá á todos. Si el proceso verbal está inscripto durante los trabajos los acreedores que hayan inscripto su hipoteca antes de la inscripción del acta, no habiendo previsto los trabajos por la tardía publicidad del acta, ésta no puede perjudicarles, y, por consiguiente, no podrá serles opuesta; el privilegio para con ellos no tendrá lugar más que desde su inscripción. Esto es decir que prevalecerán al arquitecto. Esto está conforme con los principios;



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

un privilegio no publicado no puede prevalecer á aquellos en cuyo interés está prescripta la publicidad.

Queda una dificultad. ¿Si hay acreedores inscriptos antes de los trabajos el arquitecto que no incribió su primera acta más que durante el curso de los trabajos les prevalecerá? La afirmativa es segura si se admite que el arquitecto conserva su privilegio, pues todos los motivos por los que el privilegio prevalece á las hipotecas anteriores á los trabajos subsisten (núm. 110). Es en virtud de la naturaleza del crédito como el arquitecto prevalece á los acreedores anteriores; basta, pues, que conserve su privilegio para ejercer su derecho de preferencia. ¿Qué importa á los acreedores anteriores á los trabajos cuando la primera acta está inscripta? Su interés está resguardado desde que las actas han sido levantadas como lo prescribe la ley; la publicidad de estas actas sólo interesa á los acreedores que trataron con el propietario después de privilegiados los trabajos. Se objeta que esta opinión conduce á una anomalía inexplicable. Hay acreedores inscriptos en 1875; los trabajos comienzan el 1.° de Marzo de 1876; el acta, redactada en Febrero, sólo se inscribe el 1.° de Junio; unas hipotecas han sido concedidas en el intérvalo del 1.° de Marzo al 1.° de Junio, otras desde el 1.° de Junio hasta la inscripción de la segunda acta. El arquitecto prevalecerá desde luego á los acreedores inscriptos desde el 1.° de Junio de 1876, luego á los acreedores inscriptos en 1875, y le prevalecerán los inscriptos desde el 1.° de Marzo al 1.° de Junio de 1876, y, sin embargo, éstos serán prevalecidos por los acreedores de 1875. Contestamos que la anomalía sólo es aparente y que el lugar dado á cada acreedor en nuestro sistema se justifica enteramente. Si los acreedores privilegiados prevalecen á los acreedores anteriores á los trabajos es porque para con éstos conservó su privilegio, siéndoles indiferente la fecha de la inscripción del acta. Si, al contrario, el arquitecto está preferido por los acreedores inscriptos después de comenzados los trabajos, pero antes de la inscripción de la primera acta, es porque para con ellos no conserva su privilegio; es precisamente para advertirles la existencia del privilegio que les prevalecerá por lo que la ley quiere que la primera acta está inscripta antes del principio de los trabajos; no verificándose esta inscripción el privilegio no existe para con ellos. En cuanto al lugar que los varios acreedores hipotecarios tienen entre sí se fija por la fecha de su inscripción; esto es el derecho común; este lugar es extraño al arquitecto, puesto que está pagado del aumento de valor por preferencia á los acreedores hipotecarios; no se encuentra en conflicto más que con las hipotecas inscriptas después del principio de los trabajos y antes de la inscripción de la primera acta; éstos les prevalecen en el aumento de valor porque debieron contar con él por haber tratado con el propietario, cuando pudieron creer que no había privilegio porque no había acta inscripta.



115. Hasta aquí hemos supuesto que el primer proceso verbal se había redactado antes de comenzar los trabajos, como lo ordena la ley. ¿En qué se convierte entonces el privilegio cuando el proceso verbal se redacta después de comenzar los trabajos? En este caso hay conflicto entre los acreedores anteriores y el arquitecto. En cuanto á los acreedores inscriptos después de comenzados los trabajos y antes de redactar é inscribir el proceso verbal el arquitecto no puede oponerles su privilegio; acabamos de decir (núm. 114) que el arquitecto está prevalecido por sus acreedores únicamente porque el proceso verbal no fué *inscripto* sino durante el curso de los trabajos; con mayor razón debe estar prevalecido cuando el proceso verbal se *redactó* después de comenzados los trabajos. ¿Se debe decir lo mismo de los acreedores anteriores á los trabajos? La dificultad, en la especie, no se refiere á la inscripción del proceso verbal porque

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la publicidad es indiferente á los acreedores anteriores, la cuestión está en saber si en defecto del proceso verbal redactado antes de comenzar los trabajos el privilegio del arquitecto puede nacer. Hay una duda muy seria: es la de que la ley exige la primera experticia como condición de existencia del privilegio y quiere que el proceso verbal se redacte antes de la apertura de los trabajos (núm. 52). La duda sólo nos parece decisiva; desde que no se está en los términos de la ley no hay privilegio. En la opinión general se distingue: si los trabajos permiten comprobar aún el estado del local con anterioridad á las obras ya ejecutadas en este caso se admite que el privilegio existe; mientras que no existe si las obras están muy avanzadas para que se pudiera comprobar el estado del local primitivo. (1) La distinción es equitativa, pero contraria al texto, la que en materia de privilegios basta para desecharse.

Se propuso otra distinción. El proceso verbal se hace en una época en que no es posible reconocer con exactitud el estado del local anteriormente á los trabajos; es cierto que, en este caso, el arquitecto no puede prevalecer á los acreedores anteriores al principio de los trabajos por las obras que ha ejecutado antes de proceder á la experticia, porque sin experticia anterior á los trabajos no podría haber privilegio. ¿Pero no tendrá el arquitecto privilegio por los trabajos que ejecute á partir del proceso verbal que redactare? La jurisprudencia está dividida: la Corte de Casación se pronunció contra el arquitecto; invoca el texto y el espíritu de la ley. Si rigurosamente se atiene uno al texto se debe negar el privilegio al arquitecto; en efecto, no ha llenado la condición que la ley exige para la existencia del privilegio (art. 27, 5 °); esto es decisivo. El rigor se justifica por el interés que los acreedores anteriores tie-

1 Martou, t. II, p. 223, núm. 602. Aubry y Rau, t. III, p. 176, nota 38, párrafo 263, y las sentencias citadas por ellos.



nen en que la experticia se haga en un momento en que el estado del local pueda ser comparado con exactitud; más que un interés para ellos es un derecho establecido por la ley, porque ésta ordena que se les cite cuando la primera experticia. (1) El espíritu de la ley que la Corte invoca no deja duda acerca de la doctrina consagrada. El arquitecto no opone su privilegio á los acreedores anteriores para los trabajos que ha hecho antes de redactar el proceso verbal; luego el interés y el derecho de los acreedores anteriores no están en causa; su interés está resguardado porque ejercen su hipoteca en el fundo teniendo en vista el estado del local en el momento en que se redacta el proceso verbal; lejos de perder ganan, puesto que aprovechan de las obras ejecutadas; su derecho está respetado, puesto que se le supone se les llama á la experticia que se hace. Hay dos sentencias de la Corte de París en este sentido. (2) Sin embargo, preferimos la jurisprudencia más rigurosa de la Corte de Casación. No es exacto decir que el derecho y el interés de los acreedores anteriores están á salvo. Suponemos que los trabajos consisten en demoler antiguas construcciones para reemplazarlas por nuevas; en el momento de redactarse el proceso verbal el trabajo de mejora concluye y los de reconstrucción van á comenzar. Es cierto que en esta hipótesis no se podrá determinar con exactitud el estado anterior del local á los trabajos y no se puede decir ya que los acreedores anteriores aprovecharán de las obras; en vano se acudiría al proceso verbal, sería demasiado tarde para resguardar su interés, y siendo este interés un derecho se debe decir con la

1 Denegada, 20 de Noviembre de 1839 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 471), y Denegada, 1.° de Marzo de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 219). Hay una sentencia en este sentido, muy bien redactada, del Tribunal del Sena, confirmada en apelación, París, 26 de Marzo de 1836 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 468, 2.°)

2 Véanse las sentencias citadas en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 472; y París, 20 de Agosto de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 188). Compárese Martou, t. II, p. 224, núm. 604.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Corte de Casación que no pudiendo llenarse la condición requerida para garantía de los derechos de los acreedores anteriores por un proceso verbal en el curso de los trabajos el arquitecto no tendrá privilegio.

### § VIII.—De la separación de los patrimonios.

116. El art. 39 somete á la publicidad la separación de patrimonios. ¿Se debe concluir que el derecho de los acreedores y el de los legatarios es un privilegio? Nos transladamos á lo dicho, de esta difícil materia, al título *De las Sucesiones* (t. X, núms. 28-38 y 55-69).

### § IX.—De los cesionarios de los créditos privilegiados.

117. «Los cesionarios de créditos privilegiados ejercen los mismos derechos que los cedentes en su rango y lugar, conformándose con las disposiciones del art. 5 de la presente ley» (art. 40). Esta es la reproducción del art. 1692 del Código Napoleón, en cuyos términos la cesión de un crédito comprende los acreedores del crédito, tales como la caución, privilegio é hipoteca. Se ha observado que el art. 40 dice que los cesionarios ejercen los *mismos* derechos, y se ha concluido que los cesionarios gozan también del derecho de resolución que pertenece al cedente. Nos transladamos á lo dicho en el título *De la Venta* acerca de este asunto (tomo XXIV, núm. 535), que es el sitio de la materia, y no el art. 40 que no habla más que de los privilegios, como lo prueba el translado al art. 5 que prescribe la publicidad de la cesión cuando el crédito está privilegiado ó es hipotecario. Explicamos esta disposición al tratar *De la Transcripción.*

118. El acreedor cede una parte del crédito. ¿Cuáles son, en este caso, los derechos respectivos del que cede y del cesionario? Uno y otro tienen un crédito privilegiado, y



siendo idéntica la causa del privilegio se debe aplicar al artículo 14 (Código Civil, art. 2097), en cuyos términos los acreedores privilegiados que tienen un privilegio de igual calidad tienen la misma categoría y se pagan de preferencia. Esto ha sido comprobado por Troplong; pero estando escrita la solución en el texto de la ley es inútil discutir lo que la ley ha decidido. La jurisprudencia está en ese sentido. (1) Sucede de otro modo cuando un acreedor recibe un pago parcial con subrogación; se aplica, en este caso, el art. 1252 que dice: «La subrogación no puede negarse al acreedor cuando sólo ha pagado en parte; en este caso puede ejercer sus derechos por lo que se le quede á deber por preferencia de aquel que no haya recibido más que un pago parcial.» Dijimos en el título *De las Obligaciones* cuál es el motivo de esta diferencia y por qué el cesionario no puede prevalecerse (t. XVIII, núm. 132).

119. ¿Se debe admitir una excepción á estos principios cuando el que cede ha garantizado la resolución del cesionario? La Corte de París juzgó que en este caso el cesionario debe ser pagado de preferencia. Esto nos parece muy dudoso. La garantía es una obligación personal que no da al cesionario ningún derecho real en la cosa. En la especie juzgada por la Corte de París había una segunda cesión hecha sin garantía de solvencia; decidió que el que cede no había podido transferir la parte del crédito que el que daba sino con el derecho de preferencia con que estaba gravado en favor del primer cesionario, porque, dice la sentencia, el segundo cesionario no puede tener más derecho que su cedente. (2) Aquí está el error, en nuestro concepto. Las obligaciones no pasan á los legatarios á título particular, sola-

1 Casación, 4 de Agosto de 1817 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 495) y 29 de Mayo de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 481). Pont discute la cuestión (t. I, página 232, núm. 239).

2 París, 17 de Abril de 1834 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 494). En el mismo sentido, Pont, t. I, p. 231, núm. 239.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mente los derechos reales son los que se pueden ejercer contra cualquier sucesor, y la promesa de garantía no engendra más que una liga personal entre el cedente y cesionario; lo cual es decisivo.

*ARTICULO 4.—Concurso de la acción resolutoria y de los privilegios del vendedor, del cambista y del donante.*

§ I.—El principio del Código civil y el principio de la nueva ley.

*Núm. 1. El Código Civil.*

120. Hay tres acreedores privilegiados que además de su privilegio tienen una acción que ha dado nacimiento al privilegio: el vendedor, el donante y el cambista. Cuando el comprador no paga el precio el vendedor tiene dos derechos: puede reclamar el precio con privilegio y puede pedir la resolución de la venta. El donante que ha impuesto cargos al donatario puede exigir el cumplimiento de ellos con privilegio; tiene también la acción en revocación, acción fundada, como la del vendedor, en la condición resolutoria tácita. En fin, el cambista vencido puede promover los daños y perjuicios con privilegio; puede también repetir la cosa (art. 1705); esta acción en repetición es igualmente una acción en resolución del contrato (núms. 2, 22 y 25).

121. ¿Qué relación hay entre la acción en resolución y el privilegio. Hay un efecto común al privilegio y á la acción resolutoria: es que el ejercicio de uno y otro de estos derechos retrotrae á los terceros. El privilegio, por su esencia, es una preferencia que el acreedor privilegiado tiene sobre los demás acreedores; esta diferencia le da un derecho real y, por tanto, un derecho de prosecución; el acreedor privilegiado tiene, pues, la acción hipotecaria contra cualquier detentor; esta acción conduce á la evicción del propietario



que posee un inmueble gravado con el privilegio. La acción de resolución es una acción personal, puesto que nace de un contrato, pero cuando el contrato queda resuelto todos los derechos concedidos á terceros por el propietario cuyo derecho está resuelto quedan igualmente resueltos: enajenaciones, hipotecas y cualquier derecho real.

122. Los teceros están igualmente interesados en conocer la existencia del privilegio y de la acción resolutoria en el momento en que tratan con un propietario cuyo bien está gravado con privilegio ó cuyo derecho está sujeto á resolución. Es por interés de estos terceros por lo que el Código Napoleón somete los privilegios á la publicidad; el privilegio que no se publica no puede ser opuesto á los terceros acreedores, hipotecarios ni aun quirografarios; en cuanto á los privilegios inscriptos los terceros los conocen; tratar, por consiguiente, con conocimiento de causa y pueden resguardar sus intereses.

No sucede lo mismo con la acción resolutória; está fundada en la condición tácita que resulta de la inejecución de las obligaciones contraídas por el adquirente. Bajo el imperio del Código Civil las actas translativas de propiedad no estaban sometidas á la transcripción, y ésta por sí sola no da á conocer la condición resolutoria tácita que afecta la propiedad del adquirente. El Código decía, en verdad, que el privilegio del vendedor se conserva por la transcripción; esto suponía el mantenimiento del principio de publicidad organizada por la ley de Brumario, año VII; desgraciadamente este sistema fué abandonado, de modo que el artículo 2108 quedó letra muerta y, por consiguiente, nada daba á conocer á los terceros que se debiera el precio al vendedor, quien permanecía armado del derecho de resolución. La condición resolutoria permanecía secreta. Los terceros podían ser despojados por un vendedor no pagado, sin que



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mente los derechos reales son los que se pueden ejercer contra cualquier sucesor, y la promesa de garantía no engendra más que una liga personal entre el cedente y cesionario; lo cual es decisivo.

*ARTICULO 4.—Concurso de la acción resolutoria y de los privilegios del vendedor, del cambista y del donante.*

§ I.—El principio del Código civil y el principio de la nueva ley.

*Núm. 1. El Código Civil.*

120. Hay tres acreedores privilegiados que además de su privilegio tienen una acción que ha dado nacimiento al privilegio: el vendedor, el donante y el cambista. Cuando el comprador no paga el precio el vendedor tiene dos derechos: puede reclamar el precio con privilegio y puede pedir la resolución de la venta. El donante que ha impuesto cargos al donatario puede exigir el cumplimiento de ellos con privilegio; tiene también la acción en revocación, acción fundada, como la del vendedor, en la condición resolutoria tácita. En fin, el cambista vencido puede promover los daños y perjuicios con privilegio; puede también repetir la cosa (art. 1705); esta acción en repetición es igualmente una acción en resolución del contrato (núms. 2, 22 y 25).

121. ¿Qué relación hay entre la acción en resolución y el privilegio. Hay un efecto común al privilegio y á la acción resolutoria: es que el ejercicio de uno y otro de estos derechos retrotrae á los terceros. El privilegio, por su esencia, es una preferencia que el acreedor privilegiado tiene sobre los demás acreedores; esta diferencia le da un derecho real y, por tanto, un derecho de prosecución; el acreedor privilegiado tiene, pues, la acción hipotecaria contra cualquier detentor; esta acción conduce á la evicción del propietario



que posee un inmueble gravado con el privilegio. La acción de resolución es una acción personal, puesto que nace de un contrato, pero cuando el contrato queda resuelto todos los derechos concedidos á terceros por el propietario cuyo derecho está resuelto quedan igualmente resueltos: enajenaciones, hipotecas y cualquier derecho real.

122. Los teceros están igualmente interesados en conocer la existencia del privilegio y de la acción resolutoria en el momento en que tratan con un propietario cuyo bien está gravado con privilegio ó cuyo derecho está sujeto á resolución. Es por interés de estos terceros por lo que el Código Napoleón somete los privilegios á la publicidad; el privilegio que no se publica no puede ser opuesto á los terceros acreedores, hipotecarios ni aun quirografarios; en cuanto á los privilegios inscriptos los terceros los conocen; tratar, por consiguiente, con conocimiento de causa y pueden resguardar sus intereses.

No sucede lo mismo con la acción resolutória; está fundada en la condición tácita que resulta de la inejecución de las obligaciones contraídas por el adquirente. Bajo el imperio del Código Civil las actas translativas de propiedad no estaban sometidas á la transcripción, y ésta por sí sola no da á conocer la condición resolutoria tácita que afecta la propiedad del adquirente. El Código decía, en verdad, que el privilegio del vendedor se conserva por la transcripción; esto suponía el mantenimiento del principio de publicidad organizada por la ley de Brumario, año VII; desgraciadamente este sistema fué abandonado, de modo que el artículo 2108 quedó letra muerta y, por consiguiente, nada daba á conocer á los terceros que se debiera el precio al vendedor, quien permanecía armado del derecho de resolución. La condición resolutoria permanecía secreta. Los terceros podían ser despojados por un vendedor no pagado, sin que



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tuviesen el medio de conocer la existencia del derecho que venía á resolver su propiedad.

123. La contradicción era evidente. Si el privilegio debía hacerse público para garantizar los intereses de los terceros la acción resolutoria debía publicarse porque los terceros estaban amagados igualmente por la resolución y tenían interés en conocer el derecho de resolución tanto como el de privilegio. No se limitaba en esto la contradicción de los principios que consagraba el Código Civil. Los terceros adquirentes tenían un medio de libertar el inmueble de las hipotecas, de los privilegios que lo gravaban: era la purga. Pero la purga no quitaba la acción resolutoria. En vano el tercer adquirente purgaba el privilegio del vendedor, el derecho de resolución sobrevivía al privilegio; la propiedad de los terceros adquirentes estaba, pues, continuamente amenazada por el derecho de resolución de un vendedor no pagado; sólo se encontraban al abrigo de la evicción cuando la acción de resolución se extinguía por la inscripción.

124. El privilegio y el derecho de resolución estaban regidos por principios esencialmente diferentes. En la teoría del Código estos dos derechos eran independientes uno de otro, de modo que el privilegio podía perecer y el vendedor conservaba no obstante el derecho de resolución. Acabamos de decir que así era en caso de purga. La ley prescribía reglas severas para la conservación del privilegio, dictadas todas por interés de los terceros; si el privilegio no estaba inscripto, si la inscripción no era renovada, el vendedor perdía su derecho de preferencia. ¿Este decaimiento arrastraba el de la acción resolutoria? Nó, pues el derecho de resolución no era una dependencia del privilegio; ambos derechos eran distintos por su naturaleza, su objeto y su efecto. El privilegio es una garantía accesoria del crédito y debe esencialmente ser mueble; la resolución es un derecho inmobiliar, pues tiende á resolver una venta inmobiliar y



á hacer entrar de nuevo el inmueble en poder del vendedor, como si nunca hubiera salido de él. Cuando el vendedor ejerce su privilegio mantiene el contrato cuya ejecución prosigue. Cuando ejerce la acción resolutaria del contrato pide su resolución, y si el juez la pronuncia la venta se considera no haber existido nunca. Estas diferencias entre ambos derechos son reales, subsisten siempre, pero la consecuencia que resultaba bajo el imperio del Código Civil era desastrosa; y, es en este punto en el que el legislador belga ha innovado.

125. El sistema del Código era tan absurdo en sus consecuencias como funesto para los terceros. Al someter la conservación del privilegio á condiciones rigurosas la ley quería garantizar los derechos de los terceros, pero en vano declaraba al vendedor decaído de su privilegio en favor de los terceros adquirentes: sacrificaba este interés prometiendo al vendedor decaído de su privilegio pedir la resolución de la venta. «¿Cae bajo el sentido, dice Merlín, que un tercero adquirente que por falta de inscripción no puede ser perseguido hipotecariamente por el vendedor pueda, sin embargo, ser expropiado por éste?» El espíritu lógico del gran jurisconsulto se sublevaba contra este absurdo, y, no obstante, se veía precisado á reconocer que el derecho de resolución sobrevivía al privilegio. Se intentó sostener que no le sobrevivía, pero la jurisprudencia apartó esta interpretación contraria á los principios y sin apoyo en los textos. (1) Se vió obligado á consagrar las consecuencias más extremas del principio de que el privilegio es independiente de la acción resolutoria.

El vendedor no sólo no conservaba su derecho á la resolución cuando había descuidado de llenar las formalidades prescriptas para la conservación del privilegio, podía, además, promover la resolución después de haber terminante-

1 Martou, t. II, p. 234, nota 1, núm. 615 y las sentencias que cita.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mente renunciado á su derecho de preferencia, pues tenía dos derechos distintos y renunciando á uno no renunciaba al otro. Cuando una orden se abría para la distribución del precio del inmueble el vendedor estaba llamado como acreedor privilegiado; su privilegio le aseguraba el pago de su crédito; si juzgaba bueno no presentarse al orden conservaba, no obstante, el derecho de resolución, cuyo ejercicio hacía caer la venta voluntaria ó forzada del inmueble. En vano purgaba el tercero adquirente, no quitaba el derecho de resolución. (1)

*Núm. 2. De la nueva ley.*

126. Los funestos efectos de la condición resolutoria han hecho nacer el pensamiento de abolirla en hombres preocupados, antes que todo, del interés del crédito, pues es este interés el que está en causa en el régimen hipotecario y, por consiguiente, en el concurso de la acción resolutoria y del privilegio. Habiendo sido sometido un proyecto de ley á la Asamblea Nacional en 1830 los economistas pidieron que la condición resolutoria no tuviera ningún efecto para con los terceros: esto era pedir su abolición. No les faltaban buenas razones en el terreno de la economía política. Decían que la riqueza privada y la riqueza pública no podían desarrollarse más que cuando la legislación asegura á los propietarios el crédito al que les da derecho el valor de los bienes que poseen. Pero para que el propietario encuentre adquirentes ó prestamistas es necesario que los terceros tengan una garantía plena al comprar ó al prestar sobre garantías hipotecarias. Y todas las garantías que la ley les da ó que ellos estipulan pueden hacerse ilusorias si un vendedor no pagado tiene el derecho de despojarlos.

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. IV, ps. 401 y siguientes, notas 40 á 43, pfo. 356. Compárese Mourlón, De la transcripción, t. II, p. 422, números 750 y 751.



¿Qué sucederá? O no tratarán ó tratarán con condiciones onerosas para el propietario. El crédito sufrirá y, por consiguiente, las riquezas privadas sufrirán tanto como la riqueza pública. Los economistas agregaban que la acción resolutoria no tenía razón de ser, puesto que el vendedor estaba suficientemente garantizado por su privilegio, que le aseguraba su pago.

127. Hombres de talento prestaron á esta teoría el apoyo de su elocuencia; Vatimesnil, Michel de Bourges, Dupont de Boussac atacaron la condición resolutoria con violencia, y en el terreno económico era difícil contestarles. Pero la cuestión tiene, además, otra faz: la del derecho. Dos jurisconsultos tomaron por sí la defensa del derecho. Aquí cambia la escena. ¿Puede prohibirse á las partes contratantes subordinar sus convenciones á una condición resolutoria? Nó, pues este es el legítimo ejercicio de la propiedad, y, salvo los socialistas y los comunistas, nadie ha pedido aún que la propiedad fuera vinculada, es decir, anulada en nombre de la economía política. Los adversarios de la condición resolutoria no se atrevieron á ir hasta ahí; habrá que ir, sin embargo, hasta ahí si se quiere repudiar la condición resolutoria tácita, pues esta condición no es más que el pacto comisorio transportado en la ley, lo que dispensa á las partes de estipularlo; pero es siempre por su voluntad por lo que la condición resolutoria está subentendida en los contratos sinalagmáticos; la ley no se las impone, supone que las partes lo quieren, y tal es la realidad de las cosas. Si las partes quieren la resolución en el caso en que falten á sus compromisos, y si tienen el derecho de quererla, todo queda decidido; no hay derecho contra el derecho y, sobre todo, no hay autores contra el derecho. Tenemos un grande respeto para la economía política, pero lo tenemos aún mayor para el derecho, porque el imperio pertenece al derecho y no al interés. Importa que los pueblos sean ricos;

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

pero desgraciados de ellos si se vuelven ricos sacrificando el derecho á su prosperidad material. Semejante sociedad descansa en las arenas del desierto, y cuando llega la tempestad la sociedad se sumerge en el fango. Desconfiamos de la economía política desde que hemos oído sostener en su nombre las más absurdas tesis, tales como la libertad del padre de familia para instruir ó no á sus hijos: la libertad de matarlos física ó moralmente enviándolos al taller en una edad en que deben estar aún en la amiga. El derecho del niño protesta contra semejantes enormidades. Es bueno que la voz del derecho se haga oir en el seno de una sociedad que está inclinada á sólo oir el interés. La lucha duró tres dias en la Asamblea Nacional; el derecho acabó por prevalecer. (1) Sólo habia una objeción especiosa que los economistas tomaban del derecho. El privilegio, según ellos, bastaba para garantizar el derecho del vendedor. Si así fuera la ley podría conformarse con dar esta seguridad al vendedor. Sería inútil concederle la resolución. Pero la experiencia de cada dia prueba que el privilegio es insuficiente; es porque lo es por lo que el vendedor promueve la resolución. Vendió para recibir el precio de su cosa; aseguradle el precio y no pedirá la resolución de la venta. Pero si la cosa está despreciada la venta forzada del inmueble quizá absorbe en gastos una gran parte del precio; ¿dará al vendedor su precio íntegro? Amenudo sólo le queda la mitad. Por esto es que se ve obligado á recurrir á la resolución, más expeditiva, menos azarosa y más eficaz que la expropiación forzada.

128. Los economistas tenían razón, sin embargo, en un punto y los jurisconsultos no pensaron en contestárselos; habían sido los primeros en señalar los vicios que consagraba el Código Civil. Había falta de harmonía completa en

1 Mourlón lo resumió bien en su Tratado de la Transcripción, t. II, p. 435, núms. 772 á 776.



este sistema. El privilegio era público y la acción resolutoria secreta. A falta de publicidad el privilegio se extinguía, mientras que la acción resolutoria sobrevivía. El tercer adquirente podía, pues, borrar el privilegio, no tenía ningún medio de abrigarse contra la resolución. Había que corregir estos defectos y el medio era sencillo: era hacer lo contrario de lo que habían hecho los autores del Código: no abolir la acción resolutoria sino hacerla pública, subordinándola en todo al privilegio. Fué un ministro del Imperio, Rouher, quien propuso esta innovación; resolvía el problema manteniendo el derecho de resolución á la vez que dándole la publicidad del privilegio y declarándola extinguida cuando el privilegio se extinguiera. El derecho de propiedad quedaba respetado y los intereses de los terceros quedaban resguardados. Se daba, pues, satisfacción á lo que tenían de legítimo las reclamaciones de los economistas. La clandestinidad es la que crea los peligros que sufren los terceros; la publicidad les avisa y los pone en condición de resguardar sus intereses.

La proposición de Rouher fué adoptada por la Asamblea Nacional y pasó en la ley francesa de 1855 acerca de la transcripción. (1) Cuando la discusión de nuestra Ley Hipotecaria el Ministro de Justicia propuso la misma solución, completándola. Desde luego se encuentra, naturalmente, extendida al privilegio del cambista y del donante, siendo las razones idénticas. Y luego el art. 28 permite á los terceros suspender la acción de resolución ofreciendo el precio al demandante, y aun después de pronunciada la resolución la ley transporta el derecho de los terceros hi-

1 Nosotros transcribimos el art. 7 de la ley para que se pueda comparar con el art. 28 de nuestra ley; hay diferencias: «La acción resolutoria establecida por el art. 1654 del Código Napoleón no puede ser ejercida, después de la extinción del privilegio del vendedor, en perjuicio de terceros que han adquirido derechos en el inmueble por parte del adquirente y que se han conformado con las leyes para conservarlas.»

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

potecarios en las sumas que el demandante de resolución está en el caso de restituir. En fin, la ley belga organiza la purga de modo que la acción resolutoria esté borrada ó que no perjudique al tercer adquirente. Volveremos á este último punto al tratar de la purga. Por ahora limitamos nuestras explicaciones al art. 28.

### § II.—¿En qué casos es aplicable el art. 28?

129. El art. 28 dice: «La acción resolutoria de la venta establecida por el art. 1654 no puede ser ejercida después de la extinción ó decaimiento del privilegio establecido por el artículo precedente.» ¿Cuál es la acción resolutoria que la ley subordina á la conservación del privilegio? El artículo 28 no se aplica más que á la condición resolutoria que recuerda el art. 1654, el cual dice: «Si el comprador no paga el precio el vendedor puede pedir la resolución de la venta.» Esta disposición es sólo la aplicación del principio general consagrado por el art. 1184, según el cual «la condición resolutoria está siempre subentendida en los contratos sinalagmáticos para el caso en que una de las dos partes no satisfaga su compromiso.» Esto es lo que se llama la condición resolutoria tácita. Síguese de esto que el art. 28 no es aplicable más que á la condición resolutoria tácita, pues la ley está concebida en términos restrictivos; cita el art. 1654 que aplica á la venta la condición resolutoria tácita. Además de la condición resolutoria tácita hay una condición resolutoria expresa: es la que definen los artículos 1138 y 1168; está estipulada por las partes y tiene por efecto revocar ó rescindir el contrato, volviendo las cosas al estado que tuvieran si la obligación nunca hubiera existido. La condición resolutoria expresa, así como la tácita, opera resolución no sólo de la venta, á la que está ligada, sino también de todas las actas de disposición hechas



por el comprador; de modo que si la venta está resuelta las enajenaciones y las hipotecas consentidas por el comprador lo están igualmente. Puesto que toda condición resolutoria obra contra los terceros ¿por qué el legislador limita su innovación á la condición resolutoria tácita? Es verdad que la condición resolutoria expresa tiene para los terceros el mismo resultado que la condición tácita; anonada al cumplirse todos los derechos que los terceros han adquirido en la cosa. Sin embargo, es menos peligrosa. Desde luego en el sistema de la nueva ley está publicada, puesto que el acta de venta debe ser transcripta por entero para que la propiedad esté transferida para con los terceros. Los que tratan con el posesor de un inmueble pueden, pues, asegurarse de la existencia de las condiciones bajo las cuales se ha vuelto propietario; avisados por la publicidad tratan con conocimiento de causa. Amenudo no tratarán, puesto que arriesgan ver sus derechos resueltos si la condición se cumple. Esto es otro mal, pues está ligado á cualquiera condición, y la ley no podía prohibir los contratos condicionales. Además el principio del art. 28 no puede recibir su aplicación á la condición resolutoria expresa; en efecto, supone que el vendedor tiene dos derechos: la acción resolutoria y un privilegio; y en el caso de una condición resolutoria expresa el vendedor sólo tiene un derecho: el de resolución; no tiene privilegio; no podrá, pues, tratarse de subordinar la acción resolutoria á la conservación de un privilegio que no existe. (1) A decir verdad ni siquiera tiene una *acción* resolutaria, puesto que la resolución tiene lugar de plano. Para que el art. 28 sea aplicable se necesario, pues, que el acreedor tenga á la vez un privilegio y una acción resolutoria; así pasa con el vendedor cuando el precio no le fué pagado.

1 Marton, t. II, p. 236, núm. 616. Compárese Aubry y Rau, t. IV, p. 402, nota 47, pfo. 356.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

potecarios en las sumas que el demandante de resolución está en el caso de restituir. En fin, la ley belga organiza la purga de modo que la acción resolutoria esté borrada ó que no perjudique al tercer adquirente. Volveremos á este último punto al tratar de la purga. Por ahora limitamos nuestras explicaciones al art. 28.

### § II.—¿En qué casos es aplicable el art. 28?

129. El art. 28 dice: «La acción resolutoria de la venta establecida por el art. 1654 no puede ser ejercida después de la extinción ó decaimiento del privilegio establecido por el artículo precedente.» ¿Cuál es la acción resolutoria que la ley subordina á la conservación del privilegio? El artículo 28 no se aplica más que á la condición resolutoria que recuerda el art. 1654, el cual dice: «Si el comprador no paga el precio el vendedor puede pedir la resolución de la venta.» Esta disposición es sólo la aplicación del principio general consagrado por el art. 1184, según el cual «la condición resolutoria está siempre subentendida en los contratos sinalagmáticos para el caso en que una de las dos partes no satisfaga su compromiso.» Esto es lo que se llama la condición resolutoria tácita. Síguese de esto que el art. 28 no es aplicable más que á la condición resolutoria tácita, pues la ley está concebida en términos restrictivos; cita el art. 1654 que aplica á la venta la condición resolutoria tácita. Además de la condición resolutoria tácita hay una condición resolutoria expresa: es la que definen los artículos 1138 y 1168; está estipulada por las partes y tiene por efecto revocar ó rescindir el contrato, volviendo las cosas al estado que tuvieran si la obligación nunca hubiera existido. La condición resolutoria expresa, así como la tácita, opera resolución no sólo de la venta, á la que está ligada, sino también de todas las actas de disposición hechas



por el comprador; de modo que si la venta está resuelta las enajenaciones y las hipotecas consentidas por el comprador lo están igualmente. Puesto que toda condición resolutoria obra contra los terceros ¿por qué el legislador limita su innovación á la condición resolutoria tácita? Es verdad que la condición resolutoria expresa tiene para los terceros el mismo resultado que la condición tácita; anonada al cumplirse todos los derechos que los terceros han adquirido en la cosa. Sin embargo, es menos peligrosa. Desde luego en el sistema de la nueva ley está publicada, puesto que el acta de venta debe ser transcripta por entero para que la propiedad esté transferida para con los terceros. Los que tratan con el posesor de un inmueble pueden, pues, asegurarse de la existencia de las condiciones bajo las cuales se ha vuelto propietario; avisados por la publicidad tratan con conocimiento de causa. Amenudo no tratarán, puesto que arriesgan ver sus derechos resueltos si la condición se cumple. Esto es otro mal, pues está ligado á cualquiera condición, y la ley no podía prohibir los contratos condicionales. Además el principio del art. 28 no puede recibir su aplicación á la condición resolutoria expresa; en efecto, supone que el vendedor tiene dos derechos: la acción resolutoria y un privilegio; y en el caso de una condición resolutoria expresa el vendedor sólo tiene un derecho: el de resolución; no tiene privilegio; no podrá, pues, tratarse de subordinar la acción resolutoria á la conservación de un privilegio que no existe. (1) A decir verdad ni siquiera tiene una *acción* resolutaria, puesto que la resolución tiene lugar de plano. Para que el art. 28 sea aplicable se necesario, pues, que el acreedor tenga á la vez un privilegio y una acción resolutoria; así pasa con el vendedor cuando el precio no le fué pagado.

1 Marton, t. II, p. 236, núm. 616. Compárese Aubry y Rau, t. IV, p. 402, nota 47, pfo. 356.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

130. El art. 28 agrega que lo mismo sucede con la acción de devolución del objeto cambiado establecida por el art. 1705. Este artículo dice: „El copermutante que está despojado de la cosa que recibió en cambio tiene elección de concluir á daños y perjuicios ó repetir la cosa.„ Tiene, pues, dos derechos, como el vendedor. Puede pedir daños y perjuicios que representan el valor de la cosa y reemplazo al precio para el cambista despojado; este derecho está garantizado por un privilegio (art. 27, 2.°) El cambista puede también repetir la cosa. Esta acción de repetición es una verdadera acción resolutoria fundada en el principio del art. 1184: el copermutante se obliga á transferir la propiedad de la cosa que da en cambio de la que recibe, si no cumple esta obligación y si el cambista está despojado de la cosa que recibió en cambio hay lugar á la condición resolutoria tácita del art. 1184. Así el cambista vencido se encuentra en la misma situación que el vendedor no pagado; tiene á la vez un privilegio para el pago de los daños y perjuicios que puede reclamar y tiene la acción resolutoria. La ley pudo, pues, aplicar al cambista el principio que establece para el vendedor.

131. El art. 28 se aplica también á la donación cuando se hace con cargo. Según el art. 953 la donación puede ser *revocada* por causa de inejecución de las condiciones bajo las cuales fué hecha. Esta *revocación* no es otra cosa que la *resolución*, y no cumpliendo sus obligaciones el donatario el donante puede promover la resolución por aplicación del principio del art. 1184. La ley le da también un privilegio; hay, pues, concurso del privilegio y de la acción de resolución, lo que es la hipótesis prevista por la nueva ley: la acción resolutoria será subordinada á la conservación del privilegio.

La ley lo dice en el segundo inciso del art. 28: „La misma regla se aplica á la acción de revocación fundada en la



inejecución de las condiciones que hubieran podido ser garantizadas por el privilegio.„ Esta redacción es singular. La ley no habla de la donación, no cita, como lo hace en caso de venta y de cambio, al artículo del Código que establece el principio de la resolución (art. 953); concebida en términos generales la disposición parece comprender otros casos todavía que la donación. En efecto, la venta puede hacerse con cargos que sean parte del precio; el vendedor tiene, en este caso, un privilegio para asegurar la ejecución de los cargos y una acción de resolución si los cargos no se cumplen. Esta hipótesis entra en los términos generales del segundo inciso, puesto que cae bajo la aplicación de la regla establecida por el primer inciso; los cargos están comprendidos bajo el nombre de *precio*.

¿El segundo inciso se aplica al cambio? Es seguro que el cambio puede también hacerse con ciertos cambios que reemplacen el saldo ó los daños y perjuicios á los que el copermutante tiene derecho en caso de evicción; en este caso el cambista tiene dos derechos: un privilegio y una acción de resolución. Esta hipótesis entra en el segundo inciso, puesto que cae bajo la aplicación del primero.

Debe, pues, decirse que la ley está mal redactada; entiende hablar en el segundo inciso del donante; lo que lo prueba es que se vale de la palabra *revocación*, que es el término técnico para indicar la resolución de la donación en caso de inejecución de los cargos (arts. 953-954). En todo caso la ley hubiera debido mencionar especialmente la donación, como menciona la venta y el cambio, pues después de los dos primeros incisos viene un tercero en que se trata del vendedor, del cambista y del *donante*, mientras que en las disposiciones que preceden no se habla del *donante*, cuando menos explícitamente; hubiera sido más sencillo decir que la misma regla se aplica á la acción de revocación de la donación establecida por el art. 953.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

132. ¿Se aplica el art. 28 al pacto comisorio? Se da este nombre á la condición resolutoria tácita cuando está escrita en el contrato. Esta cláusula es muy frecuente en materia de venta. El art. 1656 prevee una cláusula comisoria: la que dice que por falta de pago del precio en el plazo convenido la venta será resuelta de derecho pleno. De ahí la cuestión de saber si el art. 28 es aplicable al caso previsto por el art. 1656. La cuestión debe sentarse en términos más generales porque el art. 1656 no prevee más que una de las formas del pacto comisorio; se debe, pues, generalizar la cuestión y preguntar si el art. 28 es aplicable á la condición resolutoria estipulada para el caso en que el comprador no pagara el precio. Hay controversia. En nuestro concepto se debe distinguir el pacto comisorio que se identifica con la condición resolutoria tácita del pacto comisorio que produce los efectos de la condición resolutoria expresa.

Cuando el pacto comisorio no hace más que reproducir los términos del art. 1654 ó del art. 1184 no difiere en nada de la condición resolutoria tácita; luego cae bajo la aplicación del art. 28. Nos transladamos, en cuanto al principio, al título *De las Obligaciones*. El texto de la ley es aplicable á esta hipótesis, lo que es decisivo en materia de privilegios. El artículo 28 dice: «*La acción resolutoria de la venta* establecida por el art. 1654.» En la especie el pacto comisorio da lugar á una *acción resolutoria*. En cuanto al art. 1654 supone también que la resolución está *pedida* si el comprador no paga el precio. Y la resolución debe *pedirse* en el caso en que el pacto comisorio no haga transcribir en el acta la disposición del art. 1654 ó la del art. 1184. En efecto, el carácter que distingue la condición resolutoria tácita es que no resuelve el contrato de pleno derecho: la resolución debe *pedirse* en justicia; luego estamos en los términos del art. 1654. Hay, sin embargo, una objeción. Lo que hace la condición resolutoria tácita tan peligrosa para con los terceros es que se



oculta; no pueden saber si hay un vendedor no pagado, y cuando la condición resolutoria tácita está escrita en el contrato se hace pública por la transcripción; luego los terceros la pueden conocer y, por consiguiente, los peligros de la resolución desaparecen en el sentido de que los terceros tratan con conocimiento de causa. La objeción sería decisiva si el texto no decidiera la dificultad; todo es de rigor en esta materia. Se puede agregar que el pacto comisorio no instruye lo bastante á los terceros; esta es una cláusula rutinaria que sólo enseña á los terceros lo que saben por la ley; á saber: que si el comprador no paga el precio el vendedor puede pedir la resolución de la venta. A esto se puede contestar que la inserción del pacto comisorio en el contrato al menos enseña una cosa á los terceros: que el precio no está pagado y que deben, por consiguiente, atenerse á la resolución del contrato. En definitiva, se debe uno atener al texto y decir que desde que hay concurso de una acción resolutoria y de un privilegio el art. 28 debe recibir su aplicación.

Hasta aquí hemos supuesto una venta; la aplicación de la ley al cambio y á la donación prueba que el principio queda aplicable aunque los terceros hayan tenido conocimiento de la acción resolutoria. El copermutante no tiene privilegio en caso de evicción más que cuando el acta determina una suma fija á título de daños y perjuicios; el acta está transcripta; los terceros saben, pues, que el cambista tendrá un privilegio y una acción resolutoria en caso de evicción; están admitidos, lo que no impide que el art. 38 sea aplicable. De igual modo el donante no tiene más que un privilegio y una acción de resolución más que cuando el acta de donación hace conocer la monto de los cargos en su perjuicio; sin embargo, pueden prevalecerse del privilegio del art. 28. Lo que prueba que la ley se atiene sobre todo á los efectos que producirá la resolución; lo que hace apli-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cable el principio cuando hay acción resolutoria y privilegio aunque los terceros hayan podido atenerse á una resolución. Después de todo también podían quedarse bajo el imperio del Código Civil porque la ley les enseñaba la existencia de la condición resolutoria tácita; pero lo que los inducía al error es que no estando conservado el privilegio debían creer que el acreedor privilegiado estaba pagado y que, por consiguiente, no habría resolución. Y este peligro subsiste aunque la condición resolutoria esté escrita en el acta. Esta consideración levanta cualquiera dificultad.

133. ¿Se debe mantener esta solución en el caso en que el pacto comisorio esté estipulado como lo supone el artículo 1656; es decir, con el efecto de que el contrato quedará resuelto de pleno derecho por falta de pago del precio? Tomamos como ejemplo la venta porque es la única hipótesis usual y la que dió lugar á la controversia. La Corte de Bruselas decidió que el art. 28 no es aplicable al pacto comisorio del art. 1656, y, en nuestro concepto, estuvo bien juzgado. (1) Hemos inducido del texto, y acerca de este punto todo el mundo está de acuerdo, que el art. 28 no se aplica á las condiciones resolutorias expresas (núm. 129). Y el pacto comisorio es una condición resolutoria expresa cuando la cláusula dice que la venta quedará resuelta de pleno derecho por falta de pago del precio. Esto es decisivo. En efecto, el texto no se puede aplicar. Dice: *la acción resolutoria de la venta;* y en el caso previsto por el art. 1656 no há lugar á una *acción*, el contrato se resuelve en virtud de la voluntad de las partes contrayentes; luego está fuera del texto. El art. 28 agrega: "la acción resolutoria *establecida por el art.* 1654;" luego no se aplica al pacto comisorio del art. 1656; lo que es muy lógico, puesto que por una parte hay condición resolutoria tácita y por otra hay condición resolutoria expresa.

1 Bruselas, 2 de Diciembre de 1868 (Pasicrisia, 1869, 2, 257). Martou, t. II, p. 236, núm. 617.



Hay, sin embargo, un motivo para dudar: es que el pacto comisorio que se opera de pleno derecho ó en virtud de la sentencia del juez produce efectos idénticos, y estos efectos tienen la misma causa: la falta de pago del precio. Hay privilegio y derecho á la resolución; luego se está, si no en el texto, al menos en el espíritu de la ley. (1) Hacemos á un lado la objeción porque en una materia de privilegios se debe uno atener estrictamente al texto de la ley. También se da otra respuesta: es que el concurso de la acción resolutoria y del privilegio no existen cuando el pacto comisorio toma el carácter de una condición resolutoria expresa. Esto es verdad cuando el contrato está resuelto sin que sea necesario manifestar voluntad; en este caso no se puede tratar de privilegio; el vendedor ha manifestado previamente su voluntad de no reclamar su privilegio, puesto que quiere que la venta se resuelva como si no hubiese existido. Luego los terceros no pueden decir que al ver extinguido el privilegio debían creer que el precio estaba pagado; se debe dejar á un lado el privilegio para atenerse á la condición resolutoria expresa. Los terceros supieron al tratar con el propietario sometido á esta condición que no adquirían más que un derecho incierto, rescluble de pleno derecho, como el de su autor, abstracción hecha de la extinción ó del decaimiento del privilegio. Pero esta respuesta no es buena en el caso del art. 1656; se necesita una manifestación de voluntad para que el contrato sea resuelto, puesto que la ley exige una notificación. Lo que nos parece decisivo es que no se necesita ya acción en justicia; luego el art. 28 no es aplicable.

134. No basta que haya condición resolutoria tácita para que el art. 28 sea aplicable, además se necesita que tenga

1 Cloes, t. I, p. 447, núms. 761 y 762. Compárese Troplong, De la transcripción, p. 463, núms. 301 á 305. Mourlón, De la transcripción, t. II, p. 434, número 769.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

un derecho á la resolución de goce de un privilegio el que tenga la misma causa que la acción resolutoria. Tales son los casos previstos por la ley: el vendedor, por ejemplo, tiene un privilegio para el pago del precio, y también la acción en resolución si el comprador no paga; de modo que el derecho al precio da nacimiento á la vez á la acción resolutoria y al privilegio. Si el contrato estaba sujeto á resolución por causa diferente del pago de un crédito privilegiado no habría lugar á aplicar el art. 28 porque no se estaría ni en el texto ni el espíritu de la ley. El texto declara al acreedor decaído de su acción resolutoria después de la extinción ó del decaimiento del privilegio, y no se puede tratar de pérdida del privilegio cuando no hay privilegio. El objeto de la ley no es garantizar á los terceros contra toda acción resolutoria, solamente tuvo presente el ejercicio de la condición resolutoria tácita cuando ésta no pertenece á un acreedor privilegiado.

¿Se necesita también que el acreedor privilegiado haya llenado las condiciones requeridos por la ley para la existencia de su privilegio? Nó, la ley no lo exige; y si se decidiera que el acreedor concertaba su acción resolutoria sin llenar estas condiciones se le permitiría eludir la ley. Tal sería el caso en que el cambista no fijara la suma á la que tiene derecho á título de daños y perjuicios por causa de evicción. La ley le da un privilegio en caso de evicción; lo que basta para que el art. 28 sea aplicable, porque hay concurso de la acción resolutoria con un privilegio; y en esta hipótesis la acción resolutoria no puede ejercerse desde que el acreedor no tiene privilegio. Sí, sin hacer ninguna estipulación relativa á los daños y perjuicios conservaría su acción resolutoria; los terceros serían engañados; y el objeto de la ley es precisamente impedir que los terceros sean engañados. (1)

1 Cloes, t. I, p. 450, núm. 767. Compárese Martou, t. I, p. 240, núm. 624.



135. Hay acciones que tienen analogía con la acción resolutoria, pero que, sin embargo, difieren en que no están fundadas en una acción resolutoria. Lo que basta para que no haya lugar á aplicar al at. 28. Esta disposición es excepcional, priva al acreedor de un derecho que tiene por la convención tácita de las partes; debe, pues, limitarse al caso que la ley prevee. Se ha pretendido que el derecho de prosecucion contra la reventa por postura temeraria caía bajo la aplicación del art. 28. Lo cual es un error. La condición resolutoria pone el inmueble en manos del vendedor, mientras que la reventa por postura temeraria es una nueva venta; la reventa no es, pues, una resolución en el sentido del art. 1184; lo que hace inaplicable al art. 28. (1)

136. Hay casos en los que el acreedor conserva su privilegio y, por consiguiente, su acción resolutoria, pero la ley le obliga á optar, en interés de los terceros, entre la acción resolutoria y el privilegio. Cuando el adquirente cumple con las formalidades legales para la purga de las hipotecas y privilegios el acreedor privilegiado está obligado á optar; mantiene los derechos del acreedor, puesto que conservó su privilegio, pero tiene que ejercer uno ú otro con el fin de fijar la posición del tercer adquirente. Lo mismo pasa cuando el inmueble está expropiado. La situación del adjudicatario debe también ser afirmada no sólo en su interés sino también en el de los acreedores que persiguen; no se encontraría un adjudicatario si permaneciera sujeto á la acción de resolución. Esto está además en harmonía con la nueva ley; la acción de resolución no puede sobrevivir al privilegio; pero como la ley no puede despojar al acreedor de un derecho que le pertenece lo obliga á optar. (2)

1 Besançón, 16 de Diciembre de 1857 (Dalloz, 1859, 2, 148). Aubry y Rau, t. IV, p. 402, nota 46, pfo. 356.
2 Martou, Comentario, t. II, p. 238, núm. 620.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## § III.—¿Quién puede prevalecerse del artículo 28 y bajo qué condición?

137. Según el art. 28 la acción resolutoria del vendedor, del cambista y del donante no puede ser ejercida «en perjuicio del acreedor inscripto, ni del subadquirente, ni de los terceros adquirentes de derechos reales, después de la extinción ó decaimiento del privilegio.» Así el acreedor que no conservó su privilegio queda decaído de la acción de resolucion en interés de los terceros y ya no puede ejercerlo en perjuicio de éstos, lo que implica que no está decaído de un modo absoluto de su derecho; puede pedir la resolución contra la parte que no cumplió sus compromisos. Es el interés de los terceros, es decir, el interés del crédito público, el «que provocó la innovación que el legislador ha hecho al Código Civil; cuando el interés de los terceros no está en causa se permanece bajo el imperio de la ley antigua; el vendedor conserva su derecho de resolución contra el comprador, el cambista y el copermutante; el donante contra el donatario. No hay concurso, en este caso, del privilegio con la acción resolutoria, puesto que el privilegio no se ejerce contra el deudor; luego la extinción ó decaimiento del privilegio no puede atacar en nada el derecho del acreedor. Fué sentenciado por aplicación de este principio que el vendedor puede pedir la resolución del contrato contra el quebrado cuando éste queda por un concordato restablecido en la libre disposición de sus derechos. (1) Otra es la cuestión de saber si el art. 28 es aplicable para con la masa en caso de quiebra; volveremos á este punto.

138. La ley ha subordinado la acción resolutoria á la conservación del privilegio en interés de los terceros. ¿Cuáles son estos terceros? El art. 28 contesta á la cuestión. Son,

1 Lyon, 6 de Abril de 1865 (Dalloz, 1866, 5, 487). Compárese Marton, t. II, p. 237. núm. 618, y p. 240, núm. 623; Aubry y Rau, t. IV, p. 402, nota 44, párrafo 356.



desde luego, los *acreedores inscriptos*; es decir, los acreedores hipotecarios que han conservado su derecho por la inscripción; si no han conservado su derecho, por ejemplo, descuidando de renovar su inscripción en los quince años no pueden oponer al vendedor que promueve la resolución que éste incurrió en decaimiento de la acción resolutoria, pues los acreedores hipotecarios cuyo derecho se volvió ineficaz están asimilados á los quirografarios y éstos no pueden invocar el beneficio del art. 28.

También son terceros según el art. 28 los neoadquirentes; es decir, aquellos á quienes el comprador, el cambista ó el donatario venden la cosa gravada con el privilegio. La ley no dice que el subadquirente debe transcribir su título para tener el derecho de oponer al vendedor el decaimiento ó la acción resolutoria. Es, no obstante, seguro que sólo con esta condición es como pueden invocar el art. 28; la ley francesa lo dice, y si la ley belga no lo ha dicho es porque la condición es una consecuencia de los principios que la ley establece en la transcripción de la propiedad; el subadquirente no es propietario para con los terceros; mientras no transcribió no puede oponer su derecho al acreedor que promueve la resolución.

Pasa lo mismo con los terceros adquirentes de derechos reales que el art. 28 coloca entre los en cuyo perjuicio no puede ejercerse la acción resolutoria cuando el acreedor ha perdido su privilegio. Es necesario que tengan un derecho que oponer al vendedor que pide la resolución de la venta es, pues, necesario que lo hayan conservado, ya sea por la transcripción, si se trata de un derecho á ella sometido; ya sea por la inscripción, si se trata de una hipoteca ó de un privilegio.

La ley excluye á los acreedores personales que no tienen derecho en la cosa. ¿Por qué los acreedores quirografarios no pueden oponer el decaimiento de la acción resolutoria

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

al vendedor? Se contesta ordinariamente: porque los acreedores personales no tienen más derecho que el que tenía su autor, y como el comprador no se puede prevalecer contra el vendedor del decaimiento en que éste incurrió para con los terceros los acreedores del comprador no pueden tener más derechos que éste. La respuesta es perentoria, según los principios del Código Civil; no lo es en el sistema de la ley belga. (1) Esta considera á los acreedores quirografarios como terceros en lo relativo á la transcripción (art. 1 °); hubiera podido también considerarles como terceros cuando se trata de la acción resolutoria; si no lo hizo es porque su objeto no es quitar al vendedor los derechos que proceden de su contrato, quiere solamente poner al abrigo de la acción resolutoria á aquellos que han adquirido un derecho en la cosa que el vendedor pretende quitarles. En otros términos, es el crédito inmobiliar el que el legislador entendió garantizar y no el crédito que se concede á la persona; los que se conforman con la garantía personal siguen la fe de su deudor, no pueden quejarse si un vendedor no pagado llega á quitarles una parte de su prenda. Hay una especie de inconsecuencia en garantizarlos contra el privilegio que no está publicado y no garantizarlos contra la acción resolutoria que permanece oculta. La inconsecuencia se explica por el limitado objeto que la ley tuvo en cuenta.

139. ¿El art. 28 se aplica cuando el deudor cae en quiebra? Esta cuestión está muy controvertida. Como toca á los principios que rigen las quiebras pertenece al derecho mercantil más bien que al derecho civil; nos limitaremos á enunciar suscintamente nuestra opinión. Se trata de saber si el vendedor puede pedir la resolución de la venta contra la masa quirografaria, y el art. 28 pone en principio que los acreedores quirografarios del comprador no pueden prevalecerse contra el vendedor del decaimiento en que incurre de la acción resolutoria; esto decide la cuestión si tiene que ser resuelta por el derecho civil. La única dificultad está en saber si los acreedores por efecto de la quiebra adquieren un derecho real en los bienes del quebrado. Esto nos parece dudoso; el quebrado está, en verdad, desposeído de la administración de sus bienes; es la masa la que los administra y dispone de ellos por órgano del síndico ó de los agentes. Esto no es un derecho real; la quiebra sólo transmite á la masa quirografaria los derechos que ejercía el quebrado, y el comprador no podrá oponer al vendedor el decaimiento de su acción voluntaria; luego el vendedor conserva también su derecho de resolución contra la masa que representa al deudor. La Corte de Casación se pronunció en este sentido, pero nuevas dificultades surgieron acerca del motivo de decidir; no podemos entrar en este debate. (1)

1 Compárense los autores citados por Aubry y Rau, t. IV, p. 402, nota 44, pfo. 356, y Cloes, t. I, p. 459, núm. 777.



140. Para que los terceros tal cual acabamos de determinarlos estén al abrigo de la acción resolutoria es necesario que el privilegio esté extinguido ó que el acreedor lo haya perdido. Estos son los términos del art. 28. Queda por saber lo que la ley entiende por extinción ó decaimiento del privilegio. El texto comprende todos los casos en los que el acreedor privilegiado no puede ya ejercer su privilegio, cualquiera que sea la causa. Hay en el Código Civil y en nuestra Ley Hipotecaria un capítulo acerca de las causas de extinción de los privilegios; la primera causa resulta de la extinción de la obligación principal; en este caso ya no hay crédito y, por tanto, el vendedor no tiene ya ningún derecho. No es esta la extinción que supone el art. 28; para que pueda tratarse de la acción resolutoria

1 Mourlón discute largamente la cuestión en su Tratado de la transcripción, t. II, p. 463, núms. 812 á 820. Compárese Aubry y Rau, t. III, p. 359, notas 10 y 11, pfo. 278, y los autores que citan. Cloes, t. I, p. 461, núms. 778 á 781.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

es necesario que el crédito subsista; sólo que el privilegio que lo garantizaba está extinguido. Tal es el caso en que el acreedor renuncia á su privilegio (art. 108, 2.°; Código Civil, art. 2180). El espíritu de la ley está acorde con el texto. Si el vendedor renuncia su privilegio la inscripción estará cancelada, y como regularmente la cancelación sólo se hace cuando el crédito está extinguido los terceros deben creer que el vendedor fué pagado y que, por tanto, están al abrigo de la acción resolutoria. La Ley Hipotecaria misma lo decide así en un caso en que la renuncia es implícita. El acreedor dispensa al conservador de tomar inscripción de oficio; en este caso está decaído de su privilegio y de su acción resolutoria, porque renunciando á la inscripción deja creer á los terceros interesados que el privilegio no existe ya, que el acreedor lo ha renunciado. El artículo 36 dice que el vendedor está *decaído* del privilegio y de la acción resolutoria; es más bien una *extinción* que un *decaimiento*, puesto que implica una *renuncia*; pero poco importa, puesto que la ley pone el *decaimiento* en la misma línea que la *extinción*.

El art. 108 (Código Civil, art. 2180) coloca también la prescripción y la purga entre las causas de extinción de los privilegios. Ya hemos dicho que la nueva ley organizó la purga de modo que borre la acción resolutoria á la vez que el privilegio. En cuanto á la prescripción del privilegio arrastra la cancelación de la inscripción que lo conservaba, y desde que los terceros ven la inscripción cancelada deben creer que el vendedor está pagado y que, por tanto, no pueden ya ser despojados por la acción resolutoria.

El decaimiento difiere de la extinción por las causas que lo arrastran; implica una especie de pena pronunciada contra el acreedor negligente. Tal es el caso previsto por el art. 37. El acta de venta está transcripta, el privilegio está conservado, pero sólo lo está durante el plazo de quince



años; antes de fenecer este plazo el vendedor debe renovar su inscripción; si no lo hace pierde su privilegio y, por consiguiente, su acción resolutoria. Ya hemos dado las razones (núm. 105).

Por identidad de razones hay que decidir que si el vendedor levanta la inscripción, es decir, consiente en que se cancele, queda decaído de su privilegio y de la acción resolutoria, aunque el crédito subsistiera. En efecto, el desembarazo produce el mismo efecto que la dispensa. El privilegio estaba conservado por la transcripción; el acreedor renuncia á uno de los elementos de la publicidad requerida en interés de los terceros; desde luego éstos deben creer que el acreedor no quiere ejercer su privilegio, y renunciar el privilegio es renunciar la acción resolutoria. Este es también un caso de extinción más bien que de decaimiento.

141. El vendedor, el cambista y el donante que tienen á la vez un privilegio y una acción resolutoria conservan su privilegio por la transcripción del acta que le da nacimiento. ¿Qué debe decidirse si el acta no está transcripta? Se pudiera creer que en este caso el privilegio no está conservado y que, por consiguiente, los acreedores incurren en decaimiento de la acción resolutoria. Tal no es el sistema de la ley belga. Si el comprador no transcribe no se vuelve hipotecario para con los terceros; por consiguiente, no puede conceder á los terceros un derecho real en la cosa, y los terceros que no tienen derecho real no pueden prevalecerse del art. 28 (núm. 138). En vano los terceros contra quienes el vendedor promueve la resolución dijeran que no habiendo conservado éste su privilegio no puede promover la resolución; el vendedor les contestaría que para con ellos permaneció propietario y que obra como tal; no se prevalece de su privilegio, invoca su derecho de propiedad. ¿Se dirá que en esta opinión los derechos de los terceros están sacrificados cuando el art. 28 tiene por objeto garantizar-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

los? Contestaremos que los terceros no están admitidos á á oponerse al decaimiento de la acción resolutoria sino cuando han hecho lo que la ley exige para la conservación de sus derechos. Y los que tratan con un comprador deben ante todo asegurarse de que es propietario, y sólo lo es por la transcripción; luego antes de tratar con él deben pedir que transcriba su acta de adquisición; si tienen la imprudencia de contratar con un posesor que no es propietario para con los terceros no tienen derecho en el espíritu de la ley (núms. 78-84).

142. El comprador que no ha transcripto revende el inmueble y el subadquirente transcribe su acta de adquisición. ¿Estará decaído el vendedor de su privilegio y, por tanto, de su acción resolutoria? Ya hemos examinado la cuestión de principio (núm. 89). En nuestra opinión el vendedor primitivo permanece propietario para con el subadquirente y, por consiguiente, no puede tratarse del decaimiento del privilegio ni de la acción resolutoria. En la opinión contraria el vendedor pierde su privilegio y, por tanto, no puede promover la resolución.

143. Se presenta todavía una dificultad en esta difícil materia. El vendedor promueve la resolución; en el momento en que se entabla la acción todavía tenía su privilegio; en el curso de la instancia se extingue el privilegio. ¿Resultará de esto que la resolución no podrá ser pronunciada? La Corte de Casación ha sentenciado muy bien que si el vendedor ha promovido la resolución poniendo en causa al tercero contra el que la resolución se invoca la acción se ejerce inútilmente, aunque el privilegio haya perecido en el curso de la instancia por falta de renovación de inscripción. (1) En efecto, la sentencia que pronuncia la resolución retrotrae al día de la demanda; basta, pues, que el privilegio haya existido cuando la demanda; desde

1 Casación, 3 de Agosto de 1868 (Dalloz, 1869, 1, 449).



luego la acción ha sido útilmente ejercida y el demandante debe obtener todo lo que hubiera obtenido si la sentencia hubiera intervenido inmediatamente, no pudiendo perjudicar las moras de justicia á los que se ven forzados á litigar. Se entiende que el vendedor no puede prevalecerse de la resolución más que para con la parte que estuvo en causa, puesto que la sentencia no tiene efecto para con los terceros. Debe, pues, tener el cuidado de poner en causa á los terceros que tienen un derecho real adquirido en la cosa; si no éstos podrían oponerle el decaimiento que incurrió al no renovar su inscripción. (1).

### § IV.—Del derecho de los terceros cuando el acreedor privilegiado promueve la resolución.

144. «En el caso en que el vendedor, el cambista y el donante ejercieran la acción resolutoria el tercero podrá siempre suspender sus efectos reembolsando al demandante el capital y los accesorios conservados por la inscripción del privilegio, conforme con el art. 87 de la presente ley.» Los terceros tienen grande interés en suspender la acción resolutoria, pues si la resolución está pronunciada los derechos que tienen en la cosa estarían igualmente resueltos. ¿Pero tienen este derecho reembolsando al demandante su crédito con los accesorios? Según el rigor de los principios no. En efecto, cuando el comprador no paga el precio el vendedor tiene derecho á promover la resolución y los terceros no pueden impedir el ejercicio de un derecho en virtud del interés que tienen en que este derecho no se ejerza, aunque le ofrecieran desinteresarlo enteramente. La ley de-

1 La Corte de Riom ha sentenciado, en términos más absolutos, que el vendedor que ejerció su acción resolutoria contra el comprador conserva su derecho contra los terceros (sentencia de 7 de Marzo de 1859; Dalloz, en la palabra Transcripción, núm. 617, y Flandin, De la transcripción, t. II, p. 392, número 1238).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

los? Contestaremos que los terceros no están admitidos á á oponerse al decaimiento de la acción resolutoria sino cuando han hecho lo que la ley exige para la conservación de sus derechos. Y los que tratan con un comprador deben ante todo asegurarse de que es propietario, y sólo lo es por la transcripción; luego antes de tratar con él deben pedir que transcriba su acta de adquisición; si tienen la imprudencia de contratar con un posesor que no es propietario para con los terceros no tienen derecho en el espíritu de la ley (núms. 78-84).

142. El comprador que no ha transcripto revende el inmueble y el subadquirente transcribe su acta de adquisición. ¿Estará decaído el vendedor de su privilegio y, por tanto, de su acción resolutoria? Ya hemos examinado la cuestión de principio (núm. 89). En nuestra opinión el vendedor primitivo permanece propietario para con el subadquirente y, por consiguiente, no puede tratarse del decaimiento del privilegio ni de la acción resolutoria. En la opinión contraria el vendedor pierde su privilegio y, por tanto, no puede promover la resolución.

143. Se presenta todavía una dificultad en esta difícil materia. El vendedor promueve la resolución; en el momento en que se entabla la acción todavía tenía su privilegio; en el curso de la instancia se extingue el privilegio. ¿Resultará de esto que la resolución no podrá ser pronunciada? La Corte de Casación ha sentenciado muy bien que si el vendedor ha promovido la resolución poniendo en causa al tercero contra el que la resolución se invoca la acción se ejerce inútilmente, aunque el privilegio haya perecido en el curso de la instancia por falta de renovación de inscripción. (1) En efecto, la sentencia que pronuncia la resolución retrotrae al día de la demanda; basta, pues, que el privilegio haya existido cuando la demanda; desde

1 Casación, 3 de Agosto de 1868 (Dalloz, 1869, 1, 449).



luego la acción ha sido útilmente ejercida y el demandante debe obtener todo lo que hubiera obtenido si la sentencia hubiera intervenido inmediatamente, no pudiendo perjudicar las moras de justicia á los que se ven forzados á litigar. Se entiende que el vendedor no puede prevalecerse de la resolución más que para con la parte que estuvo en causa, puesto que la sentencia no tiene efecto para con los terceros. Debe, pues, tener el cuidado de poner en causa á los terceros que tienen un derecho real adquirido en la cosa; si no éstos podrían oponerle el decaimiento que incurrió al no renovar su inscripción. (1).

### § IV.—Del derecho de los terceros cuando el acreedor privilegiado promueve la resolución.

144. «En el caso en que el vendedor, el cambista y el donante ejercieran la acción resolutoria el tercero podrá siempre suspender sus efectos reembolsando al demandante el capital y los accesorios conservados por la inscripción del privilegio, conforme con el art. 87 de la presente ley.» Los terceros tienen grande interés en suspender la acción resolutoria, pues si la resolución está pronunciada los derechos que tienen en la cosa estarían igualmente resueltos. ¿Pero tienen este derecho reembolsando al demandante su crédito con los accesorios? Según el rigor de los principios no. En efecto, cuando el comprador no paga el precio el vendedor tiene derecho á promover la resolución y los terceros no pueden impedir el ejercicio de un derecho en virtud del interés que tienen en que este derecho no se ejerza, aunque le ofrecieran desinteresarlo enteramente. La ley de-

1 La Corte de Riom ha sentenciado, en términos más absolutos, que el vendedor que ejerció su acción resolutoria contra el comprador conserva su derecho contra los terceros (sentencia de 7 de Marzo de 1859; Dalloz, en la palabra Transcripción, núm. 617, y Flandin, De la transcripción, t. II, p. 392, número 1238).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

roga, pues, el derecho del vendedor permitiendo á los terceros suspender la acción resolutoria. Está la derogación fundada en equidad. ¿Qué quiso el vendedor? Obtener el precio de la cosa; si promueve la resolución es porque no se le pagó el precio; pagándole el comprador impediría el ejercicio de la acción resolutoria; luego los legatarios del comprador deben tener el mismo derecho. Con esto los diversos intereses quedan conciliados; los terceros que pagan el precio están subrogados al privilegio del vendedor y conservan los derechos que les fueron cedidos en la cosa; en cuanto al vendedor no puede quejarse, puesto que la venta recibe su ejecución.

El art. 28 exige que los terceros indemnicen completamente al vendedor pagándole lo que hubiera obtenido si hubiera ejercido su privilegio; es decir, el precio principal y los intereses á que tenía derecho. Diremos más adelante cuáles son los intereses que el acreedor privilegiado ó hipotecario puede reclamar (art. 87).

145. La ley da todavía otro derecho á los terceros acreedores hipotecarios, aun después de pronunciada la resolución. Si el comprador ha pagado una parte del precio el vendedor puede, no obstante, pedir la resolución de la venta, pero tiene que reembolsar la suma que recibió. La restitución se hace al comprador; las sumas restituidas entran en su patrimonio y se vuelven prenda de sus acreedores. Por derogación á estos principios la ley dispone que si hay créditos garantizados por un privilegio ó una hipoteca en el inmueble vendido las sumas restituidas serán afectadas á sus acreedores; la ley transporta parte del precio que se restituye al comprador: el derecho de preferencia que tenían en el inmueble. Esto es una disposición de equidad. En derecho la resolución de la venta hace caer los privilegios y las hipotecas que gravan el inmueble vendido por parte del comprador; los acreedores privilegiados é hipotecarios se convierten en quirografarios; como tales tendrían que venir á contribución en las sumas que se reembolsan al comprador; pero la equidad pide que el derecho que tenían en el inmueble esté transportado á la parte del precio que se tenía pagado ya, pues esta parte del precio representa una parte del inmueble que gravaba su crédito.



El art. 28 aplica el mismo principio á las restituciones que debe hacer el copermutante si recibió una parte del saldo. Esta parte del saldo representa una parte del inmueble en el que los terceros acreedores tenían una hipoteca ó un privilegio; por consiguiente, los derechos de los acreedores se transportan en las sumas que el cambista tiene que restituir á su copermutante. Las razones de equidad son las mismas que en caso de venta.

La ley no habla del donante que promueve la resolución cuando el donatario no cumplió más que una parte de los cargos pecuniarios que le eran impuestos. Tiene que restituir las sumas que recibió: ¿los acreedores hipotecarios ó privilegiados pueden en este caso invocar el tercer inciso del art. 28? Se podría decir que siendo enteramente excepcional la disposición no es permitido extenderla á la donación. ¿Pero no sería esto sobrepasar los límites del rigor de los principios? Las dos primeras disposiciones se aplican al donante: ¿por qué no se le aplicaría la tercera, que sólo es la consecuencia de las primeras? No hay ni sombra de motivos para hacer una excepción á los derechos de los acreedores en caso de resolución de la donación. Sólo puede ser un olvido del legislador si la ley no habla de la donación en el tercer inciso; es seguro que el texto no corresponde á la mente del legislador; este es, pues, el caso de recurrir al espíritu de la ley, y en este terreno no hay duda ya. (1)

1 Martou se atiene al texto. t. I, p. 246, núm. 629.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Las rentas de los marineros están privilegiadas no sólo en los barcos sino también en los fletes (Código de Comercio, art. 271).

El capitán del barco tiene un privilegio en las mercancías de su cargamento para el pago de los fletes (Código de Comercio, art. 307). Este es un privilegio análogo al del conductor; el capitán sólo goza de él durante el tiempo que posee las mercancías y en los quince días de su entrega, suponiendo que no hayan pasado á terceras manos.

El navío, las jarcias y aparatos, el flete y las mercancías cargadas, quedan gravadas por el privilegio de ejecución de los compromisos que resultan del fletamento (Código de Comercio, art. 280).

153. El Código de Comercio de 1808 concede un privilegio al comisionista; este privilegio ha sido conservado por el nuevo Código, con modificaciones. Transcribimos el artículo 14 de la ley de 5 de Mayo de 1872: «Todo comisionista tiene privilegio en el valor de las mercancías que se le remiten por el solo hecho de la expedición, del depósito ó de la consignación, por todo préstamo, anticipo ó pagos hechos por él en su calidad de comisionista, ya sea antes de la expedición de las mercancías, ya sea durante el tiempo que están en su posesión.» Están privilegiados, además de lo principal, los intereses, comisiones y gastos. Este es un privilegio análogo al del acreedor prendista; el comisionista sólo goza de él bajo la condición de que él ó un tercero convenido entre las partes esté puesto en posesión de las mercancías.

154. El art. 545 del nuevo Código de Comercio (ley de 18 de Abril de 1851) mantiene el prilegio de los obreros y dependientes en caso de quiebra. Dice así: «El salario adquirido por los obreros empleados directamente por el quebrado durante el mes que precede á la declaración de quiebra será admitido en el número de los créditos privilegiados



en el mismo lugar que el privilegio establecido por el artículo 2101 del Código Civil (Ley Hipotecaria, art. 19, 4.°) para los salarios de los domésticos. Los salarios debidos á los dependientes por los seis meses que preceden á la declaración de quiebra se admitirán en el mismo lugar.»

### § III.—Privilegios en la caución de los funcionarios.

155. El Código Civil, y después de él nuestra Ley Hipotecaria, conceden un privilegio en la caución de los funcionarios para los créditos que resultan de abusos ó prevaricación cometidos por ellos en el ejercicio de sus funciones. Leyes especiales (1) afectan la caución á un privilegio de segunda orden en favor del dador de fondos ó prestamista; se llama de segunda orden porque su lugar viene después del de los abusos y prevaricación. El prestamista sólo tiene este privilegio cumpliendo con las condiciones prescriptas por la ley. (2)

### § IV.—Privilegios que resultan de trabajos públicos.

156. El decreto de 28 Pluvioso, año II (arts. 3 y 4) concede á los obreros y abastecedores para los trabajos del Estado un privilegio en las sumas debidas á los empresarios Este privilegio es especial y de estrecha interpretación, como todo privilegio. No puede, pues, ser reclamado cuando los trabajos se ejecutan por las provincias ó municipios, y mucho menos aún para los trabajos concedidos á compañías. (3)

157. Los subtratantes que hacen abastos destinados al servico de guerra ó marina tienen un privilegio en las sumas debidas á los tratantes con el Estado. Este privilegio está admitido, aunque no esté consagrado en términos ex-

1 Leyes de 25 Nivoso y de 6 Ventoso, año XIII; decretos de 28 de Agosto de 1808 y de 22 de Diciembre de 1812.
2 Aubry y Rau, t. III, p. 193, pfo. 263 *bis*.
3 Aubry y Rau, t. III, p. 194, pfo. 263 *bis*.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

presos por la ley; resulta implícitamente de los decretos de 12 de Diciembre y 13 de Junio de 1806. (1)

158. El estado ó los concesionarios tienen decho á una indemnización por razón del aumento de valor resultante del desagüe de las lagunas; tienen privilegio en este aumento de valor á cargo de transcribir en los registros del conservador de hipotecas el decreto que ordena el desagüe ó el acta de concesión (ley de 16 de Septiembre de 1807, art. 23).

El Código Civil concedía un privilegio á los empresarios por los trabajos de construcción; lo que no comprendía las obras de desagüe. Nuestra Ley Hipotecaria menciona expresamente estos trabajos; se podrá inducir que el privilegio de la ley de 1807 no existe ya. En realidad ambos privilegios difieren. El Código supone que el desagüe se hace por una convención intervenida entre el propietario de los pantanos y el empresario, mientras que la ley de 1807 da el privilegio al Estado ó á un concesionario que ejecuta los trabajos de desagüe á falta de los propietarios. Hay analogía entre ambos privilegios, pero difieren en cuanto á las condiciones prescriptas por la ley de 1807 y por el Código Civil. No entraremos en estos pormenores.

159. La ley de 21 de Abril de 1810 (art. 20) concede á los que han ministrado fondos para buscar una mina ó para trabajos de construcción de las máquinas necesarias á su explotación un privilegio en la mina. Este privilegio, según la ley, es el de los arquitectos y está sometido á las mismas condiciones, ya sea para su existencia, ya para su conservación (Ley Hipotecaria, art. 27, núms. 5 y 38).

160. La ley francesa de 17 de Julio de 1856 concede al Estado para el reembolso de los préstamos destinados á facilitar las operaciones de drenage un privilegio en las cosechas y productos de los terrenos drenados y en los terrenos mismos. Este privilegio no existe ya en nuestra legislación.

1 Aubry y Rau, t. III, p. 196, pfo. 263 *bis*.

## CAPITULO III.

### DE LAS HIPOTECAS.

*SECCION I. Introducción histórica.*

161. La publicidad de los privilegios é hipotecas es la base del régimen que el Código Civil ha establecido y que la ley belga ha mantenido dándole una nueva extensión. Este principio, tan elemental como fundamental, entró en nuestras costumbres con tanta fuerza que no se pensó en contestarlo cuando se trató de la revisión del título *De las Hipotecas*; al contrario, se reprochaba al Código Civil haberse salido del principio que consideramos hoy como ser de la esencia de un buen sistema hipotecario. No sucedía lo mismo cuando la discusión del Código Civil; la publicidad acababa apenas de ser organizada por la ley de Brumario, año VII; chocaba con una tradición de siglos, lastimaba preocupaciones é intereses. Fué necesario una lucha larga y seria para conquistar la publicidad incompleta y la especialidad inconsecuente que se reprochó en 1851 al Código Napoleónico como un defecto. Los que conocen la ley que propende al progreso no extrañarán la lentitud con la que se cumple; entenderán que el legislador se detenga algunas veces ante vías demasiado rápidas que se abren en



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

presos por la ley; resulta implícitamente de los decretos de 12 de Diciembre y 13 de Junio de 1806. (1)

158. El estado ó los concesionarios tienen decho á una indemnización por razón del aumento de valor resultante del desagüe de las lagunas; tienen privilegio en este aumento de valor á cargo de transcribir en los registros del conservador de hipotecas el decreto que ordena el desagüe ó el acta de concesión (ley de 16 de Septiembre de 1807, art. 23).

El Código Civil concedía un privilegio á los empresarios por los trabajos de construcción; lo que no comprendía las obras de desagüe. Nuestra Ley Hipotecaria menciona expresamente estos trabajos; se podrá inducir que el privilegio de la ley de 1807 no existe ya. En realidad ambos privilegios difieren. El Código supone que el desagüe se hace por una convención intervenida entre el propietario de los pantanos y el empresario, mientras que la ley de 1807 da el privilegio al Estado ó á un concesionario que ejecuta los trabajos de desagüe á falta de los propietarios. Hay analogía entre ambos privilegios, pero difieren en cuanto á las condiciones prescriptas por la ley de 1807 y por el Código Civil. No entraremos en estos pormenores.

159. La ley de 21 de Abril de 1810 (art. 20) concede á los que han ministrado fondos para buscar una mina ó para trabajos de construcción de las máquinas necesarias á su explotación un privilegio en la mina. Este privilegio, según la ley, es el de los arquitectos y está sometido á las mismas condiciones, ya sea para su existencia, ya para su conservación (Ley Hipotecaria, art. 27, núms. 5 y 38).

160. La ley francesa de 17 de Julio de 1856 concede al Estado para el reembolso de los préstamos destinados á facilitar las operaciones de drenage un privilegio en las cosechas y productos de los terrenos drenados y en los terrenos mismos. Este privilegio no existe ya en nuestra legislación.

1 Aubry y Rau, t. III, p. 196, pfo. 263 *bis*.

## CAPITULO III.

### DE LAS HIPOTECAS.

*SECCION I. Introducción histórica.*

161. La publicidad de los privilegios é hipotecas es la base del régimen que el Código Civil ha establecido y que la ley belga ha mantenido dándole una nueva extensión. Este principio, tan elemental como fundamental, entró en nuestras costumbres con tanta fuerza que no se pensó en contestarlo cuando se trató de la revisión del título *De las Hipotecas*; al contrario, se reprochaba al Código Civil haberse salido del principio que consideramos hoy como ser de la esencia de un buen sistema hipotecario. No sucedía lo mismo cuando la discusión del Código Civil; la publicidad acababa apenas de ser organizada por la ley de Brumario, año VII; chocaba con una tradición de siglos, lastimaba preocupaciones é intereses. Fué necesario una lucha larga y seria para conquistar la publicidad incompleta y la especialidad inconsecuente que se reprochó en 1851 al Código Napoleónico como un defecto. Los que conocen la ley que propende al progreso no extrañarán la lentitud con la que se cumple; entenderán que el legislador se detenga algunas veces ante vías demasiado rápidas que se abren en



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

épocas revolucionarias. Pero la Historia nos prueba también que la verdad, una vez manifestada, no puede ya perecer. Puede ser detenida en su marcha, pero si algunas veces las nubes obscurecen y nublan bien pronto la luz despeja las tinieblas y vuelve á reaparecer con nuevo brillo. Lo que importa, pues, es ir en busca de la verdad y defenderla contra los hombres del pasado. Los obstáculos que encuentra nos enseñan que hay que luchar siempre, pero podemos estar seguros de que la victoria pertenecerá á la verdad.

162. Apenas si es necesario probar que la publicidad y la especialidad que se ligan íntimamente son de la esencia del régimen hipotecario. Grenier, en su informe al Tribunado, dijo muy bien que las hipotecas deben publicarse por interés de los terceros que se encuentran en el caso de prestar en fe de una garantía real ó que quieren adquirir inmuebles; si permanecieran ocultas el prestamista estaría en la imposibilidad de conocer los cargos que ya pueden gravar el inmueble que se les ofrece en garantía; esto sería, pues, una garantía derisoria, puesto que se verían prevalecidos por acreedores anteriores. En cuanto á los terceros adquirentes, si tratan ignorando las hipotecas establecidas en el inmueble que compran se exponen á ser despojados. Grenier agrega que la publicidad no basta; la hipoteca debe también ser especial en interés del prestamista tanto como en el del que pide prestado. Este último, hipotecando sus bienes sólo hasta concurrencia de la deuda que contrae, conservará su crédito para nuevo préstamo que podía necesitar hacer, ofreciendo como garantía al capitalista, ya sean bienes libres ó bienes inmuebles que sólo están gravados por una parte de su valor; en cuanto al prestamista la especialización le da una prenda que le es necesaria para guardar completamente sus intereses. (1)

163. ¿Cómo ideas de una tan evidente verdad pudieron

1 Grenier, informe, núm. 8 (Locré, t. VIII, p. 254).



encontrar oposición en el Consejo de Estado? Los jurisconsultos son hombres de tradición; esta es su fuerza; pero también es su debilidad cuando, por respeto al derecho tradicional, pretenden inmobilizarlo. Fueron los legistas franceses los que dieron al derecho romano el bello nombre de *razón escrita*; esto equivaldría á decir que las leyes romanas eran la expresión de la verdad eterna y que se haría mal en cambiarlas. Hoy profesamos una doctrina muy contraria; toda obra humana es imperfecta y la misión de la humanidad es perfeccionar sin cesar las instituciones que nos lega el pasado. El derecho romano no escapa á esta ley. En su primera manifestación la hipoteca, griega de origen, era esencialmente pública; puede decirse que lo era demasiado, puesto que los signos aparentes designaban á todo el mundo las casas ó fundos que estaban hipotecados. De pública que era en Atenas la hipoteca se convirtió en oculta en Roma; á una publicidad excesiva sucedió la preocupación de la clandestinidad absoluta. Además se admitió la facultad ilimitada de hipotecar los bienes venideros. Así el derecho romano era el inverso del nuestro. El legislador moderno quiere que las hipotecas sean especiales y públicas, y las leyes romanas consagraban la generalización y la clandestinidad de las hipotecas. Esto no es seguramente la razón escrita. Sorprende esta imperfección en un derecho que se acostumbra considerar como perfecto. (1) Se explica por el carácter y misión providencial del pueblo romano, pueblo de guerreros que estaba llamado á la conquista del antiguo mundo; la industria le fué siempre desconocida, despreciaba el comercio. Por esto mismo la idea del crédito no podía nacer en Roma, y fueron las necesidades del crédito las que hicieron admitir en los pueblos modernos los principios de la publicidad y de la especialidad de las hipotecas.

1 Valette, De los Privilegios, p. 46, núm. 47, y nota 3, p. 172, núm. 120.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

El derecho romano era seguido en casi toda Francia, aun en los países de derecho de costumbres. Sólo se le hizo un cambio, y esta modificación misma fué funesta al crédito privado y público. Se exigió una acta auténtica para la validez de las hipotecas; esto era un progreso, puesto que era un paso á la publicidad; pero como se ligaba á toda acta pública la fuerza de engendrar por sí y sin estipulación una garantía real y una hipoteca general en los bienes del deudor las hipotecas se multiplicaron á tal punto que Loyseau decía: «Nadie puede vanagloriarse de que sus bienes no están obligados si en su vida hizo algún contrato. Y ya que la hipoteca sigue perpetuamente la cosa en poder de cualquiera que esté síguese de esto que es muy difícil adquirir algo que no esté cargado con varias hipotecas.» (1)

64. Había en algunas provincias del Norte de Francia tar e. quistadas por Bélgica un régimen enteramente distinto bles; s tivo á las hipotecas. Hemos dicho en otro lugar que la impo licidad más completa presidía las transacciones de el in piedad inmobiliar en los países de empeño (tomo XXIX, un ms. 13-24). Se seguían las mismas formas para la constpo itución de hipotecas; lo que es muy lógico, puesto que la hipoteca implica una enajenación parcial del inmueble. Las formas del empeño variaban, pero el principio era, sin embargo, el mismo: era la publicidad. El acreedor presentaba su contrato á los oficiales del señor justiciero y los requería al posesionarlos por hipoteca de la herencia. Se mencionaba el empeño al dorso del título, luego se le registraba en la escribanía de justicia del lugar en registros que todos podían consultar.

El Relator del Tribunado, nutrido, como todos los legistas franceses, en el respeto del derecho romano, dice que se está fundado en creer que las costumbres del empeño tienen su origen en las formas que el antiguo derecho roma-

1 Valette, p. 175, núm. 121. Loyseau, Del abandono, t. III, núm. 35.



no exigía para la transmisión de la propiedad. El mismo Grenier no queda muy convencido con esta explicación que busca en Roma los primeros vestigios de una institución feudal. Agrega que si la publicidad de las hipotecas viene del derecho feudal se tiene que reconocer que un régimen extraño y contrario á todo orden social produjo los elementos más propicios á la organización de un buen régimen hipotecario. (1) El feudalismo no merece el desprecio que le prodigaron los hombres de la Revolución, heridos, sobre todo, de los abusos que había engendrado; le debemos la transformación de la esclavitud en servidumbre y la lenta emancipación de los siervos: le debemos nuestra libertad política, nuestro régimen representativo. Es verdad que es cosa aun más extraña que se le deban los principios de nuestro régimen hipotecario, principios que proceden de la necesidad del delito; y seguramente el feudalismo no se preocupó ni sospechó siquiera de las necesidades del comercio y de la industria. Ya hemos llamado la atención de nuestros lectores en esta aparente anomalía al tratar de la transcripción; en el desenvolvimiento del derecho, como en el desarrollo de todas las faces de la humanidad, hay que dar su parte, y grande, á un gobierno providencial; lo que quieren los hombres no siempre es lo que Dios quiere. Ya hemos señalado la mano de Dios en la historia de la humanidad; habría que escribir la historia del derecho bajo este punto de vista; se vería en cada página la confirmación de esta consoladora verdad: que los hombres son los artesanos del progreso; que ellos mismos lavan su destino, pero bajo la dirección de Dios.

165. Las pasiones de los hombres y sus intereses egoistas ponen obstáculos al progreso de las instituciones políticas y civiles. Aun hay partidarios del pasado que sienten y mal-

1 Grenier, informe núm. 7 (Locré, t. VIII, p. 254). Compárese Martou, Comentario, t. II, p. 295, núm. 685.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dicen á la Revolución Francesa; se imaginan que los progresos legítimos se hubieran realizado por la acción lenta y pacífica del tiempo. La historia del derecho privado nos ofrece á este respecto una enseñanza que es bueno hacer constar. Hubo si no leyes cuando menos ministros que tenían la pasión del bien general; intentaron introducir la publicidad de las hipotecas y fracasaron. Se lee en las Memorias de Sully que este gran ministro quería «que ninguna persona, cualquiera que fuese su *calidad ó condición*, pudiera pedir prestado sin que se declararan las deudas que ya tenía el solicitante, á qué personas las debía y en qué bienes.» Hé aquí la publicidad y la especialidad. Pero se ve también que el amigo de Enrique IV tenía la oposición de los que invocaban su *condición* y su *calidad* para combatir por interés de casta las medidas que el bien del Estado inspiraba á las leyes ó á sus consejeros. Un edicto de 1581 ordenaba la inscripción en un registro especial de todo contrato conteniendo obligación por más de cinco escudos, á falta de la cual no se adquiría la hipoteca. El edicto fué revocado en 1588. Renovado en 1606 por Enrique IV encontró una resistencia unánime en los parlamentos; uno solo, el de Normandía, lo aceptó. Cuando la discusión del Código Civil los partidarios de la hipoteca oculta reprocharon á los autores de estos edictos el haber prescripto la publicidad sólo por interés fiscal; la acusación es temeraria cuando se dirige á Enrique IV y á Sully. En el fin del siglo XVII se encontró un ministro que recogió la idea de Sully. Colbert instituyó registros públicos destinados á dar á conocer á los terceros los derechos de hipoteca, pero el edicto de 1672 fué ya reportado el año siguiente.

¿De dónde procedía esta constante oposición que ponía obstáculos á la reforma de las leyes civiles? Sully nos lo dió á entender. Colbert acusa las malas pasiones de la nobleza y las preocupaciones en el *testamento* que lleva su nombre.



Aunque no sea obra suya nos enseña las causas que hicieron fracasar las tentativas de Luis XIV, como habían fracasado las de Enrique IV y de Sully. El Parlamento, dice el autor, demostró que la fortuna de los más grandes de la corte se nulificaría por la publicidad que se diera á los cargos cuyos bienes poseían, teniendo la mayor parte de ellos más deudas que haber, y no encontrarían crédito cuando los acreedores conocieran el verdadero estado de sus negocios. Singular objeción que probaba precisamente la necesidad de la publicidad, pues ¿para qué servía el crédito que daba una fortuna aparente? Para engañar á los terceros que contrataban en la ignorancia de estos cargos. (1)

166. Tal es el poder de las preocupaciones de castas que ciega á los que mejor piensan. ¡Quien creyera que d'Aguesseau, el ilustre Canciller, tomó la defensa de las hipotecas ocultas contra Colbert! (2) «Siempre se ha creído, dice, que nada es más contrario al bienestar y á la ventaja de todas las familias como dar á conocer el estado y la situación de la fortuna de los particulares.» ¿Quién es *se*? Los nobles, que tenían interés en la clandestinidad para engañar más fácilmente á aquellos con quienes trataban en fe de su riqueza mentirosa. D'Aguesseau lo confiesa: «Un italiano dijo antaño que la opinión era reina del mundo; si esto es verdad se puede decir que es en Francia donde estableció el sitio de su imperio; se vive, se subsiste sólo por la opinión; el *crédito* y la confianza sólo se fundan en la *opinión*, y es quitar á los hombres sus últimas riquezas el quitarles esta fama que substituye sus bienes aun cuando todo lo han perdido.» Que un noble gaste semejante lenguaje nada más natural, ¡pero un jurisconsulto! ¿Acaso los acreedores prestan sus capitales con hipoteca por la *opinión*? ¿Y debía un canciller defender á los nobles sin vergüenza contra sus víc-

1 Testamento político de Colbert, cap. XII, p. 551, edición de 1693.
2 Obras de d'Aguesseau, en 4.°, t. XIII, p. 620.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

timas? Apresurémonos á agregar que tal no era el pensamiento del Ministro de Luis XIV; supone que aquellos á quienes prestan los terceros en la fe de los bienes que no tienen llegan á rehacer su fortuna. Esto puede suceder una vez en ciento. Y de los noventa y nueve prestamistas que son víctimas de esta singular teoría ¿qué sucede con ellos?

167. D'Aguesseau era un hombre de corte; es el órgano de la nobleza, no es el órgano del derecho cuando hace una requisitoria en favor de las hipotecas ocultas. Los legistas no eran de su opinión, aquellos, sobre todo, que por la especialidad de sus trabajos habían hecho un estudio profundizado del régimen hipotecario y de sus vicios. Loyseau dice que es grande el inconveniente de que innumerables hipotecas graven el suelo implicando cada contrato un derecho real. Insiste en el peligro que existía en adquirir inmuebles. El adquirente de buena fe bien piensa estar seguro de lo que se le vende, y después se ve despojado por medio de una hipoteca que le era imposible conocer y descubrir por haber sido secreta. (1) Basnage (2) y d'Héricourt (3) formulan las mismas quejas; los prestamistas eran engañados tanto como los adquirentes. Sólo había un remedio para este mal, d'Héricourt lo indicó: era erigir en lo general la publicidad que prohibía las costumbres de empeño.

En relación con las quejas formuladas por los legistas hay que colocar una declaración del Parlamento de Flandes. Un edicto de 1771 extendió á los paises de empeño el sistema hipotecario que regía en toda la Francia; el Parlamento resistió, y su resistencia era legítima; se apoyaba no en preocupaciones sino en hechos: «La publicidad de las hipotecas, dice, es la obra de la sabiduría, el sello y seguridad de las propiedades.» El Parlamento considera la publicidad «como un derecho fundamental cuyo uso había producido en todos los tiempos los más dichosos efectos y había introducido tanta confianza como facilidad en los negocios que los pueblos belgas hacen entre sí.» «Las hipotecas se conservan del mismo modo en los Países Bajos franceses, austriacos, holandeses, y los pueblos de estos varios países hacen entre sí infinidad de negocios con entera confianza.» (1)

1 Loyseau, Tratado del abandono, libro III, cap. I, núms. 14 y siguientes.
2 Basnage, Tratado de las hipotecas, cap. I, p. 10 [edición en 12, de 1702].
3 D'Héricourt, Tratado de la venta de los inmuebles, cap. IX, sec. III, números 8 y siguientes, y cap. XIV, núm. 7.



168. Cuando la discusión del Código Civil se hizo un reproche y casi un crimen á las costumbres de empeño en haberse manchado con feudalismo. Es verdad que las formas eran feudales, pero el principio de la publicidad no era seguramente un abuso del feudalismo. ¿Qué debía hacerse? Mantener el principio y cambiar las formas. Esto es lo que hizo la Asamblea Constituyente; suprimió (ley de 27 de Septiembre de 1790) las formalidades del empeño feudal y los reemplazos por la transcripción del contrato en la secretaría de los tribunales. Así el legislador mantuvo el empeño en su esencia; la publicidad permanecía judicial, como lo era en nuestras antiguas costumbres. La ley de 1790 sólo era una medida transitoria; el modo de publicidad que prescribía procedía de la confusión de la jurisdicción contenciosa y de la jurisdicción voluntaria. Dió lugar á una publicidad administrativa, lo que estaba en harmonía con el principio constitucional de la separación de poderes; la jurisdicción voluntaria ó graciosa pertenece á los agentes del Poder Ejecutivo, nada tiene de común con el ejercicio del Poder Judicial. La ley de 3 Mesidor, año III, instituyó los conservadores de hipotecas y adoptó otro modo de publicidad; en lugar de transcribir en la secretaría las actas constitutivas de hipotecas el conservador fué encargado de darles publicidad haciendo la inscripción en registros des-

1 Treilhard, Exposición de los motivos, núm. 16 (Locré, t. VIII, p. 238).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tinados á ello. Faltaba completar la publicidad por la especialidad. Esto fué lo que hizo la ley de 11 Brumario, año VII; dispuso que en lo futuro no podían establecerse hipotecas convencionales más que para garantías de créditos determinados, y que estas hipotecas no podrían recaer más que en los inmuebles especialmente designados en el acta.

169. Para casi toda la Francia la publicidad era una innovación. Esto explica el poco favor que encontraron los principios del sistema hipotecario establecido por la ley de Brumario. Cuando el proyecto del Código Civil fué sometido á los tribunales de apelación, en los que se encontraban los antiguos parlamentarios, la mayor parte se pronunció contra la publicidad; (1) sólo nueve de ellos propusiemantener la ley del año VII, pero la mayoría pertenecían á ciudades grandes: París, Lyon, Rouen, Bruselas. En el Consejo de Estado también la mayoría parecía favorable al régimen tradicional. Habiéndose dividido la Sección de Legislación hubo dos informes: uno de Bigot-Préameneu en favor de la hipoteca oculta, el otro de Réal en favor de la publicidad. El primero es de extrema debilidad; testifica, en verdad, contra la causa que defiende. El Relator rechaza las costumbres porque procedían del régimen feudal y no tiene en cuenta los edictos reales porque estaban sospechosos de fiscalidad. Es inútil contestar á estas acusaciones: ¿Acaso Sully y Colbert, Loyseau, Basnage y d'Héricourt eran varones feudales y cuando invocaban el interés de los terceros alegaban la causa del fisco? Para probar que la publicidad era inútil Bigot-Préameneu dijo que hay hipotecas generales por su naturaleza que es imposible especializarlas y someterlas á la publicidad. Nuestra ley, al extender la especialidad y la publicidad á las hipotecas legales, ha dado un mentís á esta pretendida imposibilidad. En fin,

1 Treinta sobre treinta y uno (Bigot-Préameneu, informe, en Locré, t. VIII, p. 166.



el Relator llega hasta invocar la libertad individual que se opone, decía, á que se dé á luz la situación pecuniaria de las familias. ¡Hé aquí una libertad de nuevo género! ¡la libertad para engañar á los terceros! Será necesario contestar que aquellos que no quieren revelar al público que tienen más deudas que bienes tienen un medio sencillo: es el de no contraer deudas que pasen de su haber; pero querer contraer préstamos dando en prenda imaginaria inmuebles hipotecados por más de su valor es reclamar el derecho de engañar á los acreedores. ¡Esto es una *libertad* para uso de los sinvergüenzas! (1)

170. Réal dió un informe en sentido contrario en nombre de los miembros de la Sección de Legislación que se pronunciaban en favor del mantenimiento del sistema de publicidad y de especialidad inaugurado por la ley de Brumario. (2) Es la obra de un jurisconsulto que, en una cuestión en la que el bien público está comprometido, se inspira en el interés general sin lastimar los derechos de los individuos. El régimen hipotecario, dice Réal, debe proteger especialmente, eficazmente, los tratos que tienen inmuebles por objeto; es necesario que las leyes den en los bienes todas las seguridades que se buscan en una garantía real. Réal cita las palabras del Tribunal de Apelación de Rouen para demostrar la importancia de una buena legislación en las hipotecas: según la solución que sancionará el legislador la ley dará vida y movimiento al crédito público y particular ó será su tumba ¡Cosa singular! la palabra *crédito publico* no se encontraba en el informe de Bigot-Préameneu; se diría un romano del tiempo de las XII tablas. Réal coloca el debate en su verdadero terreno. Los inmuebles entran en las transacciones, ya para ser afectas

1 Bigot-Préameneu, informe, sesión de 12 Pluvioso, año XII (Locré, tomo VIII, ps. 146 y siguientes).
2 Réal, informe, sesión de 12 Pluvioso, año XII (Locré, ps. 170 y siguientes).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

al pago de una suma prestada, ya para obtener el precio destinado á la ejecución de una obligación. El objeto por alcanzar es, pues, procurar á este doble género de transacciones la mayor solidez. Es necesario que el adquirente encuentre seguridad en su adquisición, facilidad y seguridad en su liberación. Es necesario que el propietario de un inmueble goce de la totalidad del crédito que le asegura su propiedad, y si su inmueble está ya gravado con algún crédito debe obtener un crédito igual al valor que tiene su propiedad, deducido el compromiso que la grava. Por su parte el capitalista que quiera prestar, así como todos los que traten con un propietario, deben encontrar en la Ley Hipotecaria un medio seguro, infalible, de conocer la fortuna de aquel con quien tratan. La consecuencia de semejante régimen será que un hombre de mala fe no podrá nunca vender lo que no le pertenece ni presentar al capitalista un crédito engañoso. Resultará que los propietarios y los capitalistas no tendrán ya peligros que correr, y, por consiguiente, habrá venta de inmuebles con mayor concurso de adquirentes; lo que hará subir el precio de los bienes á su verdadero valor. Resultará que encontrando el prestamista plena seguridad en los préstamos sobre inmuebles se conformará con una utilidad más pequeña. Por esto el régimen hipotecario favorecerá á la agricultura y hará bajar el interés del dinero. Al decir lo que debía hacer la legislación hipotecaria Réal justificaba las innovaciones de la ley de Brumario en lo relativo á la publicidad y especialidad de las hipotecas. A los que invocaban la tradición contra la ley del año VII Réal contestaba restableciendo los hechos alterados por los partidarios de las hipotecas ocultas. La publicidad es una institución de costumbres, fué durante mucho tiempo la ley de gran parte de Francia; permaneció en las provincias belgas y en las provincias renales, aquellas ricas y dichosas comarcas con



las que Francia republicana se había enriquecido. Al reproche de fiscalismo Réal oponía la autoridad de Colbert; si fracasó en sus proyectos de reforma hay que buscar la causa en las preocupaciones, en las intrigas y, sobre todo, en la desgraciada necesidad en que se encontraban los *grandes* de imponerse al público por medio de sus riquezas engañosas con el fin de engañar á sus acreedores.

171. La discusión en el Consejo de Estado fué larga y seria; Treilhard, uno de los hombres de 1789, defendió vivamente la obra de la Revolución, que no era seguramente una obra revolucionaria, puesto que tomaba la publicidad en las costumbres feudales. En la Exposición de los Motivos el orador del Gobierno reprodujo la consideración que había hecho valer en el seno del Consejo de Estado. Treilhard recuerda los ensayos de reforma intentados por Enrique IV y Luis XIV. ¿Por qué fracasaron? «Los hombres poderosos veían desvanecerse su funesto crédito; ya que no podían absorber la fortuna de los ciudadanos crédulos que, juzgando por las apariencias, suponían realidad por todas partes donde veían brillo.» Hay que agregar, dice Treilhard, la oposición de una clase de hombres acostumbrados á confundir la costumbre con la razón: los gritos de los prácticos vinieron á fortificar las quejas de los cortesanos. ¿Se creerá que en el Consejo de Estado se reprodujera la defensa torpe que d'Aguesseau había opuesto al edicto de Colbert? Se llegó hasta á decir que la publicidad de las hipotecas alteraba el crédito y perjudicaba la circulación. Treilhard contesta burlándose de la objeción: «Es posible que la especie de circulación que lleva la fortuna de los hombres de buena fe á manos del astuto y del inmoral esté disminuida por esta publicidad, y esta es una de las grandes ventajas del proyecto, pues la República nada gana; pierde, al contrario, cuando un malvado se enriquece engañando al hombre honrado.»

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

En fin, Treilhard rechaza la autoridad de la tradición romana. Reconoce de buen grado que los jurisconsultos de Roma son nuestros maestros; esto no quiere decir que les debamos un respeto servil. «Cuando se trata de opiniones, dice muy bien el orador, no doy á la autoridad, cualquiera que ella sea, más que la ventaja de mandar un examen más meditado. Y hay cosas que nunca pueden ser buenas y que la tradición no puede purificar: tales son las hipotecas ocultas.»

172. Napoleón presidía el Consejo de Estado en estas dos sesiones en que fué debatida esta grave cuestión. Su espíritu tan justo fué herido de las ventajas; mejor dicho, de la necesidad de la publicidad. Pero sucedía que los partidarios de la ley de Brumario no contestaban á la crítica que se hacía á las disposiciones de esta ley relativa á las hipotecas legales. Napoleón bien consentía en sacrificar los intereses del tesoro al interés general que reclama la publicidad de los cargos hipotecarios. Que se someta, pues, á la publicidad la hipoteca legal del Estado; ¿pero puede subordinarse á esta condición la eficacia de las hipotecas que la ley da á los menores y á las mujeres casadas; es decir, á los incapaces? ¿No debe la ley proteger á los que no pueden resguardar sus intereses ellos mismos? La opinión del Primer Cónsul prevaleció á la peligrosa oposición que manifestaba el Consejo de Estado contra la publicidad; pero Napoleón hizo una concesión á los que atacaban la ley de Brumario, consintiendo la clandestinidad de las hipotecas legales. (1) Esto fué un compromiso, y como toda transacción en los principios ésta fué funesta al crédito, pues son precisamente las hipotecas de los incapaces las que cubren el suelo y que quitan á los propietarios el crédito á que tienen

1 Sesión del Consejo de Estado de 12 Pluvioso, año XII (Locré, t. VIII, página 179, núm. 97), y sesión de 19 Pluvioso, año XII, núm. 71 (Locré, t. VIII, pg. 189 y siguientes).



derecho, concediendo á los menores y mujeres casadas garantías reales dispensadas de la publicidad. El legislador belga, más consecuente, extendió los principios de la publicidad y de la especialidad á todas las hipotecas, sin sacrificar, no obstante, el interés de los incapaces. Expondremos más adelante el sistema de la nueva ley.

## *SECCION II.—Nociones generales.*

### § I.—Definiciones y caracteres.

*Núm. 1. La hipoteca es un derecho real inmobiliar.*

173. «La hipoteca es un derecho *real* en los inmuebles señalados para el pago de una obligación» (art. 41; Código Civil, art. 2114). Ya hemos dicho en otro lugar cuáles son los caracteres que distinguen los derechos *reales* de los *personales* ó de crédito. Lo que los caracteriza es que son absolutos y se ejercen en la cosa ó contra la cosa en cualquiera parte donde se halle; mientras que los derechos personales suponen un acreedor que tiene acción contra la persona. El art. 41 consagra este principio de derecho: que la hipoteca *sigue* los inmuebles en poder de quien se hallen. ¿En qué sentido la hipoteca recae en el pago de una obligación? Da al acreedor un derecho de preferencia para con los acreedores quirografarioe en el precio del inmueble hipotecado. El derecho del acreedor hipotecario se realiza, pues, con la venta forzada del inmueble afecto al crédito; está colocado en este precio de preferencia á los demás acreedores. Este es el objeto de la hipoteca y su efecto esencial.

Generalmente se dice que la hipoteca da dos derechos al acreedor: el derecho de preferencia y el de prosecución, y que este último es la sanción del derecho de preferencia. (1) A decir verdad el derecho de prosecución es la consecuencia

1 Durantón, t. XIX, p. 367, núm. 248. Compárese Valette, p. 377.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

En fin, Treilhard rechaza la autoridad de la tradición romana. Reconoce de buen grado que los jurisconsultos de Roma son nuestros maestros; esto no quiere decir que les debamos un respeto servil. «Cuando se trata de opiniones, dice muy bien el orador, no doy á la autoridad, cualquiera que ella sea, más que la ventaja de mandar un examen más meditado. Y hay cosas que nunca pueden ser buenas y que la tradición no puede purificar: tales son las hipotecas ocultas.»

172. Napoleón presidía el Consejo de Estado en estas dos sesiones en que fué debatida esta grave cuestión. Su espíritu tan justo fué herido de las ventajas; mejor dicho, de la necesidad de la publicidad. Pero sucedía que los partidarios de la ley de Brumario no contestaban á la crítica que se hacía á las disposiciones de esta ley relativa á las hipotecas legales. Napoleón bien consentía en sacrificar los intereses del tesoro al interés general que reclama la publicidad de los cargos hipotecarios. Que se someta, pues, á la publicidad la hipoteca legal del Estado; ¿pero puede subordinarse á esta condición la eficacia de las hipotecas que la ley da á los menores y á las mujeres casadas; es decir, á los incapaces? ¿No debe la ley proteger á los que no pueden resguardar sus intereses ellos mismos? La opinión del Primer Cónsul prevaleció á la peligrosa oposición que manifestaba el Consejo de Estado contra la publicidad; pero Napoleón hizo una concesión á los que atacaban la ley de Brumario, consintiendo la clandestinidad de las hipotecas legales. (1) Esto fué un compromiso, y como toda transacción en los principios ésta fué funesta al crédito, pues son precisamente las hipotecas de los incapaces las que cubren el suelo y que quitan á los propietarios el crédito á que tienen

1 Sesión del Consejo de Estado de 12 Pluvioso, año XII (Locré, t. VIII, página 179, núm. 97), y sesión de 19 Pluvioso, año XII, núm. 71 (Locré, t. VIII, pg. 189 y siguientes).



derecho, concediendo á los menores y mujeres casadas garantías reales dispensadas de la publicidad. El legislador belga, más consecuente, extendió los principios de la publicidad y de la especialidad á todas las hipotecas, sin sacrificar, no obstante, el interés de los incapaces. Expondremos más adelante el sistema de la nueva ley.

## *SECCION II.—Nociones generales.*

### § I.—Definiciones y caracteres.

*Núm. 1. La hipoteca es un derecho real inmobiliar.*

173. «La hipoteca es un derecho *real* en los inmuebles señalados para el pago de una obligación» (art. 41; Código Civil, art. 2114). Ya hemos dicho en otro lugar cuáles son los caracteres que distinguen los derechos *reales* de los *personales* ó de crédito. Lo que los caracteriza es que son absolutos y se ejercen en la cosa ó contra la cosa en cualquiera parte donde se halle; mientras que los derechos personales suponen un acreedor que tiene acción contra la persona. El art. 41 consagra este principio de derecho: que la hipoteca *sigue* los inmuebles en poder de quien se hallen. ¿En qué sentido la hipoteca recae en el pago de una obligación? Da al acreedor un derecho de preferencia para con los acreedores quirografarioe en el precio del inmueble hipotecado. El derecho del acreedor hipotecario se realiza, pues, con la venta forzada del inmueble afecto al crédito; está colocado en este precio de preferencia á los demás acreedores. Este es el objeto de la hipoteca y su efecto esencial.

Generalmente se dice que la hipoteca da dos derechos al acreedor: el derecho de preferencia y el de prosecución, y que este último es la sanción del derecho de preferencia. (1) A decir verdad el derecho de prosecución es la consecuencia

1 Durantón, t. XIX, p. 367, núm. 248. Compárese Valette, p. 377.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de la realidad del derecho de hipoteca; todo derecho real da derecho de prosecución, porque todo derecho real es un derecho absoluto. Si los privilegios mobiliares no dan el derecho de prosecución es porque los muebles no tienen prosecución por hipoteca (art. 46; Código Civil, art. 2119); es decir, que el que tiene un derecho real sobre un mobiliar no lo puede ejercer contra un tercero posesor de buena fe. El mismo propietario no tiene el derecho de prosecución, puesto que no puede reivindicar la cosa mobiliar contra el posesor de buena fe; con mayor razón el que sólo tiene un derecho real no lo puede hacer valer contra un tercero posesor. Más adelante volveremos al antiguo adagio que reprodujo el art. 46.

174. ¿Es la hipoteca un derecho inmobiliar ó un derecho mobiliar? Esta cuestión ha sido muy controvertida; nuestra Ley Hipotecaria la zanjó implícitamente por el art. 1°, que está concebido así: "Todas las actas *translativas ó declarativas de derechos reales inmobiliares, otras que los privilegios é hipotecas, serán transcriptas.*" La ley sienta una regla para los derechos reales inmobiliares; en seguida exceptúa los privilegios y las hipotecas; y la excepción implica que los derechos á que se refiere están comprendidos en la regla; luego la ley coloca los privilegios y las hipotecas entre los derechos reales inmobiliares. Nos queda por ver si dicha clasificación es exacta.

Dijimos en el título *De la Distinción de los Bienes* que hay dos clases de derechos inmobiliares. Desde luego los que tiendan á poner un inmueble en manos de aquel á quien pertenece; lo que el art. 526 llama acciones que tienden á reivindicar un inmueble. Lo cual es una nueva fórmula del viejo adagio: *Jus est immobile quod tendit ad immobile.* Es cierto que considerada bajo este punto de vista la hipoteca sola es un derecho inmobiliar; en efecto, ¿á qué tiende? A pagar al acreedor hipotecario de preferencia á los demás



acreedores (núm. 173); tiende, pues, á una cosa mobiliar; esto es lo que ha obligado á la mayoría de los autores á considerar la hipoteca como un derecho mobiliar. (1)

Hay una segunda clase de derechos inmobiliares: los que se ejercen en un inmueble en el sentido de que son un desmembramiento de él. El Código Civil no los define, los enumera, pero la enumeración no es completa. En los términos del art. 526 "son inmuebles por el objeto á que se aplican el usufructo de las cosas inmobiliares y las servidumbres ó servicios inmobiliares. La ley no habla de las hipotecas; este silencio fué invocado como un argumento contra la doctrina que considera la hipoteca como un derecho inmobiliar. Es un error apegarse en esta materia á la letra de la ley. El Código Civil no es un manual, no tiene por objeto dar clasificaciones científicas. Se debe, pnes, dejar el texto y recurrir á los principios.

¿Da la propiedad de un inmueble un derecho inmobiliar al propietario? Nadie lo duda, aunque el art. 526 no habla de ello. Si el derecho de propiedad de un inmueble es inmobiliar es porque el propietario ejerce todos los derechos que confiere la propiedad, y los ejerce en un inmueble; dispone y goza de él del modo más absoluto (art. 544). Por igual razón todos los derechos desmembrados de la propiedad son derechos inmobiliares, porque es su conjunto lo que constituye la propiedad. Hé aquí por qué el derecho de goce que se desprende de la propiedad está colocado entre los inmuebles, y pasa lo mismo con las servidumbres (art. 526). Por aplicación del mismo principio la hipoteca debe clasificarse entre los derechos inmobiliares. En efecto, la hipoteca desmembra la propiedad. Esto no se podría contestar, pues basta con leer el art. 45 para convencerse. Trataremos más adelante de esta disposición. El deudor

1 Véanse los autores citados por Pont, t. I, p. 340, nota 2.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que ha dado un inmueble en hipoteca y no tiene el poder absoluto en la cosa que caracteriza la propiedad no puede, como el propietario, disponer de ella para destruirla; no puede gozar ni administrarla como quiera; obrará como un buen padre de familia; su derecho de propiedad no es completo, está desmembrado. Si la hipoteca es un desmembramiento de la propiedad es, por lo mismo, un derecho inmobiliar. En vano se diría que el acreedor hipotecario no ejerce ningún derecho en el inmueble; el art. 526 contesta á la objeción. La servidumbre siempre es un derecho inmobiliar y hay, sin embargo, servidumbres que el propietario del fundo dominante no ejerce en el fundo de servidumbre en el sentido de que no hace ningún acto en él: tal es la servidumbre de no construir ó de no construir sino hasta tal altura. ¿Por qué es un derecho inmobiliar esta servidumbre? Porque la propiedad del fundo de servidumbre no es completa, está desmembrada en favor del fundo dominante. Sucede lo mismo con la hipoteca. El propietario del inmueble hipotecado no puede disponer de él como dueño absoluto; no puede ejecutar ningún acto que perjudique al acreedor; luego su derecho de propiedad está desmembrado en provecho de aquél, lo que basta para que la hipoteca sea un derecho inmobiliar, al mismo título que la servidumbre de no construir.

Se admite generalmente que la hipoteca es un desmembramiento de la propiedad. Solamente M. Demolombe hizo una distinción. El derecho de hipoteca, dice, no fracciona el derecho de propiedad; lo envuelve, lo abroga, pero estorba su ejercicio más bien que dividir el derecho mismo entre el propietario y el acreedor. (1) Martou, nuestro excelente jurisconsulto, dice que esta distinción está en la palabra y no en las cosas; podría haber dicho que sólo son palabras en las que en vano se buscaría una idea. ¿Queda entero el derecho del propietario que ha hipotecado un inmueble? Nó, porque está desmembrado, y lo está en favor del acreedor hipotecario; luego el derecho de éste es inmobiliar.

1 Demolombe, t. IX, p. 370, núms. 471 y 472. Compárese Marcadé, t. II p. 344, núm. 4. En sentido contrario, Martou, t. II, p. 300, núm. 390.



Hay otra opinión que admite que la hipoteca desmembra la propiedad y que, sin émbargo, la considera como un derecho mobiliar. La hipoteca, se dice, garantiza un crédito; es, pues, el accesorio de un derecho mobiliar y, por tanto, toma su naturaleza. (1) Esto es razonar mal; nos parece. El accesorio toma la naturaleza del principal cuando se confunde con él, no haciendo más que uno. Seguramente no se dirá que es en este sentido en el que la hipoteca es el accesorio del crédito; lo es porque está afectada al pago de la obligación, lo que quiere decir que no puede haber hipoteca sin obligación principal; pero la garantía no tenía la naturaleza del derecho que garantiza. De esta manera se puede constituir un empeño para garantía de un derecho inmobiliar: ¿se dirá que la prenda se hace inmueble porque la obligación principal es inmobiliar? Esto sería absurdo. En nuestro concepto también es absurdo decir que la hipoteca que por sí es inmobiliar se convierte en un derecho mobiliar porque la obligación principal es mobiliar.

### *Num. 2. De la indivisibilidad de la hipoteca.*

#### *I. Principios generales.*

175. «La hipoteca es por su naturaleza indivisible» (artículo 41; Código Civil, art. 2114). ¿En qué sentido es indivisible? La Corte de Casación tomó al pie de la letra lo que dice el art. 2114 y concluyó que la hipoteca es un de-

1 Durantón, t. XIX, p. 356, núm. 141. Compárese Valette, ps. 181 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

recho indivisible en el sentido del art. 1217 y del 1218; (1) es decir, que se trata de una indivisión absoluta ó de una indivisión de una obligación que se asimila á la indivisión absoluta. Este es un error que se dificulta concebir. Todos reconocen que la hipoteca se puede dividir, y lo que caracteriza la indivisión propiamente dicha es que el derecho indivisible no implica división ¡Cosa extraña! La Corte de Casación reprodujo un error en el que los glosadores habían caído y que Dumoulín levantó. El gran jurisconsulto dice muy bien que la hipoteca, por su esencia, es indivisible, puesto que nada impide á las partes estipular que la obligación principal se divida y que, por lo mismo, se divida igualmente la hipoteca. ¿Por qué la ley la declara indivisible? Porque tal es el interés del acreedor; le importa conservar la integridad de su garantía, aunque el crédito llegara á convertirse en divisible, porque la garantía puede por causas imprevistas ser insuficiente, y la hipoteca se estipula en interés del acreedor; la ley ha debido pues, suponer que la intención de las partes era hacerla indivisible. Es decir, ¿que resultaría una indivisión de obligación como en el caso del art. 1218? Nó, la hipoteca siempre podrá ser dividida por la voluntad de las partes, sin que resulte una novación de la obligación primitiva, mientras que la indivisión de obligación llega á ser una indivisión absoluta en el caso previsto por el art. 1218. (2)

176. El Código Civil y nuestra Ley Hipotecaria han tomado de Dumoulín la fórmula que determina los efectos de la indivisión. «La hipoteca subsiste entera en todos los inmuebles afectados en cada una y sobre cada porción de ellos» (art. 41; Código Civil, art. 2114). Para la aplicación del principio se debe considerar la indivisión con relación

1 Denegada, 18 de Julio de 1858 (Dalloz, 1859, 1, 125). En sentido contrario, Pont, t. I, p. 344, núm. 331.
2 Dumoulín, *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, pfo. 3, núms. 27 á 31.



á los bienes hipotecados y con relación al crédito al que afecta la hipoteca.

La hipoteca subsiste en los bienes gravados hasta el pago íntegro de la deuda. Si se dividen los fundos hipotecados, ya sea por venta, ya por sucesión, cada inmueble y cada parte de él quedan afectados con la deuda, como si únicamente estuvieran gravados con la hipoteca. De igual modo si la deuda se paga en parte ó si se divide la división ó la extensión parcial de la deuda no tiene ninguna influencia en la hipoteca; subsistirá entera aunque la deuda esté pagada parcialmente ó que el detentor del inmueble hipotecado esté obligado personalmente en parte. Esta última consecuencia del principio de indivisión está formulada en varios artículos del Código Civil. Las deudas se dividen entre los herederos; cada uno está obligado personalmente por su parte hereditaria; pero el que es detentor del inmueble hipotecado á la deuda está obligado hipotecariamente por el todo (art. 873. Compárense arts. 1009 y 1012). Hé aquí una ventaja más de la indivisión de la hipoteca. Por la acción personal el acreedor sólo obtendrá un pago dividido; por la acción hipotecaria puede promover por el todo. (1)

177. Se ve que la indivisión de la hipoteca no hace indivisible la obligación; se divide activa y pasivamente entre los herederos del acreedor y los herederos del deudor. De aquí importantes consecuencias en lo relativo á la prescripción. En los términos del art. 2249 la interpelación hecha á uno de los herederos del deudor solidario, ó el reconocimiento de este heredero, no interrumpe la prescripción con respecto á los demás coherederos, *aunque el crédito fuera hipotecario*, si la obligación no es *indivisible*. La hipoteca, aunque garantice el pago de toda deuda, no impide, pues, que se extinga parcialmente por la prescripción que corre

1 Valette, p. 133; Martou, t. II, p. 302, núms. 693 y 694.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

en favor de uno de los herederos del deudor: de igual modo uno de los herederos del acreedor puede perder su parte en el crédito, mientras que su coheredero habrá conservado la suya interrumpiendo la prescripción. No hay ninguna correlación entre la acción hipotecaria, que es indivisible, y la acción personal, que es divisible. (1)

178. El deudor no se puede prevalecer de la indivisión de la hipoteca. Esta resulta de la intención de las partes contratantes. El deudor consiente la indivisión en interés del acreedor; no puede, pues, invocar contra el acreedor una garantía que se le ha concedido. Si muere el acreedor dejando varios herederos el crédito se divide de pleno derecho entre ellos; cada uno puede pedir su parte en el crédito, resultando que la hipoteca subsistirá entera apesar del pago parcial. Esto no autoriza al deudor á exigir que los diversos herederos se acomoden para recibir el pago íntegro del crédito y á conservarle la inscripción hipotecaria. La Corte de Casación lo juzgó así y la cuestión no es dudosa. El deudor no tiene siquiera el derecho de quejarse de las acciones divididas, pues por su parte tiene el derecho de pagar á cada uno de los herederos su parte en la deuda; luego depende de él liberarse con relación á todos y obtener la cancelación de la inscripción. (2)

179. Todos los autores enseñan que la ley, al decir que la hipoteca es indivisible por naturaleza, entiende decir que no lo es por esencia; de donde concluyen que las partes pueden hacer convenciones contrarias. El derecho de las partes para hacer las convenciones que juzguen convenientes relativamente á la indivisión de la hipoteca no es dudoso, puesto que la indivisión misma se funda en su intención. Pueden convenir que si la deuda está pagada parcialmente, ya porque el acreedor consienta en recibir un pago parcial,

1 Durantón, t. XIX, p. 366, núm. 246. Pont, t. I, p. 347, núm. 333.
2 Denegada, 9 de Noviembre de 1847 (Dalloz, 1848, 1, 49).



ya porque la obligación se divide entre los herederos, la hipoteca se extinguirá en la misma proporción: es decir, que se reducirá á una parte del inmueble ó de los inmuebles hipotecados. Pero es un error considerar esta reducción de la hipoteca como una excepción á la indivisión. La hipoteca reducida así ó extinguida parcialmente quedará indivisible como lo era la hipoteca primitiva; el principio de la indivisión sólo se ha modificado en el sentido de que la hipoteca se extingue parcialmente, mientras que de derecho común se extingue por el pago de toda la deuda. (1)

### *II. Del concurso de una hipoteca general y una hipoteca especial.*

180. La indivisión de la hipoteca da lugar, bajo el imperio del Código, á una cuestión muy controvertida en el caso en que teniendo el acreedor una hipoteca general se hallara en concurso con un acreedor posterior que no tuviera más que una hipoteca especial constituida en un inmueble comprendido en la hipoteca general. Se pregunta si el primero en virtud de su hipoteca general podría ejercer su derecho en el inmueble gravado con una hipoteca especial. Bajo el imperio de nuestra Ley Hipotecaria la cuestión no se puede presentar en estos términos, puesto que ya no hay hipotecas generales en el sentido del Código Civil. Sin embargo, aun hay hipotecas que pueden recaer en todos los bienes del deudor: tal es la hipoteca legal del Estado sobre los bienes de los contadores: tal sería también la hipoteca convencional que gravara todos los bienes del deudor. El conflicto entre una hipoteca general así definida y una hipoteca especial es, pues, siempre posible y, por consiguientes, la dificultad puede aún presentarse.

1 Martou, t. II, p. 304, núm. 695. Pont, t. I, p. 346, núm. 332. Compárese Durantón, t. XIX, p. 362, núm. 245.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

181. Si se atiene uno al rigor de los principios la solución no es dudosa. Un primer acreedor estipula una hipoteca sobre una casa, un terreno y un bosque. ¿Cuál es su derecho? La ley contesta (art. 41; Código Civil, art. 2114) que hay un derecho indivisible que subsiste completo sobre todos los inmuebles afectados y sobre cada uno de dichos inmuebles. El acreedor puede, pues, ejercer su derecho en los tres fundos afectados de su crédito, ó sobre aquel de los tres fundos que quiera escoger. Posteriormente el deudor concede una hipoteca en la casa, después una segunda en el terreno y una tercera en el monte. Se abre una orden por el monte. ¿El acreedor que tiene una hipoteca general en los fundos del deudor puede presentarse en la orden? La afirmativa no es dudosa. La hipoteca recae en el monte y lo grava para la seguridad de todo su crédito. Este derecho no le puede ser quitado por una mera concesión de hipoteca que el deudor consiente en dicho monte; luego el acreedor puede ejercerla, y prevalecerá al segundo acreedor inscripto en al mismo fundo. Es verdad que resultaría de este concurso en la hipoteca general que la especial puede volverse ineficaz y, por consiguiente, el segundo acreedor perderá su garantía y su crédito. ¿Pero qué importa? El segundo acreedor no puede quejarse de que el primero le favorezca; debía esperarlo, puesto que el primer acreedor, teniendo hipoteca general, tenía un derecho en el monte para la segurida de todo su crédito. En vano el segundo acreedor diría que el primero puede también ejercer su derecho en la casa y en el terreno; que igualmente le están hipotecados y que la equidad pide que así lo haga; esta es una consideración de equidad, á la que volveremos; pero la equidad está subordinada al derecho, no autoriza al intérprete para hacer una excepción á la ley.

Acerca del principio todos están acordes. (1) La Corte

1 Pont, t. I, p. 354, núm. 336; Aubry y Rau, t. III, p. 413.



de París, que había primero sentenciado que el acreedor podía ser obligado á dividir su hipoteca, volvió sobre su error condenado por el texto del Código Civil. (1)

182. ¿Recibe este principio excepciones ó restricciones? Aquí entramos en un dédalo de controversias que se hubieran evitado si se hubieran atenido al rigor del derecho. Cuando un principio está establecido por la ley el legislador solo puede modificarlo ó restringirlo, á no ser que permita á las partes que lo deroguen. La indivisión de la hipoteca es una de las reglas de nuestso régimen hipotecario que la ley abandona á la libre convención de las partes interesadas (núm. 179). Síguese de esto que el acreedor puede renunciar al derecho que le da la indivisión de la hipoteca, y esta renuncia puede ser expresa ó tácita. Se supone que se abre una orden en todos los inmuebles que le están hipotecados: tiene el derecho de hacerse colocar en el precio de todos los inmuebles; pero si acepta una colocación restringida á un solo inmueble renuncia implícitamente á la colocación en el precio de los demás inmuebles, á no ser que reserve sus derechos. Si, pues, la colocación que aceptó fuera insuficiente ya no podria obligar á los otros acreedores á reportar las sumas que recibieron. No se podría contestar el principio de la renuncia; el único punto en el que puede y debe haber debate es en la cuestión de saber si hay renuncia; esto es una cuestión de intención que el juez decide soberanamente.

La jurisprudencia ha consagrado esta doctrina aplicándola á la mujer dotal que en una orden abierta en los bienes de su marido acepta una colocación especial en el precio de uno de estos inmuebles. (2) No entraremos en estos pormenores, puesto que la dificultad se presenta pocas

1 París, 5 de Abril de 1811 y 24 de Noviembre de 1814 citadas por Pont.
2 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. III, p. 413, nota 19.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

veces, según nuestra ley, que no admite ya las hipotecas generales, judiciales y legales.

La renuncia del acreedor es la única excepción que se puede admitir, pues la ley no las hace. Se enseña, sin embargo, que los demás acreedores pueden obligar á aquel que tiene una hipoteca recayendo en dos inmuebles á conformarse con una colocación en el precio de uno de éstos y que, por consiguiente, pueden pedir que se les coloque en los demás inmuebles si dan caución de devolver el monto de sus colocaciones en que la colocación especial fuera insuficiente para desinteresar al acreedor que tiene una hipoteca general. (1) Hé aquí ya la equidad que se introduce en el dominio del derecho para limitarlo; en nuestro concepto sólo el legislador tiene este poder, el intérprete debe atenerse á la ley; y el derecho del acreedor que tiene una hipoteca general está escrito en nuestro texto: puede pedir que se le coloque en el precio de todos los inmuebles señalados para su crédito y oponerse á la entrega de facturas á acreedores posteriores hasta que se le pague íntegramente.

183. Llegamos á las aplicaciones más ó menos controvertidas. Hay una consecuencia de la indivisión, que es evidente: es que el acreedor que tiene una hipoteca en varios inmuebles no puede estar obligado á dividir su demanda de colocación, llevándola proporcionalmente en el precio de todos los inmuebles que le están señalados. Esto está admitido en principio por la doctrina y la jurisprudencia. (2) Pero al aplicar el principio los autores y las cortes se apartan de él más ó menos.

Se supone primero que uno solo de los inmuebles hipotecados se haya vendido; se abre una orden en la que se presentan el acreedor, que tiene una hipoteca general, y los acreedores posteriores, que tienen hipotecas especiales. El

1 Aubry y Rau, t. III, p. 413, pfo. 284, 4.ª edición.
2 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. III, p. 413, pfo. 284, nota 20.



primer acreedor puede pedir que se le coloque por todo su crédito. Esto es su derecho y es decisivo. Lo mismo pasa cuando todos los inmuebles hipotecados se han vendido, el principio es identico. Aquí, sin embargo, se hace una restricción. Se admite la aplicación del principio cuando hay órdenes separadas abiertas en diferentes tribunales. ¿Por qué esta condición? Es de nuevo la equidad la que se oye y que domina en realidad en esta materia en la doctrina y en la jurisprndencia. La equidad está en favor del acreedor en ambos casos que acabamos de suponer. En efecto si sólo se le concediera una colocación parcial estaría obligado á recibir un pago semejante y luego promover en los demás inmuebles que le son señalados. (1) No nos gusta el motivo de decidir porque implica que si la equidad era para los acreedores teniendo una hipoteca legal prevalecerían apesar del derecho que la indivisión da al primer acreedor.

184. ¿Cuál es, en estos dos casos, la situación de los acreedores que tienen una hipoteca especial? La hipoteca se hace ineficaz; en nuestra opinión (núm. 178), no tienen derecho de quejarse. La doctrina, preocupada con la equidad, trató de auxiliarlos imaginando una subrogación de equidad; el precio del inmueble que les está hipotecado sirve para desinteresar al acreedor que se paga en perjuicio de ellos. ¿No es justo que estén subrogados en sus derechos? Tarrible olvida que no hay subrogación legal sin ley ni en principio subrogación sin pago; y la pretendida subrogación que admite no está consagrada por el Código (artículo 1251); y en el caso no son los acreedores posteriores los que pagan al acreedor anterior, éste les prevalece por razón del lugar que le da su inscripción. La opinión de Tarrible no encontró favor, los autores y la jurisprudencia la rechazan. (2) Cuando los trabajos preparatorios en los que se

1 Aubry y Rau, t. III, p. 414, pfo. 284, nota 21.
2 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. III, p. 414, pfo. 284, nota 22, y en Pont, t. I, p. 356, núms. 337 y 338.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

trabajó en Francia en 1840 y en 1851 se había propuesto subrogar los acreedores especiales al acreedor general, y ya una disposición concebida en este sentido fué adoptada por la Asamblea Legislativa en su segunda lectura; pero el proyecto no tuvo éxito. Si los autores de la ley belga no lo han reproducido es sin duda porque las hipotecas generales están abolidas y que la dificultad no se presenta amenudo para las hipotecas convencionales: este es el motivo por el que no insistimos en estos largos debates.

Si la dificultad se presentara los acreedores especiales prevalecidos por la hipoteca general sólo tendrán un medio de ponerse al abrigo del perjuicio que los amenaza: es desinteresar al acreedor que les prevalece; lo que les aseguraría la subrogación establecida por el art. 1251 núm. 3 (tomo XVIII, núm. 67); es decir, que ejercerán todos los derechos del acreedor general; por tanto, serán colocados en el precio de los inmuebles que no estén hipotecados por sus propios créditos (t. XVIII, núms. 110 y 116).

185. Esta subrogación suscita una nueva dificultad. Aubry y Rau le hacen una restricción: el acreedor subrogado, dicen, no puede hacerse colocar en el precio de inmuebles gravados en provecho de los demás acreedores de hipotecas anteriores en fecha á la suya. (1) Volveremos al ejemplo del núm. 181. Una hipoteca de fecha 1875 recae en una casa, terreno y monte del deudor; hay hipotecas especiales de 1876, 1877 y 1878 en el terreno, la casa y el monte. Se abre un orden por el bosque hipotecado en 1878. El último acreedor hipotecario paga al acreedor de hipoteca general: ¿Sucederá á todos sus derechos? En principio sí, pero con una resolución, se dice: es que no prevalecerá á las hipotecas consentidas en 1876 y en 1877, haciendo que su colocación recaiga en el monte en virtud de su subrogación para ejercer después sus derechos hipotecarios en los otros dos fundos para reembolsarse de su crédito que pagó al subrogante. Esta restricción es contraria á los principios; es una excepción á los efectos de la subrogación, y toda excepción pide un texto. La equidad misma no puede ser invocada por los acreedores con hipotecas especiales, pues tenían que esperarse á una subrogación que está escrita en la ley en favor del acreedor posterior; además, la equidad debe apartarse cuando se halle en conflicto con el derecho. (1)

1 Aubry y Rau, t. III, p. 414 y nota 24, y las sentencias de la Corte de Grenoble que citan.



186. Cuando la distribución del precio de la totalidad de los inmuebles sometidos á la hipoteca del acreedor en primer lugar se hace por una sola y misma orden se distingue: Si el acreedor que tiene una hipoteca general está interesado en mantener el derecho que le da la indivisión de la hipoteca se mantiene el principio en todo su rigor; si el acreedor no tiene en ello ningún interés se doblega el principio, conciliando los derechos de los diversos acreedores. (2) La distinción nos parece poco jurídica. No se trata del interés del acreedor, se trata de su derecho; sólo él es juez de su interés, lo que equivale á decir que puede renunciar al rigor de su derecho. El juez no está llamado á fijar intereses, su misión consiste en mantener los derechos que las partes tienen de la ley ó de sus convenciones. Uno de los autores que admiten la distinción dice que el principio de la indivisión es susceptible de cierta templanza. Esta templanza es una verdadera excepción. ¿Quién da al intérprete el poder de modificar la ley y los derechos que de ella resultan? Sólo al acreedor toca ver si le conviene mantener la indivisión de la hipoteca ó si la quiere renunciar.

Lo que prueba en contra de la opinión general es que en la aplicación los que la adoptan se dividen. Desde luego es muy difícil decidir si el acreedor tiene ó no interés en

1 Pont, t. I, p. 360, núm. 341. Compáreso casación, 3 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 321).

2 Pont, t. I, p. 363, núms. 343 y 344. Aubry y Rau, t. III, p. 415 y nota 25.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mantener la indivisión de la hipoteca; esto es una primera causa de dificultades y de pleitos. (1) Luego viene la cuestión de saber en qué consiste la *templanza*; es decir, la restricción que se quiere hacer al principio de la indivisión. En derecho la cuestión es insoluble. ¿Hasta qué punto y en qué medida pueden los jueces derogar la ley teniendo en cuenta el interés del acreedor de hipoteca general y de los acreedores de hipotecas especiales? La cuestión implica una imposibilidad jurídica, pues esto es pedir en qué límites se puede derogar la ley; es decir, violarla. Así los intérpretes no están mucho acordes y tampoco los tribunales. Una sola y misma corte, la de Casación, ha pronunciado decisiones contradictorias. Y puede decirse que no hay contradicción. Pues desde que se coloca uno en el terreno del interés ya no hay principio; el juez se convierte en legislador y decide en cada caso según las circunstancias de la causa. Creemos inútil entrar en los pormenores de la doctrina y de la jurisprudencia; cuando se pone uno á *templar* los principios ya nada hay seguro, sólo queda lo arbitrario. (2)

### § II.—Division de las hipotecas.

187. El art. 42 dice que «la hipoteca sólo tiene lugar en el caso y según las formas autorizadas por la ley.» ¿Cuál es el sentido de esta disposición? La ley es la que determina los casos en los que hay hipoteca; ¿las partes pueden convenir que la hipoteca tendrá lugar en otros casos? Asimismo la ley fija las formas que deben observarse para las hipotecas convencionales y testamentarias: ¿las partes podrán derogar estas formas, ya sea por sus convenciones ó por una acta de última voluntad? En fin, las hipotecas legales deben ser

1 Véanse las sentencias citadas por Aubry y Rau, t. III, p. 415, pfo. 284, nota 25.

2 Véanse los diversos procedimientos en Aubry y Rau, t. III, p. 415, párrafo 284 y nota 26; Pont, t. I, p. 364, núm. 345.



especificadas, y es también la ley la que dispone de qué modo se hace la especialización; ¿pueden las partes convenir de otro modo? Todas estas cuestiones deben ser decididas negativamente. En efecto, es de principio que las partes no pueden por sus convenciones derogar las leyes relativas al orden público, y se entienden por leyes de orden público las que son promulgadas en interés público. Y es evidente que el régimen hipotecario es de interés social; desde luego las partes no pueden derogar este régimen. Tal es el sentido del art. 42. La ley belga abolió las hipotecas judiciales: ¿podrán las partes restablecerlas directa ó indirectamente? Nó, nuestra ley decide en qué casos una inscripción hipotecaria es nula; ¿pueden las partes convenir que no será nula por ninguna causa? Nó. La ley belga quiere que las hipotecas legales se especialicen: ¿podrán las partes declararlas generales? Nó, y lo mismo pasa con todas las disposiciones de nuestro régimen hipotecario, todas de orden público. Sólo hay excepción á este principio cuando una disposición de la Ley Hipotecaria está fundada en la presunta intención de las partes contratantes. Tal es el principio de la indivisión de de las hipotecas. Se vuelve en este caso al imperio de la regla que gobierna los contratos. La ley no impone la indivisión á las partes, sólo supone que su intención es hacer indivisible la hipoteca; quedan libres para manifestar una voluntad contraria.

188. «La hipoteca legal, convencional ó testamentaria» (art. 43; Código Civil, art. 2116).

189. «La hipoteca legal es la que resulta de la ley.»

«La hipoteca convencional es la que depende de las convenciones y de la forma exterior de las actas y de los contratos» (art. 44; Código Civil, art. 2117).

La hipoteca legal fué profundamente modificada por la ley belga; sin embargo, la definición que la ley de 1851 da de ella es la misma que la del art. 2117 del Código Napo-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mantener la indivisión de la hipoteca; esto es una primera causa de dificultades y de pleitos. (1) Luego viene la cuestión de saber en qué consiste la *templanza*; es decir, la restricción que se quiere hacer al principio de la indivisión. En derecho la cuestión es insoluble. ¿Hasta qué punto y en qué medida pueden los jueces derogar la ley teniendo en cuenta el interés del acreedor de hipoteca general y de los acreedores de hipotecas especiales? La cuestión implica una imposibilidad jurídica, pues esto es pedir en qué límites se puede derogar la ley; es decir, violarla. Así los intérpretes no están mucho acordes y tampoco los tribunales. Una sola y misma corte, la de Casación, ha pronunciado decisiones contradictorias. Y puede decirse que no hay contradicción. Pues desde que se coloca uno en el terreno del interés ya no hay principio; el juez se convierte en legislador y decide en cada caso según las circunstancias de la causa. Creemos inútil entrar en los pormenores de la doctrina y de la jurisprudencia; cuando se pone uno á *templar* los principios ya nada hay seguro, sólo queda lo arbitrario. (2)

### § II.—Division de las hipotecas.

187. El art. 42 dice que «la hipoteca sólo tiene lugar en el caso y según las formas autorizadas por la ley.» ¿Cuál es el sentido de esta disposición? La ley es la que determina los casos en los que hay hipoteca; ¿las partes pueden convenir que la hipoteca tendrá lugar en otros casos? Asimismo la ley fija las formas que deben observarse para las hipotecas convencionales y testamentarias: ¿las partes podrán derogar estas formas, ya sea por sus convenciones ó por una acta de última voluntad? En fin, las hipotecas legales deben ser

1 Véanse las sentencias citadas por Aubry y Rau, t. III, p. 415, pfo. 284, nota 25.

2 Véanse los diversos procedimientos en Aubry y Rau, t. III, p. 415, párrafo 284 y nota 26; Pont, t. I, p. 364, núm. 345.



especificadas, y es también la ley la que dispone de qué modo se hace la especialización; ¿pueden las partes convenir de otro modo? Todas estas cuestiones deben ser decididas negativamente. En efecto, es de principio que las partes no pueden por sus convenciones derogar las leyes relativas al orden público, y se entienden por leyes de orden público las que son promulgadas en interés público. Y es evidente que el régimen hipotecario es de interés social; desde luego las partes no pueden derogar este régimen. Tal es el sentido del art. 42. La ley belga abolió las hipotecas judiciales: ¿podrán las partes restablecerlas directa ó indirectamente? Nó, nuestra ley decide en qué casos una inscripción hipotecaria es nula; ¿pueden las partes convenir que no será nula por ninguna causa? Nó. La ley belga quiere que las hipotecas legales se especialicen: ¿podrán las partes declararlas generales? Nó, y lo mismo pasa con todas las disposiciones de nuestro régimen hipotecario, todas de orden público. Sólo hay excepción á este principio cuando una disposición de la Ley Hipotecaria está fundada en la presunta intención de las partes contratantes. Tal es el principio de la indivisión de de las hipotecas. Se vuelve en este caso al imperio de la regla que gobierna los contratos. La ley no impone la indivisión á las partes, sólo supone que su intención es hacer indivisible la hipoteca; quedan libres para manifestar una voluntad contraria.

188. «La hipoteca legal, convencional ó testamentaria» (art. 43; Código Civil, art. 2116).

189. «La hipoteca legal es la que resulta de la ley.»

«La hipoteca convencional es la que depende de las convenciones y de la forma exterior de las actas y de los contratos» (art. 44; Código Civil, art. 2117).

La hipoteca legal fué profundamente modificada por la ley belga; sin embargo, la definición que la ley de 1851 da de ella es la misma que la del art. 2117 del Código Napo-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

leónico. Esta hipoteca ha permanecido, pues, lo que era en esencia. Lo que la que caracteriza es que resulta de la ley por oposición á la hipoteca convencional que depende de las convenciones. La observación parece inútil, pero siempre importa precisar los principios más elementales. Veremos de ello una consecuencia al tratar de la hipoteca legal de la mujer. Hay quien diga que esta hipoteca es convencional cuando se trata de derechos que nacen del contrato de matrimonio. Basta leer la definición de la hipoteca legal para convencerse de que hay contradicción en las ideas cuando se da el nombre de *convencional* á la hipoteca *legal*, pues decir que una hipoteca es *legal* es decir que existe *sin convención*; por tanto, que no es convencional. La ley nueva quiere que las hipotecas legales estén especificadas, y esta especificación se hace por convención para los derechos que nacen del contrato de matrimonio. En este caso la *especificación es convencional*, pero la *hipoteca* permanece *legal*. Una hipoteca que fuera á la vez legal y convencional sería un contrasentido.

190. Código Civil admitía también una hipoteca judicial que resultaba de las sentencias en favor del acreedor. Esta hipoteca no ha sido mantenida. Es contra la ley belga admite una hipoteca testamentaria, de la que no hablaba el Código Civil. Trataremos de ella después de haber expuesto los principios que rigen las hipotecas convencionales y legales. Debemos ver primero los motivos por los los cuales el legislador abolió la hipoteca judicial.

Esta hipoteca remonta al siglo XVI. Fué admitida como una consecuencia del principio según el cual en el derecho antiguo el deudor que se obligaba por una acta auténtica comprometía hipotecariamente sus bienes presentes y futuros, sin que fuera necesaria una estipulación. Siendo las sentencias también actas auténticas era lógico legarles una hipoteca general. Esto era tanto más natural cuanto



que el régimen anterior á la Revolución confundía las actas de jurisdicción contenciosa con las de jurisdicción voluntaria. Las leyes revolucionarias separaron el orden judicial del orden administrativo, y las leyes hipotecarias, comprendiendo el Código Civil, no atribuyeron á la autenticidad del acta el efecto de engendrar una hipoteca. Los autores del Código, derogando el antiguo derecho en lo que se refiere al principio de donde derivaba la hipoteca judicial, hubieran debido desechar la consecuencia con el principio. Al leer la Exposición de los Motivos de nuestro título se creería en una mala inteligencia: «Las sentencias, dice Treilhard, tienen un carácter que no permite concederles menos efecto que á los *contratos auténticos*.» (1) Esto parece decir que los *contratos auténticos* implican hipoteca. Así era en el derecho antiguo, mientras que, según el Código Civil, el contrato auténtico no basta para dar una hipoteca al acreedor; tiene que estipularla; la hipoteca resulta de la *convención* y no de la autenticidad

Bigot-Préameneu trató de justificar la hipoteca judicial por un motivo racional. «La fuerza de las sentencias, decía, habría sido ilusoria si la condena no hubiera después, por una simple convención de hipoteca, dado sobre los bienes un derecho de preferencia. Son de absoluta necesidad las condenas judiciales como los compromisos legales que tiene lugar su deuda en el número de las deudas hipotecarias.» (2) Lo cual supone que las sentencias tienen por objeto dar garantías al acreedor en los bienes de su deudor. No hay nada de esto. El único efecto de la sentencia es reconocer los derechos de las partes y dar al acreedor un título ejecutorio para embargar los bienes del deudor que

1 Treilhard, Exposición de los motivos, núm. 10 (Locré, t. VIII, p. 239).
2 Bigot-Préameneu, informe hecho á nombre de una parte de la Sección de Legislación, núm. 6 (Locré, t. VIII, p. 147).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

no le pague. Pero la misma sentencia es del todo extraña al derecho de preferencia que un acreedor reclamara contra los demás acreedores. Esta preferencia no puede resultar más que de la convención de la ley ó de un testamento. Y cuando el acreedor persigue á su deudor judicialmente no hay más convención que la de hipoteca; es simple acreedor quirografario y, como tal, no tiene más que una prenda general en los bienes de su deudor; si éste es insolvente el acreedor que lo persigue va en contribución con los demás acreedores. ¿Con qué derecho cambia esta prenda general, que no le da ninguna preferencia, por una hipoteca judicial que le asegura la preferencia? Esto es modificar la ley del contrato en perjuicio de la masa quirografaria, lo cual no está conforme con la justicia ni con la equidad. (1)

191. ¿Puede el juez conceder una hipoteca especial al acreedor, á título de sanción de la condena pronunciada en su favor? Hemos contestado de antemano á la pregunta al establecer el principio de orden público que rige esta materia (núm. 187). No toca ni al juez ni á las partes derogar leyes de interés general, y el régimen hipotecario es una ley de orden social. De aquí se sigue que el juez no tiene el derecho de crear hipotecas ni generales ni especiales. Se cita una sentencia de la Corte de Bruselas como reconociendo implícitamente este poder á los tribunales. (2) Deduciendo por un argumento *a contrario* esta consecuencia de la sentencia, argumentación siempre peligrosa, todo lo que hay que decir es que si tal fué el pensamiento de la Corte se engañó.

1 Martou, t. II, p. 306, núm. 698. Informe de la comisión especial y de la comisión del Senado (Parent, ps. 26 y 412). Véase la discusión en la Cámara de Representantes, sesiones de 1.° y de 3 de Febrero de 1851 (Parent, p. 235 y siguientes). La hipoteca judicial fué desechada por 59 votos contra 62.

2 Bruselas, 7 de Noviembre de 1853 (Pasicrisia, 1854, 2, 53). En sentido contrario Martou, t. II, p. 321, núm. 702, y Cloes, t. II, p. 44, núm. 1007.



Distinta es la cuestión de saber si el juez puede condenar al deudor á constituir una hipoteca en provecho del acreedor. La doctrina y la jurisprudencia lo admiten. (1) Esto nos parece dudoso, puesto que supone el libre concurso de las partes contratantes; esto sería una hipoteca impuesta por el juez. Ninguna disposición de la ley autoriza al juez á sancionar sus decisiones con una hipoteca que obligara á consentir al deudor. Esto sería una hipoteca procedente indirectamente del juez, y el juez no puede crear hipotecas (núm. 187).

Aun se presenta una dificultad en esta materia. ¿Si el deudor prometió constituir una hipoteca en favor de su acreedor puede el juez contrarrestarla y en qué sentido? Trataremos sobre este punto en el título *De las Hipotecas Convencionales.*

## § III.—Qué bienes se pueden hipotecar.

### *ARTICULO 1.—De los inmuebles.*

#### *Núm. 1. De los inmuebles por naturaleza.*

192. La ley determina los bienes que pueden ser hipotecados; estos bienes son los únicos susceptibles de hipoteca. Esto es lo que dice el art. 45. Los términos son restrictivos. Tal es el carácter de todas las disposiciones relativas al régimen hipotecario, aunque la forma de la ley no sea restrictiva (num. 187). Esta es una cuestión de interés general, pues la determinación de los bienes que pueden gravarse con hipotecas sólo la ley puede decidirlos. Es, pues, de principio que los bienes que no están comprendidos en el texto no pueden hipotecarse.

193. De aquí se sigue que los muebles no pueden ser hi-

1 Martou, t. II, p. 321, núm. 703; Cloes, t. II, ps. 44 y siguientes, núm. 1007. Bruselas, 22 de Diciembre de 1859 (Pasicrisia, 1860, 2, 131).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

no le pague. Pero la misma sentencia es del todo extraña al derecho de preferencia que un acreedor reclamara contra los demás acreedores. Esta preferencia no puede resultar más que de la convención de la ley ó de un testamento. Y cuando el acreedor persigue á su deudor judicialmente no hay más convención que la de hipoteca; es simple acreedor quirografario y, como tal, no tiene más que una prenda general en los bienes de su deudor; si éste es insolvente el acreedor que lo persigue va en contribución con los demás acreedores. ¿Con qué derecho cambia esta prenda general, que no le da ninguna preferencia, por una hipoteca judicial que le asegura la preferencia? Esto es modificar la ley del contrato en perjuicio de la masa quirografaria, lo cual no está conforme con la justicia ni con la equidad. (1)

191. ¿Puede el juez conceder una hipoteca especial al acreedor, á título de sanción de la condena pronunciada en su favor? Hemos contestado de antemano á la pregunta al establecer el principio de orden público que rige esta materia (núm. 187). No toca ni al juez ni á las partes derogar leyes de interés general, y el régimen hipotecario es una ley de orden social. De aquí se sigue que el juez no tiene el derecho de crear hipotecas ni generales ni especiales. Se cita una sentencia de la Corte de Bruselas como reconociendo implícitamente este poder á los tribunales. (2) Deduciendo por un argumento *a contrario* esta consecuencia de la sentencia, argumentación siempre peligrosa, todo lo que hay que decir es que si tal fué el pensamiento de la Corte se engañó.

1 Martou, t. II, p. 306, núm. 698. Informe de la comisión especial y de la comisión del Senado (Parent, ps. 26 y 412). Véase la discusión en la Cámara de Representantes, sesiones de 1.° y de 3 de Febrero de 1851 (Parent, p. 235 y siguientes). La hipoteca judicial fué desechada por 59 votos contra 62.

2 Bruselas, 7 de Noviembre de 1853 (Pasicrisia, 1854, 2, 53). En sentido contrario Martou, t. II, p. 321, núm. 702, y Cloes, t. II, p. 44, núm. 1007.



Distinta es la cuestión de saber si el juez puede condenar al deudor á constituir una hipoteca en provecho del acreedor. La doctrina y la jurisprudencia lo admiten. (1) Esto nos parece dudoso, puesto que supone el libre concurso de las partes contratantes; esto sería una hipoteca impuesta por el juez. Ninguna disposición de la ley autoriza al juez á sancionar sus decisiones con una hipoteca que obligara á consentir al deudor. Esto sería una hipoteca procedente indirectamente del juez, y el juez no puede crear hipotecas (núm. 187).

Aun se presenta una dificultad en esta materia. ¿Si el deudor prometió constituir una hipoteca en favor de su acreedor puede el juez contrarrestarla y en qué sentido? Trataremos sobre este punto en el título *De las Hipotecas Convencionales.*

## § III.—Qué bienes se pueden hipotecar.

### *ARTICULO 1.—De los inmuebles.*

#### *Núm. 1. De los inmuebles por naturaleza.*

192. La ley determina los bienes que pueden ser hipotecados; estos bienes son los únicos susceptibles de hipoteca. Esto es lo que dice el art. 45. Los términos son restrictivos. Tal es el carácter de todas las disposiciones relativas al régimen hipotecario, aunque la forma de la ley no sea restrictiva (num. 187). Esta es una cuestión de interés general, pues la determinación de los bienes que pueden gravarse con hipotecas sólo la ley puede decidirlos. Es, pues, de principio que los bienes que no están comprendidos en el texto no pueden hipotecarse.

193. De aquí se sigue que los muebles no pueden ser hi-

1 Martou, t. II, p. 321, núm. 703; Cloes, t. II, ps. 44 y siguientes, núm. 1007. Bruselas, 22 de Diciembre de 1859 (Pasicrisia, 1860, 2, 131).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

potecados. En efecto, el art. 45 no comprende en su numeración más que los inmuebles, lo cual es decisivo. Además, la definición de la hipoteca dice que es un derecho real en un inmueble. ¿Por qué la ley permite hipotecar todos los inmuebles cuando establece privilegios mobiliares? Desde luego se puede decir que la mayoría de los privilegios mobiliares son generales; el más usual de los privilegios especiales es el del dador: tiene un carácter de generalidad; estos derechos dan una garantía al acreedor en el sentido de que el mobiliario que está gravado se renova sin cesar. Y el principio de especialidad no permite hipotecar la generalidad de los muebles; y las hipotecas sobre ciertos muebles ofrecerían poca garantía, puesto que el acreedor no podría gozar del derecho de prosecución; la hipoteca sin este derecho habría sido derisoria por la facilidad del deudor de enajenar las cosas mobiliares. Es, pues, porque los muebles no tienen prosecución por lo que el Código Civil y la ley belga no admitieron la hipoteca de los muebles.

El art. 46 (Código Civil, art. 2119) reproduce el antiguo adagio conforme al cual «los muebles no tienen prosecución por hipoteca.» No se ve cuál es la utilidad de esta disposición. En el derecho antiguo el adagio tenía razón de ser; se admitía que los muebles podían hipotecarse, pero se negaba á esta hipoteca el derecho de prosecución. (1) El legislador moderno abolió las hipotecas mobiliares; desde luego sería inútil decir que los muebles no tienen prosecución por hipoteca. Sin embargo, se puede decir que este adagio completa el principio formulado por el art. 2279; en virtud de la regla de que en materia de muebles la posesión vale por título el propietario no puede reivindicar los objetos mobiliares que le pertenecen contra un posesor de buena fe; y al principio de que los muebles no tienen prosecu-

1 Loyseau y de Ghewiet citados por Martou, t. II, p. 331, núms. 772. Compárese Valette, p. 212, núm. 129; Pont, t. I, p. 434, núm. 414.



ción se opone que un derecho real cualquiera sobre un objeto mobiliar se ejerza contra un tercero detentor. Esto es quitar á los derechos reales mobiliares una parte de su eficacia, pero es, al mismo tiempo, facilitar la circulación de todos los valores mobiliares. Decimos de todos los valores porque el art. 2119 (Ley Hipotecaria, art. 46) es más general que el 2279, que se aplica sólo á los muebles corporales. (1) Trataremos este punto en el título *De la Prescripción*.

194. Hay bienes inmuebles que han sido mobilizados: son las rentas inmobiliares que en el derecho antiguo se consideraban como inmuebles. La jurisprudencia admite que se han hecho muebles implícitamente por la ley de 11 Brumario, año VII (t. XXVII, núm. 56). Por consecuencia, dichas rentas no pueden ser lesionadas con hipotecas, y, por otra parte, los acreedores rentistas no tienen el derecho real inmobiliar de que jamás estuvieron investidos. Se podría deducir que no tienen ninguna garantía. Esto habría sido despojarlos de un derecho de adquisición, y no fué tal la intención del legislador. Los decretos han llenado el vacío que se hallaba en la ley (2) al consagrar la interpretación que les dió la jurisprudencia. (3) Sería inútil discutir esta interpretación; teniendo los decretos fuerza de ley desaparecen las dudas.

195. Son susceptibles de hipoteca según el art. 45: 1.° los bienes inmobiliares que estén en el comercio. Los inmuebles deben estar en el comercio porque la hipoteca sobre bienes que no estén en el comercio no tendría ninguna utilidad. Si la hipoteca es una garantía es por la facultad que tiene el acreedor de vender el inmueble hipotecado pa-

1 Aubry y Rau, t. III, ps. 112 y siguientes, nota 2, pfo. 256.
2 Decretos de 12 de Diciembre de 1808, art. 11; de 9 de Diciembre de 1811, art. 37; de 1.° de Marzo de 1813, art. 5. Los que se pusieron en vigor por la ley francesa en los países reunidos.
3 Véanse las sentencias en Aubry y Rau, t. II, p. 458, nota 12, pfo. 224 *ter*.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ra pagarse con el precio de preferencia á los acreedores quirografarios. ¿De qué serviría una hipoteca sobre bienes que no se pudieran vender? Hé aquí por qué los bienes dotales bajo el régimen dotal no pueden hipotecarse; en principio la ley los declara inalienables (art. 1554).

Los autores formulan el principio en otros términos: para que un inmueble se pueda hipotecar se necesita sea embargable; la venta del inmueble hipotecado por promoción del acreedor no se hace por enajenación voluntaria, se hace por expropiación forzada; luego en embargo inmobiliar. La fórmula práctica del principio es, pues, la de los autores: *Unicamente son susceptibles de hipoteca los inmuebles que puedan ser objeto de un embargo inmobiliar, conforme á las leyes del procedimiento.* (1) Es por esta razón por lo que el art. 45 está concebido en los mismos términos que el art. 1.° de la ley de 15 de Agosto de 1854, que dice: «El acreedor puede perseguir la expropiación: 1.° de bienes inmobiliares y de sus accesorios reputados inmuebles de la propiedad de su deudor; 2.° de los derechos de usufructo, de enfiteusis y de superficie que pertenezcan al deudor de los bienes de igual naturaleza.»

Por *bienes inmobiliares* la Ley Hipotecaria y la ley sobre expropiación forzada abrazan los bienes que el Código Civil declara inmuebles por su naturaleza; es decir, los fundos de tierra y las construcciones. A decir verdad los terrenos son los únicos bienes que son inmuebles por su naturaleza; las construcciones se componen de objetos mobiliares que se hacen inmuebles por su incorporación al suelo; hablaremos de ellos al tratar de los muebles hechos inmuebles. La ley de 1854 agrega: pertenecen á la «*propiedad* del deudor.» Por *propiedad* se debe entender no sólo toda la propiedad sino también la nuda propiedad; la ley no distingue, y no habría lugar á distinguir, puesto que la nuda propiedad es un inmueble que está en el comercio y que es embargable.

1 Valette, p. 185, núm. 127; Martou, t. II, p. 332, núm. 714. Denegada, 10 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 111).



196. También se pueden hipotecar bienes indivisos: la validez de la hipoteca dependerá de la partición. En tanto que no se haga la partición los acreedores no pueden embargar la parte indivisa del deudor; el acreedor que tiene una hipoteca en una parte indivisa debe, pues, comenzar por provocar la partición, y siempre puede intervenir en ella para resguardar sus derechos. La ley de 15 de Agosto de 1854 contiene muchas disposiciones en favor de los acreedores hipotecarios. Nos limitaremos á transcribirlas refiriéndonos al mangnífico comentario de Martou y Vandenkerckhove, continuado por M. Waelbroeck, nuestro apreciable colega. Si el inmueble indiviso que está gravado con la hipoteca está licitado, y si se adjudicó á otra persona que no sea el colicitante que consintió la hipoteca, el derecho del acreedor hipotecario recaerá en la parte del deudor en el precio. En caso de partición con saldo las sumas que el copartícipe gravado con el saldo estaría obligado á pagar estarán afectadas á los créditos hipotecarios que pierden este carácter cuando el inmueble hipotecado cae en el lote del corpartícipe deudor del saldo respecto al copartícipe que es su acreedor; el saldo representa una parte del inmueble por el cual la hipoteca fué mantenida si hubiese sido puesta en el lote del heredero que hubiera hipotecado su parte indivisa; la ley reporta la hipoteca en el saldo (artículo 2).

197. Hay un caso en el cual el propietario no puede ni enajenar ni hipotecar. La ley de 15 de Agosto de 1854, art. 27, dice: «El deudor no puede, desde el día de la transcripción del embargo ó de la condena, ni enajenar ni hipotecar los inmuebles embargados ó señalados por la condena bajo pena de nulidad y sin que haya, necesidad de pronun-

ciarla.» Como muy amenudo estaremos precisados á citar esta disposición nos detendremos en ella un momento. La prohibición de hipotecar no es, en este caso, la consecuencia de la prohibición de enajenar; la enajenación se prohibe al deudor porque nulificaría el embargo que sólo puede trabarse contra el detentor actual; mientras que la constitución de la hipoteca no impediría continuarse el embargo porque no amenaza en nada á los acreedores hipotecarios que conservan su lugar. Si la ley no permite al embargado hipotecar no puede ser más que en interés de los acreedores quirografarios. La ley de 1851 suprime la hipoteca judicial; si se hubiera permitido hipotecar al embargado podría substraerse al efecto de la sentencia pronunciada contra él hipotecando sus bienes durante el curso del embargo. Hé aquí por qué el legislador belga ha reportado la incapacidad de enajenar y de hipotecar el día de la transcripción de la condena, mientras que, según el Código de Procedimientos, no comenzaría sino á partir de la denuncia del embargo. De esta manera el acreedor embargante puede señalar los bienes con inalienabilidad desde el principio del procedimiento, puesto que la condena precede al embargo. (1)

198. Se presenta la cuestión de saber si el secuestro de guerra hace á los bienes inalienables é impide, por consecuencia, al propietario hipotecarlos. Se ha juzgado que este secuestro sólo quita al propietario la administración de los bienes y, por consecuencia, el goce; pero no suspende el ejercicio del derecho de propiedad. Por consiguiente, las hipotecas consentidas durante el secuestro se declararon válidas. (2)

199. La ley coloca aún entre los inmuebles de la naturaleza los frutos en pie, en ramas ó en raíces; pero el artículo 520 agrega que los frutos son muebles desde que se cortan ó se desprenden. Sucede lo mismo con la leña, que se hace inmueble á paso y medida que se cortan los árboles (artículo 521). De lo que se sigue que no se pueden hipotecar los frutos separadamente del terreno; esto sería hipotecar una cosa mobiliar, puesto que los frutos son muebles cuando se les considera en una convención como debiéndose desprender de la tierra. Los frutos no pueden hipotecarse sino con el fundo; mejor dicho, la hipoteca que grava el fundo grava necesariamente los frutos, puesto que éstos forman parte del fundo. En la teoría del Código los frutos no son más que un accesorio del fundo, se confunden con el partícipe del fundo; lo mismo que el Código considera como inmuebles, por su naturaleza, las construcciones en razón de su incorporación con el suelo y no á título accesorio.

1 Waelbroeck, Comentario de la ley de 15 de Agosto de 1854 (t. II, p. 261, art. 27, núms. 6 á 8).

2 Lieja, 19 de Julio de 1819 [Pasicrisia, 1819, p. 434].



La teoría del Código no es exacta. Hay una difencia esencial entre los inmuebles por naturaleza; es decir, los fundos de terreno y los inmuebles por incorporación, como las construcciones y los frutos. La tiera nunca deja de ser inmueble, no se la puede mobilizar; luego la hipoteca que la grava es permanente y perfecta; las construcciones, al contrario, pueden destruirse y los frutos se desprenden necesariamente del suelo en su madurez. Nace entonces la cuestión de saber en lo que se convierte la hipoteca. La solución depende, en parte, de la influencia que la hipoteca tiene sobre los derechos del propietario del inmueble; la examinaremos más adelante.

200. La ley de 21 de Abril de 1810 dispone que las minas son inmuebles (art. 8). Es un inmueble por incorporación, lo mismo que los frutos. La ley parece considerar las minas como un inmueble por naturaleza; hay, en efecto, bajo este punto de vista de la clasificación, identidad entre



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

las minas y los frutos. Pero la propiedad de las minas y, por consiguiente, la hipoteca de las mismas están sometidas á reglas particulares. La ley distingue tres especies de propiedades en esta materia: la de superficie, la de la mina y la de la compensación pagada al propietario de la mina.

Las minas no pueden ser explotadas más que en virtud de una acta de concesión emanada del Gobierno; la concesión puede ser concedida, ya sea al propietario, ya á un tercero. Desde el momento en que una mina está concedida, aun al propietario de la superficie, forma una propiedad inmobiliar distinta de la de la superficie. Hay, pues, dos inmuebles, uno y otro susceptibles de ser hipotecados. La superficie conserva su naturaleza mueble; las hipotecas establecidas en el terreno subsisten en la superficie y ésta puede ser gravada con nuevas hipotecas. La mina forma una propiedad nueva en la que, dice la ley de 1810 (art. 19), nuevas hipotecas podrán igualmente rentarse.

Si la mina no está concedida al propietario éste tiene derecho á una recompensa fijada por el acta de concesión. La recompensa es un derecho mueble y no puede, por consiguiente, ser hipotecada separadamente. Pero si la superficie está hipotecada el acreedor hipotecado ejercerá su derecho en la superficie, y es la compensación la que permanecerá reunida al valor de la superficie y quedará gravada con ella por la hipoteca tomada por los acreedores del propietario (arts. 6 y 18 de la ley de 1810).

201. Las disposiciones que acabamos de analizar sólo hablan de las minas. ¿Deben aplicarse á las canteras? La afirmativa fué sentenciada por la Corte de Lieja. (1) Pero la Corte no ha decidido que se debe aplicar en todo á las canteras lo que la ley de 1810 dice de las minas. La explotación de las canteras no es objeto de una acta de concesión como la de las minas; por consiguiente, no crea tres propiedades distintas. Todo cuanto dice la Corte de Lieja es que las canteras son inmuebles por su naturaleza, como lo serían las minas, aunque la ley de 1810 no las hubiera declarado inmuebles. La sentencia decide, pues, implícitamente que las canteras están sometidas al derecho común. Así como las minas concedidas son inmuebles las canteras concedidas lo son igualmente. Sin embargo, debe observarse, en el caso, que la concesión ocupaba, pues, el lugar del propietario; en estas circunstancias es verdad decir con la Corte de Lieja que las canteras son una parte integrante del suelo y que, así como una mina, no cambian de naturaleza pasando de uno á otro propietario por una concesión perpetua.

1 Lieja, 1.° de Diciembre de 1848 (Pasicrisia, 1849, 2, 95).



### *Num. 2. De los inmuebles por destino.*

202. El Código Civil admite una segunda clase de inmuebles: son los inmuebles por destino. Son inmuebles por destino los objetos que el propietario del fundo coloca en éste para el servicio y explotación de este fundo, y en segundo lugar los efectos muebles que el propietario liga al fundo en perpetuo sitio (art. 524). La Ley Hipotecaria no habla de los inmuebles por destino, pero contiene una disposición general que se aplica á ellos: «La hipoteca adquirida se extiende á los accesorios reputados inmuebles.» Estas palabras *accesorios reputados inmuebles* son generales, comprenden los objetos muebles ligados al fundo por destino agrícola ó industrial ó por perpetuo sitio. Si la ley los califica de inmuebles es precisamente porque forman accesorios de una explotación inmobiliar ó porque el propietario les ha legado el suelo como accesorio perpetuo. La ley dice que la hipoteca se *extiende* á estos accesorios para marcar que los inmuebles por destino no pueden ser hipotecados separadamente del fundo; lo que, además, es evidente, pues separados del fundo estos objetos ya no son inmuebles.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

La redacción de la nueva ley podría dar lugar á una nueva duda en las personas extrañas al derecho. La hipoteca *adquirida*, dice el art. 45, se *extiende* á los accesorios inmobiliares. Esto quiere decir, á la letra, que la hipoteca, después de constituida, se extiende á los accesorios que están ligados posteriormente al inmueble; lo que parecería excluir los accesorios ya inmobilizados cuando la constitución de la hipoteca. Se ha dado este mal argumento ante los tribunales; se entiende que los jueces no le hicieron caso. Lo principal abarca necesariamente lo accesorio; no se concibe que haya explotación agrícola ni uno ú otro de esos objetos que el art. 524 enumera; los animales ligados al cultivo, los utensilios aratorios, las semillas, etc., así como no se concibe explotación industrial sin máquina ó aparatos. En cuanto á los objetos muebles inmobilizados por el perpetuo sitio es evidente que el propietario que los legó al fundo á perpetuidad entendió hipotecarlos con el fundo. No es necesario que el acta enumere estos accesorios que están comprendidos de derecho en la hipoteca del fundo, el que no existiría sin los objetos necesarios á su explotación. Si el acta enumera algunos de los accesorios no debe inducirse de esto que los demás no están comprendidos en la hipoteca de fundo; el argumento *a contrario* nunca se emplea tan mal como en esta materia, puesto que está en oposición con la naturaleza de las cosas tanto como con los principios. (1)

*Núm. 3. De las mejoras.*

203. El art. 45 agrega que la hipoteca se extiende á las *mejoras* sobrevenidas al inmueble hipotecado. ¿Qué debe entenderse por *mejoras?* Esto es la reproducción del artículo 2133 del Código Civil. Cuando la discusión del proyecto de Código un miembro del Consejo de Estado preguntó si por esta palabra debía entenderse el crecimiento considerable que se opera por el aluvión ó cuando un río cambia de madre. Treilhard dió una contestación bastante mala distinguiendo entre el crecimiento insensible producido por el aluvión y el crecimiento que constituye un nuevo fundo distinto del primero. Tronchet restableció los verdaderos principios. La mejora es un accesorio; en el libro segundo del Código se dice cuáles cosas son accesorias; todas se identifican con lo principal, el fundo y, por consiguiente, quedan afectas á los cargos del fundo gravado. (1) Las mejoras están, pues, regidas por el principio de la accesión: si forman accesorios quedan comprendidas en la hipoteca de la cosa principal, si no forman accesorio no quedan sometidas á la hipoteca. Tal es el principio; las aplicaciones son fáciles apesar de las controversias que se han suscitados

204. Todos están acordes en los aluviones, aun Treilhard, y, sin embargo, puede que de ellos resulte un crecimiento muy considerable que forme un fundo nuevo, distinto del primero. ¿Pero qué importa? No es la extensión de la mejora lo que determina la extensión de la hipoteca á las accesiones la que es decisiva: débil ó importante la mejora sigue lo principal á título de accesorio (art. 556).

¿Qué debe decirse cuando un río quita por una fuerza súbita una parte considerable y reconocible de un terreno ribereño y lo lleva á otro campo? Esta es la hipótesis á la que Treilhard pareció referirse. Sin embargo, debe decidirse, contrariamente á su opinión, que la hipoteca recaerá en el campo que la acción de las aguas anexó á la heredad hipotecada; si el propietario lo aprovecha es por un efecto

1 Bruselas, 20 de Julio de 1864 (Pasicrisia, 1865, 2, 39). Compárese Denegada, 11 de Abril de 1833 [Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 800]; Pont, tomo I, p. 400, núms. 374 y 375.



1 Sesión de 5 Ventoso, año XII, núm. 12 (Locré, t. VIII, p. 205). M. Lelièvre se expresó en el mismo sentido: «La expresión mejoras debe entenderse en su más lato sentido y se aplica á todo lo que se une al inmueble por acción» (Informe, en Parent, p. 130).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de la accesión, y el accesorio, al extender el fundo, extiende necesariamente la hipoteca que lo grava.

Lo mismo pasa con las islas, y por iguales razones. En este punto hay, sin embargo, controversia. Un autor que gustamos seguir, Martou, enseña que la hipoteca no se extiende á la isla porque ésta forma un fundo nuevo enteramente distinto del que está hipotecado. Esto no es exacto; es porque el ribereño es propietario del lecho del río por lo que se convierte en propietario de la isla; ésta no es, pues, un nuevo fundo que adquiere, es una dependencia, una acción del fundo hipotecado, y con tal título lo es la que queda comprendida en el inmueble como el aluvión. La mayor parte de los autores se han pronunciado en este sentido. (1)

205. El art. 563 prevee un caso en que hay duda. Un río abandona su antigua madre, el que se vuelve propiedad de aquellos cuyos fundos fueron nuevamente ocupados por el río. Se pregunta si el lecho antiguo quedará gravado de hipoteca en favor de los acreedores hipotecarios. Aquí el texto y el espíritu de la ley se oponen á la extensión de la hipoteca. El Código Civil atribuye el nuevo lecho á los propietarios cuyos fundos fueron invadidos por el río, no á título de accesión sino á título de *indemnización*, y la indemnización es un crédito personal que la ley concede por consideraciones de equidad, y la extensión de la hipoteca á fundos que vienen á acrecentar y mejorar el fundo hipoteca no tiene más razón de ser que el principio de la accesión; lo que ya decide nuestra cuestión. Por otra parte, el lecho del antiguo río constituye realmente una propiedad diferente que no estaba gravada por la inscripción primitiva; se necesitaría, pues, una nueva inscripción y, por consiguiente, una convención nueva; lo que nos coloca fuera del caso previsto por el art. 45 (Código Civil, artículo 2133). La cuestión está, no obstante, controvertida. (1)

1 Pont, t. I, p. 426 y las autoridades que cita.



206. ¿El principio relativo á las *mejoras* se aplica también á las que proceden de trabajos hechos por el propietario del fundo hipotecado? En nuestro concepto la afirmativa no es dudosa; si se admite el principio hay que admitir también las consecuencias que proceden de él. La palabra *mejoras* se dice de los gastos útiles hechos para aumentar el valor del fundo; es en este sentido como el artículo 103 (Código Civil, art. 2175) emplea esta expresión, precisamente en un caso en que los acreedores hipotecarios ejercen su derecho en las mejoras procuradas al fundo por el tercer detentor. Estas mejoras consisten en trabajos de plantío, de reposiciones, de reconstrucciones y de construcciones nuevas. Sólo en este último punto hay disensiones entre los autores; esta controversia, como muchas otras, no hubiera surgido si los intérpretes permanecieran fieles á los principios y no vinieran á invocar la equidad donde sólo el derecho debe decidir. ¿Hay siquiera una sombra de diferencia entre una construcción en un fundo no construido y una reconstrucción más ó menos extensa que la primera? En nombre de la equidad se podía pedir por interés de los terceros que se les atribuyera el aumento de valor que resulte de los trabajos, puesto que los gastos se pagan del patrimonio que es su prenda; pero los acreedores personales no tienen derecho, mientras que el derecho está por parte de los acreedores hipotecarios. Todos los trabajos, cualesquiera que sean, constituyen una mejora y aprovechan, por consiguiente, á los acreedores á título de accesorio. La tradición está en este sentido; lo que quitaría muchas dudas si las hubiera. Loyseau llama á las construcciones nuevas grandes reposiciones; (2) en el lenguaje ordinario esto no es exacto, y aun en el lenguaje jurídico es

1 Véanse, en sentido diverso, Martou, t. II, p. 337, núm. 728, y Pont, t. I, p. 426, núm. 406 y las autoridades que cita.

2 Loyseau, Del abandono, tít. VI, cap. VIII, núms. 9 y 10.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

forzar el sentido de las palabras el llamar reposiciones á las obras nuevas que mejoran el fundo. Más vale atenerse al principio de la accesión. La jurisprudencia está en este sentido, (1) así como la doctrina. (2)

El principio de que la hipoteca se extiende á las mejoras supone que los trabajos fueron hechos por el deudor. Si han sido hechos por un tercero detentor éste tiene derecho á una indemnización contra los acreedores hipotecarios que lo persiguen (art. 103; Código Civil, art. 2175). Y aunque el deudor haya mejorado el fundo con sus trabajos si el constructor ó el obrero tienen por este punto un privilegio el acreedor privilegiado prevalece á los acreedores hipotecarios hasta concurrencia del aumento de valor que resulte de los trabajos. Transladamos á lo dicho acerca del privilegio del arquitecto.

207. El principio de la accesión no sería ya aplicable si el propietario del inmueble hipotecado le anexare terrenos contiguos que comprara para extender su posesión, aunque se tratara de un cercado y aunque el fundo hipotecado se encontrara mejorado con ello. Aquí es el caso de decir, con Treilhard, que el fundo nuevamente adquirido es distinto del que se dió en hipoteca; ya no se puede invocar la accesión, pues el fundo no es el accesorio del otro. El principio de la especificación de las hipotecas se opone igualmente á que un fundo no comprendido en la inscripción esté gravado por una hipoteca sin una inscripción y, por tanto, sin una convención nueva. No insistimos porque todos están acordes. (3)

1 Gante, 6 de Julio de 1841 [Pasicrisia, 1843, 2, 96] y las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1350. Agréguese Grenoble, 28 de Junio de 1858 (Dalloz, 1859, 2, 191). Hay una sentencia contraria de la Corte de París pronunciada en el caso del privilegio del vendedor, lo que inclinó quizá á la Corte; es, en efecto, poco equitativo que el vendedor extienda su privilegio en los valores que no puso en el patrimonio del comprador; pero el derecho domina la equidad (París, 6 de Mayo de 1824, Dalloz, núm. 472, 1.°).

2 Véanse las citaciones en Pont, t. I, p. 429, núms. 409 y 410.

3 Durantón, t. XIX, p. 382, núm. 259, y todos los autores.



208. Hay un último caso de accesión que es difícil considerar como una mejora. Una hipoteca está constituida en la nuda propiedad; el usufructo llega á extinguirse por consolidación; es decir, por la reunión en el mismo propietario de la calidad de tal y de usufructuario: ¿versará en este caso la hipoteca en toda la propiedad? Se admite la afirmativa porque se considera el usufructo como accesorio de la propiedad. Esto es de tradición; sin embargo, hay duda, en nuestro concepto. El usufructo no es un accesorio de la nuda propiedad, ambos derechos son perfectamente distintos: uno y otro pueden ser hipotecados; el que hipoteca la nuda propiedad hipoteca una propiedad desmembrada, no hipoteca el usufructo que no tiene derecho de hipotecar, ¿Con qué derecho vendría el acreedor hipotecario á quitar á los acreedores quirografarios el valor del goce que no le fué dado en hipoteca? El derecho de accesión está fuera de causa; el goce de un atributo de la toda propiedad no es un atributo ni un accesorio de la nuda propiedad. Síguese de esto que el acreedor hipotecario no podrá ejercer su derecho de preferencia más que en la parte del precio que representa el valor de la nuda propiedad. (1)

Cuando es el usufructo el que ha sido hipotecado y que la nuda propiedad se adquiere por el usufructuario todos están acordes en decir que la hipoteca no recaerá en toda la propiedad, porque la nuda propiedad no podría ser considerada como el accesorio del goce. Otra dificultad se presenta en este caso: ¿No se extingue la hipoteca del usufructo cuando éste se extingue por la consolidación? Vamos á examinar la cuestión al tratar de la hipoteca concedida en derechos reales inmobiliares.

1 En sentido contrario, Durantón, t. XIX, p. 386, núm. 265 y todos los autores.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

*ARTICULO 2.—Derechos reales inmobiliares.*

209. El art. 45 distingue dos categorías de bienes sólo susceptibles de hipotecas: «1. ° Los bienes inmobiliares que están en el comercio; 2. ° los derechos de usufructo, de enfiteusis y de superficie establecidos en los mismos bienes durante el cargo de estos derechos.» El número 1 comprende los bienes inmuebles por su naturaleza é implícitamente los accesorios inmobiliares; el núm. 2 se refiere á los inmuebles por el objeto á que se aplican según la terminología del Código Civil. El art. 526 no los menciona á todos; como lo vamos á decir sólo hay ciertos derechos inmobiliares que pueden ser hipotecados.

Tal es desde luego el usufructo de las cosas inmobiliares. El usufructo puede ser vendido, según el art. 595, ó cedido á título gratuito; siendo enajenable es por esto mismo susceptible de ser hipotecado. La ley dice que el *derecho de usufructo* puede ser hipotecado porque el usufructo de un inmueble está considerado como un inmueble. El usufructuario no puede hipotecar el inmueble gravado con usufructo, el inmueble pertenece al propietario y sólo éste tiene el derecho de hipotecarlo. La constitución del usufructo tiene por efecto desmembrar el inmueble; el goce y la nuda propiedad forman dos propiedades distintas, cada una inmobiliar, y, por consiguiente, susceptibles de ser hipotecadas. Estas dos hipótesis difieren. La de la nuda propiedad es perpetua como la propiedad, mientras que la hipoteca es temporal como el uso de usufructo (t. IV, núms. 474 y 475; t. VII, núm. 36).

209 *bis*. El usufructo se puede establecer por convención, por testamento ó por ley. No se presenta ninguna dificultad en el usufructo convencional ó testamentario: es el usufructo propiamente dicho. Hay un usufructo legal, el que los padres tienen en los bienes de sus hijos menores (artículos 579 y 384) ¿Se puede enajenar ó hipotecar? Se admite generalmente la negativa. Sin embargo, hay duda si se atiene uno al texto. La ley califica de usufructo el goce legal de los padres y dice en términos generales que el usufructuario puede enajenar ó ceder su derecho. Esto nos parece decisivo. ¿Se permite distinguir donde la ley no distingue? Se contesta que la distinción resulta de la naturaleza del usufructo que la ley da al padre y á la madre; este goce se liga estrechamente á la administración de los bienes que la ley confía al padre como un atributo; digamos mejor, como una obligación inherente á la potestad paternal; y es evidente que el padre no puede descargarse de un deber; si, pues, se le permitiera enajenar su usufructo ó hipotecarlo siempre estaría obligado á administrar los bienes cuyo goce hubiera vendido ó hipotecado; y ¿cómo conciliar esta obligación con el derecho que tiene el cesionario de gozar por sí? Además, el goce legal del padre está sometido á ciertos cargos: entre otros, el de manutención y educación de los hijos según su fortuna. ¿Pasaría este cargo al cesionario? Esto se comprende difícilmente, puesto que se trata de un atributo y de un deber de la potestad paternal. El padre no puede ceder una obligación que le pertenece por su calidad. ¿Cómo llenaría el cargo de educar á sus hijos conforme á su fortuna si enajenaba sus haberes? Hay una última consideración que explica el sistema de la ley tal como generalmente se interpreta. El hijo está muy interesado en que el padre conserve el goce no sólo como medio para llenar el cargo de la educación sino también como garantía de un buen goce; un cesionario gozaría en su interés personal muy amenudo en oposición con el interés del hijo, mientras que el padre tendrá presente el interés del hijo más que el suyo. (1)



210. Estos motivos son de gran influencia. Pero se debe

1 Compárese Martou, t. II, p. 341, núm. 736; Pont, t. I, p. 404, núm. 379.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

confesar que se dirigen al legislador más bien que al intérprete. Hay un vacío en el Código, la doctrina lo ha llenado teniendo en cuenta el espíritu de la ley: estableció una excepción que no le tocaba crear. Pasa lo mismo con el usufructo que corresponde al marido en los bienes de la mujer bajo el régimen de la comunidad y bajo el dotal. Hemos dicho que este goce tiene los caracteres del usufructo; es un usufructo convencional más bien que legal, puesto que resulta de las convenciones matrimoniales expresas ó tácitas de los esposos. En la opinión general el marido no puede enajenar ni hipotecar su goce. Se dan motivos análogos á los que acabamos de exponer (núm. 209 *bis*). El usufructo de los bienes de la mujer es un dote que ésta aporta al marido para ayudarlo á soportar los cargos del matrimonio (art. 1540). Es, pues, un cargo al mismo tiempo que un derecho; y ¿cómo llenaría sus cargos el marido si enajena los frutos y entradas que le dan para llenarlos? No se puede dividir un goce que en realidad es un cargo tanto como un derecho. Bajo el régimen de la comunidad esto es verdad porque el usufructo pertenece no al marido sino á la comunidad. No sucede lo mismo con los regímenes bajo los que los intereses de los esposos están separados; las economías que hace el marido en el aporte de la mujer llegan á ser de su propiedad. Pero siempre es verdad decir que en el espíritu de la ley el dote debe emplearse en los cargos del matrimonio y que entonces no se concibe la enajenación de un goce que es esencialmente de su cargo. (1) Sin embargo, debió decidirlo el legislador.

211. ¿Puede el propietario hipotecar el usufructo de los bienes de los que tiene plena propiedad? Generalmente se admite que lo puede. Hay, sin embargo, una duda. La ley define el usufructo como el derecho de gozar de las cosas *cuya propiedad pertenece á otro*. No se puede, pues, decir

1 Durantón, t. IV, p. 431, núm. 486. Pont, t. I, p. 406, núm. 380.



que el propietario es usufructuario, el usufructo de su propia casa no se concibe: *res sua nemini servit*. Esto es verdad en la sutileza del derecho. Pero no se puede decir que el propietario es libre de desprender de su derecho de disposición uno ú otro atributo y que este derecho de disposición es absoluto (art. 544). Si puede desprender al usufruto enajenándolo, ¿por qué no podrá hipotecándolo? Del propietario no se puede decir que no tiene este derecho porque la ley no se lo da; al contrario se debe decir que tiene el derecho de hacer todo lo que la ley no le prohibe. (1) Se diría que el propietario no puede hacer lo imposible y que es imposible tener una servidumbre en su propia cosa. Contestaremos que el propietario tiene el derecho de gozar del modo más absoluto, que este derecho le puede ceder; si puede enajenarlo todo ¿por qué no podría cederlo parcialmente ó hipotecándolo por la duración de su vida?

212. El usufructo es un derecho temporal; la hipoteca que lo grava se extingue cuando acaba el usufructo. Esto es lo que dice el art. 45; el usufructo no puede ser hipotecado más que durante el tiempo de su duración. La aplicación del principio sufre una dificultad en el caso en que el usufructo se extinga por voluntad del usufructuario, su renuncia, por ejemplo, ó por venta que hiciera del usufructo al nudo propietario. Generalmente se enseña que la hipoteca subsiste porque no puede depender del deudor nulificar el derecho que ha concedido al acreedor. El argumento no es decisivo; en efecto, la ley prevee el caso en que el inmueble hipotecado perece por el hecho del deudor; decide que en este caso el acreedor tiene el derecho de reclamar el reembolso de su crédito (art. 79; Código Civil, artículo 2131). Después de todo cuando la cosa hipotecado no existe la hipoteca no puede subsistir. Aquí está el ver-

1 Pont, t. I, p. 403, núm. 381. En sentido contrario, Marton, t. t. II, p. 341 núm. 735.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

si el localario puede hipotecar las construcciones que ha hecho durante el arrendamiento. La negativa no es dudosa en la opinión que hemos enseñado acerca de la naturaleza del derecho que pertenece al locatario en las construcciones que ha hecho. Para que haya dificultad se necesita suponer que el arrendamiento da al arrendatario el derecho de construir y le atribuye la propiedad de las construcciones durante el curso del contrato. ¿Cuál es la naturaleza de este derecho? Hemos enseñado que es un derecho mobiliar, lo cual decide la cuestión (t. V, núm. 415). Pero nuestra opinión casi está aislada. Debemos, pues, detenernos en la consecuencia que resulta en lo que se refiere á la hipoteca. El locatario no puede hipotecar más que las construcciones que le pertenezcan; no puede hipotecar el terreno del que no es propietario. La dificultad se reduce, pues á esto: ¿puede hipotecar la superficie sin el suelo? Lo que acabamos de decir del superficiario contesta á la pregunta: hay un derecho real en la cosa, se le reconoce un cuasidominio y, sin embargo, no puede hipotecar las construcciones que ha hecho. La razón es que estas construcciones no son inmuebles; si la superficie está considerada como inmueble por naturaleza es porque se incorpora al suelo, con el que se confunde. Esto supone que el suelo pertenece al que ha hecho la construcción; en este caso la incorporación y la inmobilización se comprenden, mientras que no se conciben cuando el suelo no pertenece al superficiario. La hipoteca concedida por el locatario que no puede lesionar más que la superficie sería la hipoteca de una cosa mobiliar, pues la superficie separada del suelo es mueble y en la hipoteca que el locatario estableciera en la superficie ésta se consideraría necesariamente como independiente del suelo, puesto que éste no le pertenece. (1)

1 En sentido contrario, Pont, t. I, ps. 378 y siguientes, núm. 359 y las autoridades que cita.



216. La jurisprudencia es contraria, así como la doctrina. Hemos ya discutido la cuestión de principio, nos queda por comprobar la jurisprudencia más reciente; siempre está en el mismo sentido. La Corte de Casación invoca el art. 518, según el cual las construcciones son, como los fundos de tierra, inmuebles por su naturaleza, y ninguna disposición de ley les hace perder este carácter y no les atribuye la calidad de muebles cuando han sido construidos por otro que no fuera el propietario del suelo. (1) Hé aquí lo que se puede llamar una interpretación mecánica que sólo toma en cuenta la letra de la ley. Profesamos nosotros un gran respeto al texto de la ley y lo predicamos siempre á los que están llamados á interpretar las leyes; pero también nos separamos de la letra del espíritu y buscamos siempre la razón de las cosas. Y apesar del texto del art. 518 todos reconocían que las construcciones no son inmuebles por su naturaleza, que lo son por el efecto de la incorporación; desde luego no se consideran como del cuerpo del fundo dejando de ser inmuebles para volver á su naturaleza mobiliar de los materiales de que se compone la construcción. ¿Qué dice la ley? ¿que la venta de una casa por estar demolida es una venta mobiliar? Nó; lo que no impide que todos lo admitan. Se debe, pues, dejar el texto y consultar los principios. Y éstos dicen todo lo contrario de lo que la Corte de Casación hace decir al texto. Importa mucho saber quién edificó las casas. Si lo son por un superficiario no se puede tratar de una incorporación en el suelo, jurídicamente hablando. Sin duda hay incorporación material; el albañil dirá que hay un inmueble; el jurisconsulto, al contrario, dirá que donde una superficie pertenece á un locatario la hipoteca consentida por el locatario no podrá comprender

1 Lyon, 18 de Marzo 1871, y Denegada, 13 de Febrero de 1872 (Dalloz, 1871, 2, 191, y 1872, 1, 256). En sentido contrario, Bruselas, 16 de Noviembre de 1831 (Pasicrisia, 1831, p. 297).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

más que la superficie separada del suelo, que el locatario no tiene el derecho de hipotecar; luego si el albañil dice que la hipoteca recae en un inmueble porque toda la casa es un inmueble el jurisconsulto dirá que la hipoteca constituida en una superficie sin estarlo en el suelo está establecida en una cosa mobiliar. Es decir, que la superficie no puede ser hipotecada separadamente del suelo.

La Corte de París se pronunció en el mismo sentido: toda construcción, dice, es necesariamente un inmueble; se trataba solamente de saber quién puede hipotecar, el propietario ó el locatario. Los términos del arrendamiento deciden la cuestión; y en la especie el contrato decía que las construcciones hechas por el inquilino quedaban de su propiedad. (1) Lo que parece determinar á la Corte y, en general, á los jueces del hecho es la importancia de las construcciones que los inquilinos hacen en un arrendamiento industrial; ¿esos valores que crea no le deben dar un crédito inmobiliar? Sin duda, lo exigiría así la equidad si no se tuviera en cuenta el interés de los acreedores hipotecarios; pero la masa quirografaria tiene igualmente sus intereses y ¿no son estos últimos los que deben prevalecer cuando se trata de las relaciones de un locatario con los terceros? Después de todo la cuestión debe decidirse no conforme á los intereses que están comprometidos en este debate sino conforme á los principios de derecho.

Hay una hipótesis en la que la jurisprudencia está conforme con nuestra opinión. El arrendamiento dice que el arrendatario está obligado á levantar en el plazo de un año las construcciones determinadas por el acta y que al acabar

1 París, 23 de Febrero de 1872 (Dalloz, 1874, 2, 21). Compárese París, 30 de Mayo de 1864 (Dalloz, 1866, 2, 174). La cuestión se presentó ante la Corte de Casación de Bélgica, que se limitó á decidir que admitiendo que el inquilino tenga un derecho inmobiliar en las construcciones que haga este derecho es resoluble y no da al acreedor hipotecario más que un derecho resoluble (Denegada, 5 de Noviembre de 1852 (Pasicrisia, 1853, 1, 67).



el arrendamiento pertenecerán al dador sin indemnización. En este caso el arrendatario no tiene más que un simple derecho de goce en las construcciones, como sobre el suelo, siguiéndose que no puede hipotecar los bienes que no le pertenecen. (1)

En el silencio del arrendamiento surgen otras dificultades en las construcciones que hace el arrendatario: ¿cuáles son los derechos y las obligaciones de las partes contratantes en razón de estas construcciones? Nos transladamos á lo dicho en el título *Del Arrendamiento* (t. XXV, números 175–185).

217. Se presenta una cuestión análoga para las construcciones levantadas en un terreno que depende del dominio público con la autorización expresa ó tácita del Gobierno. En nuestra opinión estas construcciones son mobiliares y, por consiguiente, pueden ser hipotecadas (t. V, número 418). (2) Aquí la incorporación es legalmente imposible, pues si se hiciera, la construcción haría parte del dominio público como el suelo, y desde luego no podría tratarse de hipotecarlo; pero la incorporación no puede hacerse, pues no pertenece á particulares crear un dominio público; esto es contradictorio en sus términos. A decir verdad no puede tratarse de derecho de propiedad en el caso, puesto que la construcción es de pura tolerancia y esto no da ningún derecho.

Sin embargo, ha sido sentenciado que el arrendatario de un terreno que hace parte del dominio comunal y colocado fuera del comercio por su destino público podía hipotecar la construcción que en él había levantado con autorización del municipio. La sentencia de la Corte de Orleáns que adopta los motivos de los primeros jueces está débilmente motivada. No es dar un motivo el citar artículos del Códi-

1 Denegada, 9 de Junio de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 410).
2 En sentido contrario, Pont, t. I, p. 371, núm. 350.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

si el locatario puede hipotecar las construcciones que ha hecho durante el arrendamiento. La negativa no es dudosa en la opinión que hemos enseñado acerca de la naturaleza del derecho que pertenece al locatario en las construcciones que ha hecho. Para que haya dificultad se necesita suponer que el arrendamiento da al arrendatario el derecho de construir y le atribuye la propiedad de las construcciones durante el curso del contrato. ¿Cuál es la naturaleza de este derecho? Hemos enseñado que es un derecho mobiliar, lo cual decide la cuestión (t. V, núm. 415). Pero nuestra opinión casi está aislada. Debemos, pues, detenernos en la consecuencia que resulta en lo que se refiere á la hipoteca. El locatario no puede hipotecar más que las construcciones que le pertenezcan; no puede hipotecar el terreno del que no es propietario. La dificultad se reduce, pues á esto: ¿puede hipotecar la superficie sin el suelo? Lo que acabamos de decir del superficiario contesta á la pregunta: hay un derecho real en la cosa, se le reconoce un cuasidominio y, sin embargo, no puede hipotecar las construcciones que ha hecho. La razón es que estas construcciones no son inmuebles; si la superficie está considerada como inmueble por naturaleza es porque se incorpora al suelo, con el que se confunde. Esto supone que el suelo pertenece al que ha hecho la construcción; en este caso la incorporación y la inmobilización se comprenden, mientras que no se conciben cuando el suelo no pertenece al superficiario. La hipoteca concedida por el locatario que no puede lesionar más que la superficie sería la hipoteca de una cosa mobiliar, pues la superficie separada del suelo es mueble y en la hipoteca que el locatario estableciera en la superficie ésta se consideraría necesariamente como independiente del suelo, puesto que éste no le pertenece. (1)

1 En sentido contrario, Pont, t. I, ps. 378 y siguientes, núm. 359 y las autoridades que cita.



216. La jurisprudencia es contraria, así como la doctrina. Hemos ya discutido la cuestión de principio, nos queda por comprobar la jurisprudencia más reciente; siempre está en el mismo sentido. La Corte de Casación invoca el art. 518, según el cual las construcciones son, como los fundos de tierra, inmuebles por su naturaleza, y ninguna disposición de ley les hace perder este carácter y no les atribuye la calidad de muebles cuando han sido construidos por otro que no fuera el propietario del suelo. (1) Hé aquí lo que se puede llamar una interpretación mecánica que sólo toma en cuenta la letra de la ley. Profesamos nosotros un gran respeto al texto de la ley y lo predicamos siempre á los que están llamados á interpretar las leyes; pero también nos separamos de la letra del espíritu y buscamos siempre la razón de las cosas. Y apesar del texto del art. 518 todos reconocían que las construcciones no son inmuebles por su naturaleza, que lo son por el efecto de la incorporación; desde luego no se consideran como del cuerpo del fundo dejando de ser inmuebles para volver á su naturaleza mobiliar de los materiales de que se compone la construcción. ¿Qué dice la ley? ¿que la venta de una casa por estar demolida es una venta mobiliar? Nó; lo que no impide que todos lo admitan. Se debe, pues, dejar el texto y consultar los principios. Y éstos dicen todo lo contrario de lo que la Corte de Casación hace decir al texto. Importa mucho saber quién edificó las casas. Si lo son por un superficiario no se puede tratar de una incorporación en el suelo, jurídicamente hablando. Sin duda hay incorporación material; el albañil dirá que hay un inmueble; el jurisconsulto, al contrario, dirá que donde una superficie pertenece á un locatario la hipoteca consentida por el locatario no podrá comprender

1 Lyon, 18 de Marzo 1871, y Denegada, 13 de Febrero de 1872 (Dalloz, 1871, 2, 191, y 1872, 1, 256). En sentido contrario, Bruselas, 16 de Noviembre de 1831 (Pasicrisia, 1831, p. 297).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

si el localario puede hipotecar las construcciones que ha hecho durante el arrendamiento. La negativa no es dudosa en la opinión que hemos enseñado acerca de la naturaleza del derecho que pertenece al locatario en las construcciones que ha hecho. Para que haya dificultad se necesita suponer que el arrendamiento da al arrendatario el derecho de construir y le atribuye la propiedad de las construcciones durante el curso del contrato. ¿Cuál es la naturaleza de este derecho? Hemos enseñado que es un derecho mobiliar, lo cual decide la cuestión (t. V, núm. 415). Pero nuestra opinión casi está aislada. Debemos, pues, detenernos en la consecuencia que resulta en lo que se refiere á la hipoteca. El locatario no puede hipotecar más que las construcciones que le pertenezcan; no puede hipotecar el terreno del que no es propietario. La dificultad se reduce, pues á esto: ¿puede hipotecar la superficie sin el suelo? Lo que acabamos de decir del superficiario contesta á la pregunta: hay un derecho real en la cosa, se le reconoce un cuasidominio y, sin embargo, no puede hipotecar las construcciones que ha hecho. La razón es que estas construcciones no son inmuebles; si la superficie está considerada como inmueble por naturaleza es porque se incorpora al suelo, con el que se confunde. Esto supone que el suelo pertenece al que ha hecho la construcción; en este caso la incorporación y la inmobilización se comprenden, mientras que no se conciben cuando el suelo no pertenece al superficiario. La hipoteca concedida por el locatario que no puede lesionar más que la superficie sería la hipoteca de una cosa mobiliar, pues la superficie separada del suelo es mueble y en la hipoteca que el locatario estableciera en la superficie ésta se consideraría necesariamente como independiente del suelo, puesto que éste no le pertenece. (1)

1 En sentido contrario, Pont, t. I, ps. 378 y siguientes, núm. 359 y las autoridades que cita.



216. La jurisprudencia es contraria, así como la doctrina. Hemos ya discutido la cuestión de principio, nos queda por comprobar la jurisprudencia más reciente; siempre está en el mismo sentido. La Corte de Casación invoca el art. 518, según el cual las construcciones son, como los fundos de tierra, inmuebles por su naturaleza, y ninguna disposición de ley les hace perder este carácter y no les atribuye la calidad de muebles cuando han sido construidos por otro que no fuera el propietario del suelo. (1) Hé aquí lo que se puede llamar una interpretación mecánica que sólo toma en cuenta la letra de la ley. Profesamos nosotros un gran respeto al texto de la ley y lo predicamos siempre á los que están llamados á interpretar las leyes; pero también nos separamos de la letra del espíritu y buscamos siempre la razón de las cosas. Y apesar del texto del art. 518 todos reconocían que las construcciones no son inmuebles por su naturaleza, que lo son por el efecto de la incorporación; desde luego no se consideran como del cuerpo del fundo dejando de ser inmuebles para volver á su naturaleza mobiliar de los materiales de que se compone la construcción. ¿Qué dice la ley? ¿que la venta de una casa por estar demolida es una venta mobiliar? Nó; lo que no impide que todos lo admitan. Se debe, pues, dejar el texto y consultar los principios. Y éstos dicen todo lo contrario de lo que la Corte de Casación hace decir al texto. Importa mucho saber quién edificó las casas. Si lo son por un superficiario no se puede tratar de una incorporación en el suelo, jurídicamente hablando. Sin duda hay incorporación material; el albañil dirá que hay un inmueble; el jurisconsulto, al contrario, dirá que donde una superficie pertenece á un locatario la hipoteca consentida por el locatario no podrá comprender

1 Lyon, 18 de Marzo 1871, y Denegada, 13 de Febrero de 1872 (Dalloz, 1871, 2, 191, y 1872, 1, 256). En sentido contrario, Bruselas, 16 de Noviembre de 1831 (Pasicrisia, 1831, p. 297).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

más que la superficie separada del suelo, que el locatario no tiene el derecho de hipotecar; luego si el albañil dice que la hipoteca recae en un inmueble porque toda la casa es un inmueble el jurisconsulto dirá que la hipoteca constituida en una superficie sin estarlo en el suelo está establecida en una cosa mobiliar. Es decir, que la superficie no puede ser hipotecada separadamente del suelo.

La Corte de París se pronunció en el mismo sentido: toda construcción, dice, es necesariamente un inmueble; se trataba solamente de saber quién puede hipotecar, el propietario ó el locatario. Los términos del arrendamiento deciden la cuestión; y en la especie el contrato decía que las construcciones hechas por el inquilino quedaban de su propiedad. (1) Lo que parece determinar á la Corte y, en general, á los jueces del hecho es la importancia de las construcciones que los inquilinos hacen en un arrendamiento industrial; ¿esos valores que crea no le deben dar un crédito inmobiliar? Sin duda, lo exigiría así la equidad si no se tuviera en cuenta el interés de los acreedores hipotecarios; pero la masa quirografaria tiene igualmente sus intereses y ¿no son estos últimos los que deben prevalecer cuando se trata de las relaciones de un locatario con los terceros? Después de todo la cuestión debe decidirse no conforme á los intereses que están comprometidos en este debate sino conforme á los principios de derecho.

Hay una hipótesis en la que la jurisprudencia está conforme con nuestra opinión. El arrendamiento dice que el arrendatario está obligado á levantar en el plazo de un año las construcciones determinadas por el acta y que al acabar

1 París, 23 de Febrero de 1872 (Dalloz, 1874, 2, 21). Compárese París, 30 de Mayo de 1864 (Dalloz, 1866, 2, 174). La cuestión se presentó ante la Corte de Casación de Bélgica, que se limitó á decidir que admitiendo que el inquilino tenga un derecho inmobiliar en las construcciones que haga este derecho es resoluble y no da al acreedor hipotecario más que un derecho resoluble (Denegada, 5 de Noviembre de 1852 (Pasicrisia, 1853, 1, 67).



el arrendamiento pertenecerán al dador sin indemnización. En este caso el arrendatario no tiene más que un simple derecho de goce en las construcciones, como sobre el suelo, siguiéndose que no puede hipotecar los bienes que no le pertenecen. (1)

En el silencio del arrendamiento surgen otras dificultades en las construcciones que hace el arrendatario: ¿cuáles son los derechos y las obligaciones de las partes contratantes en razón de estas construcciones? Nos transladamos á lo dicho en el título *Del Arrendamiento* (t. XXV, números 175–185).

217. Se presenta una cuestión análoga para las construcciones levantadas en un terreno que depende del dominio público con la autorización expresa ó tácita del Gobierno. En nuestra opinión estas construcciones son mobiliares y, por consiguiente, pueden ser hipotecadas (t. V, número 418). (2) Aquí la incorporación es legalmente imposible, pues si se hiciera, la construcción haría parte del dominio público como el suelo, y desde luego no podría tratarse de hipotecarlo; pero la incorporación no puede hacerse, pues no pertenece á particulares crear un dominio público; esto es contradictorio en sus términos. A decir verdad no puede tratarse de derecho de propiedad en el caso, puesto que la construcción es de pura tolerancia y esto no da ningún derecho.

Sin embargo, ha sido sentenciado que el arrendatario de un terreno que hace parte del dominio comunal y colocado fuera del comercio por su destino público podía hipotecar la construcción que en él había levantado con autorización del municipio. La sentencia de la Corte de Orleáns que adopta los motivos de los primeros jueces está débilmente motivada. No es dar un motivo el citar artículos del Códi-

1 Denegada, 9 de Junio de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 410).
2 En sentido contrario, Pont, t. I, p. 371, núm. 350.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

go Napoleón sin decir una palabra de las dificultades de que el tribunal no parece tener ni sospechas. (1) Semejantes decisiones no son para dar crédito á la jurisprudencia; no ministran seguramente ningún apoyo á la opinión que combatimos.

218. La hipoteca es también un derecho inmobiliar en la opinión que hemos enseñado; mejor dicho, según el texto de nuestra Ley Hipotecaria (núm. 174). En el derecho antiguo se admitía, conforme al derecho romano, que la hipoteca podía ser hipotecada. He aquí en qué sentido. El que había estipulado una hipoteca semejante ejercía en suborden los derechos atribuidos al acreedor hipotecario que había constituido hipoteca. Esta colocación en suborden no está admitida por nuestras leyes de procedimientos. Desde luego la hipoteca de la hipoteca no tiene razón de ser. Además el silencio del art. 45 basta para desecharla. (2)

Otra es la cuestión de saber si el acreedor hipotecario puede ceder su derecho de preferencia sin el crédito en el que está ligado. La dificultad se presenta sobre todo por la hipoteca legal de la mujer. La examinaremos más adelante.

219. El art. 256 coloca también entre los inmuebles las acciones inmobiliares por el objeto á que se aplican. No quedan comprendidas en la enumeración del art. 45 (Código Civil, núm. 2118), lo que basta para decidir la cuestión de saber si se puede hipotecar una acción tendiendo á poner un inmueble en el patrimonio de aquel á quien pertenece. La hipoteca de una acción no hubiera ofrecido ninguna utilidad, pues hubiera versado en un derecho que el acreedor no podría ejercer sino después de haberlo perseguido en justicia; es decir, en un derecho litigioso, y la hipoteca tiene por objeto dar al acreedor una garantía segura versando en un objeto cuyo deudor es propietario. Era

1 Orléans, 19 de Abril de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 94.
2 Pont, t. 1, p. 415, núm. 394. Valette, p. 206, 3.ª cuestión.



además inútil permitir la hipoteca de una acción, puesto que el que tiene una acción de nulidad, de rescisión ó de resolución relativa á un inmueble puede hipotecar el inmueble directamente: la validez de la hipoteca dependería del resultado de la acción. (1) Volveremos á este punto en el capítulo *De las Hipotecas Convencionales.*

220. Las concesiones que el Gobierno hace para un ferrocarril, un canal, un puente, ¿dan al concesionario el derecho de hipotecar, ya sea el camino férreo, el canal ó el puente, ya sean los peajes por percibir, ya el derecho en virtud del que se perciben éstos? La negativa es segura en todos conceptos; basta que las concesiones no estén comprendidas en el texto del art. 45 para que no sean susceptibles de hipoteca. (2) En teoría la cuestión de saber cuál es el valor de estas cosas es muy dudoso. Esto es un derecho de particular carácter que es imposible clasificar entre los derechos de que habla el Código Civil, pues cuando la aplicación del Código Civil no se conocían las concesiones; los grandes trabajos ejecutados por concesionarios les eran ordinariamente atribuidos á título de propiedad. Lo que prueba que los derechos de los concesionarios no son derechos mobiliares en el sentido tradicional de la palabra es que hay leyes que autorizan la hipoteca de los productos de los ferrocarriles concedidos. La Corte de Nimes dice que esto es una excepción en una materia en que no se sabe cuál es la ley belga. Esto es un vacío que sólo el legislador puede llenar. Transladamos á lo dicho en el título *De la Propiedad* (t. VI, núms. 29–35).

1 Valette, p. 204, 2.°, y todos los autores. Denegada, 14 de Abril 1847 [Dalloz, 1847, 1, 217].
2 Nimes, 2 de Agosto de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 41). Denegada, Sala Civil, 20 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 308).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## § IV.—Efectos de la hipoteca en los derechos del propietario.

### *Número 1. Principio.*

221. Ya hemos dicho que la hipoteca es un desmembramiento de la propiedad (núm. 174). Lo que caracteriza el derecho de propiedad es que es absoluto: el propietario tiene el derecho de disponer y gozar de su cosa del modo más ilimitado, siempre que no haga de él un uso prohibido por la ley (art. 544). Debe agregarse: siempre que no perjudique los derechos de terceros. Este derecho absoluto está restringido por la concesión de hipoteca; el propietario afecta el inmueble al pago de una obligación; no puede, pues, hacer nada que disminuya esta garantía: entre el deudor y el acreedor esto es evidente, pues es el derecho común (artículo 79; Código Civil, art. 2131). Pero la garantía hipotecaria es, de su esencia, una garantía real; se haría ilusoria si el acreedor no tuviera el derecho de prosecución; lo sería también si la propiedad estuviera sólo limitada para con el deudor; por lo mismo que la hipoteca da el derecho de prosecución el acreedor debe tener contra el tercero detentor el derecho que tiene contra el deudor; el tercero detentor sólo tiene una propiedad desmembrada, su derecho está limitado por el acreedor hipotecario; no puede, pues, hacer nada que altere este derecho. Esto es lo que dice el Código en el capítulo que trata del derecho de prosecución (art. 2175; Ley Hipotecaria, art. 103). Así el desmembramiento de la propiedad que resulta de la hipoteca tiene un carácter absoluto, existe para con todos; es decir, que constituye un derecho real inmobiliar en favor del acreedor hipotecario.

222. Hay, pues, actas de disposición, de goce y de administración que un propietario puede hacer y que el propietario de un inmueble hipotecado no puede hacer por sólo que perjudicaría al acreedor hipotecario. Esta limitación del derecho de propiedad tiene un lazo estrecho con otra cuestión: la de saber lo que sucede con la hipoteca recayendo en objetos muebles convertidos en inmuebles cuando el deudor los moviliza por su hecho. ¿El acreedor hipotecario conserva su derecho en los objetos que dejan de ser inmuebles? ¿Tiene por este punto un derecho contra el deudor? ¿Puede promover contra el tercer adquirente? Estas cuestiones no dejan de tener sus dificultades; vamos á examinarlas al tratar de las restricciones del derecho de propiedad que resultan de la hipoteca en favor de los acreedores hipotecarios.



### *Núm. 2. De las actas de disposición.*

223. El derecho de disponer es el atributo esencial de la propiedad. Se entiende por esto el derecho de enajenar. ¿El propietario del inmueble hipotecado conserva el poder de vender? En principio sí, puesto que la enajenación no causa ningún perjuicio al acreedor hipotecario; queda arruinado con su derecho de prosecución, que le da contra los terceros el mismo derecho que tiene contra el deudor. Sin embargo, puede suceder que el derecho del acreedor esté perjudicado por efecto de la enajenación; ya hemos examinado las dificultades que presenta la cuestión al tratar del decaimiento del plazo (t. XVII, núms. 206-208).

224. La facultad de disponer del modo más absoluto que la ley reconoce al propietario implica también otro derecho: el de modificar la cosa, destruirla si se quiere; esto es lo que se llama el derecho de abusar que no tiene el usufructuario por oposición al propietario (art. 578). Todo hecho de abuso nulifica ó disminuye la garantía que la hipoteca está destinada á dar al acreedor, puesto que el valor de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la cosa será tanto menor, y es este valor el que constituye la seguridad que el acreedor hipotecario encuentra en la hipoteca (Ley Hipotecaria, art. 79; Código Civil, art. 2131).

Abusando el deudor hace lo que no tiene el derecho de hacer; por esto mismo el acreedor hipotecario debe tener el derecho de oponerse á ello ocurriendo á la justicia, pues ésta tiene por misión auxiliar á aquellos cuyos derechos se violan, manteniendo estos derechos contra los ataques que se les hacen. La ley da al acreedor el derecho de reclamar el reembolso de su crédito si los inmuebles hipotecados han perecido ó han sufrido degradaciones por el hecho del deudor; volveremos á este punto al explicar el art. 79 (Código Civil, art. 2131). Pero el acreedor no está obligado á pedir la resolución del contrato; puede también exigir su ejecución y, por consiguiente, oponerse á que el deudor deteriore los bienes hipotecados. Este derecho no podría contestarse. (1) ¿Hasta dónde llega el ejercicio de este derecho?

225. Si el propietario demole él mismo la casa hipotecada el acreedor hipotecario tiene una acción contra él para que se le prohiba continuar la demolición y para que restaure el edificio deteriorado. Mientras que el debate está concentrado entre el deudor y el acreedor no hay ninguna dificultad, puesto que se trata de la ejecución de un contrato. (2) Aunque el inmueble hipotecado lo poseyera un tercer detentor el acreedor tendría también acción contra él, puesto que el derecho del tercero detentor está limitado, como lo está el del deudor (art. 103; Código Civil, art. 2175). La cuestión no se hace dudosa sino cuando el deudor ha enajenado los materiales procedentes de la demolición ó cuando vendió la casa para ser demolida. En la primera hipótesis se aplica el derecho común. El tercer poseedor de

1 Valette, ps. 223 y siguientes, Aubry y Rau, t. III, ps. 427 y siguientes, párrafo 266.

2 Compárese Denegada, 9 de Agosto de 1825 (Dalloz, en la palabra Bienes, núm. 53).



buena fe está al abrigo de toda acción de reivindicación y de toda acción real; puede rechazar al acreedor por la excepción del art. 46 (Código Civil, art. 2119); á saber, que los muebles no tienen prosecución por hipoteca; no puede tratarse de una reivindicación, puesto que el acreedor hipotecario no es propietario. (1) Pero si el tercer poseedor fuera de mala fe, es decir, si hubiera comprado con conocimiento de que los objetos procedían de una casa hipotecada, ¿tendrá el acreedor acción contra él? Acción hipotecaria no la tiene, puesto que los objetos separados del fundo dejan de ser inmuebles; no puede haber acción hipotecaria para objetos muebles. Acción personal naciendo del contrato tampoco tiene el acreedor, puesto que no hay ninguna liga de obligación entre él y el tercero adquirente. Sólo le queda la acción que nace del delito; suponiendo que el hecho perjudicial presente el carácter de un delito civil.

226. Si el acreedor vendió la casa para ser demolida la dificultad se complica. Un primer punto nos parece seguro: es que el acreedor hipotecario puede oponerse á la demolición sin que el tercero comprador pueda prevalecerse de su contrato. Es verdad que la venta de una casa para ser demolida es una venta mueble, pero esto no es verdad más que entre las partes contratantes, pues la mobilización resulta de un contrato y las convenciones no pueden ser opuestas á los terceros; luego mientras que la casa subsiste queda gravada de hipoteca y, por consiguiente, el acreedor puede promover en virtud de su derecho hipotecario; la demolición ataca su derecho, luego puede ejercer todos los actos conservatorios (t. V, núm. 432).

Si se hace la demolición sin que el acreedor se oponga á ella ¿cuál será su derecho? Ya no puede ejercer su derecho

1 Valette, p. 225, 5. ° Denegada, 9 de Agosto de 1825 (Dalloz, en la palabra Bienes, núm. 53).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

hipotecario contra el tercer posesor porque ya no tiene derecho en los inmuebles convertidos en muebles; su hipoteca por este punto está extinguida, y no puede tener acción de reivindicación, puesto que no es propietario. Sólo se puede preguntar si tiene una acción en el precio, suponiendo que se deba. En principio hay que responder negativamente. Los efectos muebles separados del suelo dejan de ser muebles, ya no están gravados de hipoteca; no teniendo ya acción hipotecaria el acreedor no se ve en virtud de qué derecho promovería en el precio de una cosa en la que no tiene ningún derecho. (1) Pero ¿no deroga el art. 45 estos principios? La Ley Hipotecaria da al acreedor una acción en el precio de los cortes de leña que el deudor hace de buena fe, según el uso del lugar; ¿no debe concluirse de esto que el acreedor tiene una acción con más razón cuando el deudor obra sin derecho, como en nuestro caso? Vamos á examinar la cuestión al tratar de las actas de goce que el propietario del inmueble hipotecado puede hacer (núm. 230).

*Núm. 3. De los actos de goce.*

227. El propietario que hipoteca un inmueble conserva el derecho de goce. Este goce no compromete, en general, el derecho del acreedor hipotecario, y el deudor puede hacer lo que no perjudica al acreedor. Pero su derecho de goce no es absoluto, lo es el del propietario cuyo fundo no está desmembrado (art. 544); está limitado por el derecho del acreedor hipotecario; de modo que aunque propietario el deudor no puede ya hacer un acto de goce que perjudique al acreedor. Síguese de esto que el deudor no puede abusar; abusar no es gozar, es disponer, y el deudor no puede disponer de la cosa en perjuicio del acreedor. Ni siquiera pue-

1 Valette, p. 220, 2. ° En sentido contrario, Denegada, 4 de Febrero de 1817 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1501).



desentarse en principio que conserva el derecho de gozar como buen padre de familia, pues hay actos de buen goce que pueden disminuir el valor de la cosa hipotecada, lo que, respecto al acreedor, sería un deterioro de la cosa, y el deudor no puede por su hecho amenguar las seguridades del acreedor (art. 79; Código Civil, art. 2131). Tal sería el desmonte de un bosque: la superficie montosa es de gran valor, hacía parte de la hipoteca estipulada por el acreedor; es, pues, deteriorar la cosa el convertir un bosque en tierras de labor, aunque para el propietario esto pueda ser un acto de buena gerencia.

¿Cuáles serán en este caso los derechos de los acreedores hipotecarios? Se debe aplicar por analogía lo que hemos dicho de la demolición de la cosa hipotecada. El deudor hace en uno y en otro caso lo que no tiene derecho de hacer. Luego el acreedor puede oponerse á ello, y tiene grande interés, pues si el desmonte se opera el acreedor no tiene ninguna acción contra los terceros compradores. Aquí también se aplica lo que hemos dicho de la demolicion de una casa y de la venta de los materiales. Desde el momento en que los árboles están desprendidos del suelo dejan de ser inmuebles, luego la hipoteca se extingue; el acreedor no tiene contra los terceros acción de reivindicación ni prosecución, pues no fué nunca propietario y su hipoteca no se ejerce en los muebles. No podría tener contra los terceros más que la acción que nace del delito; contra el deudor tendría acción de reembolso del crédito, en virtud del art. 79 (Código Civil, art. 2131).

228. Hay actos de goce que el deudor tiene el derecho de hacer. Los frutos están destinados á ser conservados; al hipotecar el inmueble el deudor no entiende prohibirse la facultad de gozar de los frutos. Ordinariamente este goce no causa ningún perjuicio al acreedor; si promueve contra el deudor cuando los frutos están en pie aprevechará de los

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

frutos, puesto que hacen parte del inmueble hipotecado, y el embargo los inmobiliza. La ley de 15 de Agosto de 1854 acerca de la expropiación forzada provee á los intereses de los acreedores; dispone que éstos pueden proceder á la venta de los frutos en pie, y el precio queda depositado en la caja de consignaciones para ser distribuido con el precio de los inmuebles por orden de hipoteca. En cuanto á los frutos recogidos por el embargado posteriormente á la notificación de embargo quedan inmobilizados, así como el precio que procede de su venta, y puede ser distribuido por orden de hipotecas con el precio de los inmuebles (artículos 22 y 23).

229. Mientras que los acreedores no embargan los inmuebles hipotecados el deudor percibe los frutos, y ya desprendidos del suelo los acreedores no tienen ya derecho en ellos, puesto que los frutos se volvieron muebles; los acreedores no tienen ninguna acción contra el propietario que hizo lo que tenía el derecho de hacer, ni contra los terceros compradores, porque su derecho hipotecario quedó extinguido. ¿Qué debe decidirse si el propietario vende los frutos en pie? El art. 45 prevee el caso en que el propietario vende un oquedal; decide que «el acreedor hipotecario estará obligado á respetar las ventas de cortes comunes, talas ú oquedales hechas de buena fe, conforme á la *costumbre del lugar*, salvo á ejercer su derecho en el *precio no pagado*.» Para que los acreedores estén obligados á respetar los cortes hechos por el deudor desde luego se necesita que sean dichos cortes *comunes*; son un acto de goce y el propietario tiene el derecho de gozar de los frutos; sin duda si no hiciera los cortes la superficie de bosque aumentaría de valor, pero no está obligo á aumentar el valor del fundo hipotecado, sólo está obligado á no degradarlo. Y sería una degradación si en vez de un corte común hiciera uno extraordinario, porque este corte no representa ya los frutos del inmueble, es una parte del fundo; se debe, pues, aplicar á los cortes extraordinarios lo que dijimos del abuso (número 227). (1) La ley quiere además que el corte se haga de *buena fe*. La mala fe ó el dolo dan al acreedor la acción pauliana; este es el derecho común; el deudor jamás puede defraudar á sus acreedores, aunque haga lo que como propietario tiene derecho á hacer. Si la venta no está concluida por el corte de árboles los acreedores la harán anular; cuando los árboles estén cortados tienen acción al precio debido; si el precio está pagado pueden promover contra el deudor reembolsando el crédito y contra el tercero complíce de fraude, en virtud del art. 1382. Se necesita que haya fraude por parte de los terceros para que los acreedores puedan promover en nulidad. Si los terceros son de buena fe los acreedores no tienen acción más que en virtud del art. 79 (Código Civil, artículo 2131).

El art. 45 supone una venta de soto ó de monte bajo y quiere que se haga conforme á las costumbres del lugar. ¿Se debe distinguir entre el monte bajo y el monte alto? Esta distinción determina los derechos del usufructuario, y bajo el imperio del Código Civil también se aplicaba al propietario del inmueble hipotecado en el sentido de que el monte alto no es un fruto sino una parte del fundo; de modo que una venta de monte alto no es un acto de goce, es un acto de disposición, y como disminuye el valor del fundo constituye, respecto al acreedor hipotecario, un acto de abuso ó degradación. (2) El art. 45 consagra implícitamente estos principios, pues al determinar cuáles son los cortes que los acreedores deben respetar decide que no deben respetar los demás cortes; decir que no pueden atacar las ventas de los bosques talados y de los cortes es permitirles atacar las ventas de monte alto. ¿Se objetará que es argumentar en el silencio

1 París, 26 de Agosto de 1809 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 793).
2 Pont, t. I, p. 381, núm. 364 y las autoridades que cita.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de la ley? Contestaremos que la distinción que resulta del silencio de la ley está en harmonía con los principios y con la tradición, lo cual es decisivo. La ley agrega una nueva distinción en lo relativo á la venta de soto ó monte bajo: se necesita que estén hechos conforme á las *costumbres del lugar* para que los acreedores estén obligados á respetarlos. En materia de usufructo la ley con relación al orden del corte y al uso constante de los propietarios (art. 590). Estas reglas no son aplicables al deudor, que es más que usufructuario propietario; puede, pues, sacar de su fundo el goce que generalmente obtienen los propietarios; en estos límites usa de su derecho y, por consiguiente, los acreedores deben respetar lo que ha hecho. Por este motivo es por lo que la ley quiere que el propietario se conforme con la costumbre del lugar.

230. Aunque el propietario haga una venta en estas condiciones los acreedores pueden ejercer su derecho sobre el precio no pagado. Esta disposición se explica con mucha dificultad. Cuando los acreedores hipotecarios tienen un derecho en el precio la razón es que el precio reemplaza á la cosa que tienen hipotecada; esta es una subrogación real. Pero, en la especie, los acreedores no tenían derechos en los cortes, puesto que el deudor los hizo en los límites de su derecho; la ley obliga á los acreedores á respetar la venta, lo que equivale á decir que los acreedores no tenían ningún derecho en los cortes vendidos; desde luego no podían tener derecho al precio. La subrogación real que la ley establece en favor de los acreedores hipotecarios amenaza los derechos de los acreedores quirografarios; el precio es cosa mobiliar y debería, por consiguiente, aprovechar á los que tienen por prenda el mobiliario del deudor. No se puede explicar esta derogación de los principios que suponen que la acción hipotecaria se intenta en el momento en que los árboles aun están en pie; en esta hipótesis se



comprende que se mantenga la venta, puesto que el deudor tenía el derecho de hacerla y que los acreedores hipotecarios aprovechan, sin embargo, del precio, puesto que los árboles vendidos aun están en pie. Pero la ley va más lejos; está concebida en términos generales y se aplica, por consiguiente, al caso en que el corte ya esté hecho; en este caso ya no hay razón para quitar al acreedor quirografario un crédito que se ha convertido en su prenda.

Siendo excepcional la disposición relativa al derecho al precio ¿se debe concluir que se puede extender por vía de analogía? En rigor sí, pero resultarían anomalías chocantes. De este modo se debería decir que el art. 15 no era aplicable á la venta de una cosecha en pie; aunque la hipótesis sea idéntica á la que la ley prevee las cosechas y los cortes de los bosques son frutos y éstos están regidos por el mismo principio. Si se aplica el art. 45 á los frutos se debe ir más lejos y aplicarlo á todos los casos en que el propietario mobiliza los objetos inmobiliares al venderlos. Tampoco se debe distinguir si el deudor ha obrado en el límite de su derecho ó si hay abuso, pues si los acreedores hipotecarios pueden ejercer su acción en el precio cuando el deudor hace un acto que tenía el derecho de hacer con mayor razón se debe admitirlos á reclamar el precio cuando la cosa vendida hacía parte del inmueble hipotecado y que se separó por un abuso de goce. El deudor vende una casa hipotecada para ser demolida ó vende objetos mobiliares inmobilizados por destino; en este caso viola el derecho del acreedor hipotecario; es natural que la ley subrogue el precio á la cosa que está hipotecada. Se debe, pues, considerar la disposición del art. 45 como una regla aplicable á todos los casos en que el deudor al mobilizar con ó sin derecho una parte de la cosa hipotecada haya disminuido su valor; el precio que se le queda á deber en el momento en que los acreedores promuevan estará subrogado

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

á la cosa. Es difícil justificar esta doctrina bajo el punto de vista de los principios, pues las excepciones se extienden y la subrogación legal es también de estricta interpretación. Pero la ley prevalece á los principios, y el art. 45 no parece considerar el derecho al precio como un favor excepcional, es más bien una regla que una excepción; se debe, por consiguiente, aplicarla á todos los casos que se puedan presentar. El informe de la comisión especial está concebido en este sentido. (1)

231. Los mismos privilegios se aplican á los frutos. Siempre se ha admitido que los frutos no están gravados por la hipoteca por tanto tiempo como están en pie. La ley de Mesidor, año III, tenía una disposición formal; decía que la hipoteca recaía en la propiedad de los bienes territoriales á la vez que en los frutos *no recogidos* y en los bosques no talados. Los frutos y los árboles desprendidos de la tierra se hacen muebles y, por consiguiente, escapan á la acción de los acreedores hipotecarios. Se debe ir más lejos y es lo que siempre se ha enseñado: los frutos se convierten en muebles no sólo cuando están separados del suelo sino también cuando los vende el propietario. Esta venta basta para substraer á los frutos de la acción de los acreedores hipotecarios porque deben respetar todos los actos de goce que el deudor tiene el derecho de hacer. La doctrina y la jurisprudencia francesa están en este sentido (2) y la Ley Hipotecaria ha consagrado la opinión tradicional aplicándola á la tala de los bosques. No hay más que una diferencia que resulta de la naturaleza de las cosas: es que todos los frutos están destinados á ser recogidos por el poseedor; luego el propietario tiene derecho á ellos sin distinción ninguna; ya los recoja él mismo, ya sea que los venda, la distinción de las maderas del monte bajo y del monte alto es

1 Informe de la comisión especial (Parent, ps. 37 y siguientes).
2 Pont, t. I, p. 379, núms. 362 y 363 y las sentencias que cita.



ajena á los frutos. Los acreedores no adquieren derechos en los frutos sino hasta que poseen el inmueble. El artículo 23 de la ley de 15 de Agosto de 1854 dice: «Los frutos naturales é industriales recogidos por el embargado posteriormente á la notificación de embargo ó al precio que proviniere serán inmobilizados para ser distribuidos con el precio del inmueble. Y en los términos del art. 22 los acreedores se pueden hacer autorizar para vender en remate los frutos en pie; el precio se deposita en la casa de depósitos y consignaciones para distribuirse con el precio de los inmuebles por orden de hipoteca.

232. ¿Se deben aplicar á los inmuebles por destino los principios que rigen los frutos y los cortes de bosques? Hay una diferencia que resulta de la naturaleza de las cosas. Los efectos mobiliares que el propietario inmobiliza por destino se hacen dependencias del inmueble; están comprendidos en la hipoteca del fundo si lo estaban en el momento en que nació la hipoteca, y se extiende también á ellos si posteriormente el propietario los agrega. Los muebles inmobilizados no están destinados á venderse. Luego cuando el deudor los separa del fundo disminuye el valor del inmueble hipotecado. ¿Tiene derecho? Es difícil dar una respuesta absoluta, puesto que el derecho del propietario del inmueble hipotecado se determina por la consecuencia que resulta del ejercicio del derecho: perjudica á los acreedores hipotecarios, el acta es nula respecto á ellos, mientras que es válida si no les causa ningún perjuicio. La cuestión es, pues, de hecho más que de derecho. Si el propietario de una fábrica separa la maquinaria para reemplazarla por otra seguramente que tiene el derecho de hacerlo y no causa ningún perjuicio á los acreedores hipotecarios; se supone naturalmente que ha obrado de buena fe y como buen padre de familia; desde que trata de mala fe perjudica á los



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

acreedores, está sin derecho, degrada, y se le aplican los principios que rigen el goce abusivo (núms. 227 y 230).

Hay una sentencia de la Corte de Lieja en este sentido. Un fabricante vende su maquinaria en un precio de 3500 francos; el acreedor hipotecario acciona contra el comprador. Se ha juzgado que éste era de mala fe porque sabía que la máquina estaba gravada con la hipoteca del inmueble al que la máquina estaba agregada. En consecuencia, la Corte condenó al tercer comprador á pagar el valor de la máquina al acreedor hipotecario, declarando al deudor decaído del beneficio del plazo por vencer; por su hecho disminuyó las seguridades convencionales que había dado al acreedor. La decisión en lo relativo al tercer comprador no está motivada; la sentencia se limita á comprobar la mala fe. (1) Esta es la aplicación de los principios que hemos expuesto; el acreedor hipotecario no tiene reivindicación ni derecho de prosecución porque no es propietario, y su hipoteca en la máquina se extingue desde que deja de ser inmueble por destino. La única acción que podría tener contra el tercero comprador se deriva del delito de éste; es por esto por lo que la Corte se limita á hacer constar la mala fe; solamente debió haber agregado en virtud de qué acción el acreedor puede reclamar del comprador el valor de la máquina.

233. Si en esta hipótesis las máquinas vendidas no están aún separadas del fundo ¿quién prevalecerá en el conflicto entre el acreedor hipotecario y el comprador? Se debe aplicar el principio de que la venta no puede oponerse al acreedor (núm. 226). En vano diría el comprador que la venta sólo mobiliza los inmuebles por destino; esto es verdad entre las partes, no con relación al acreedor hipotecario que tiene un derecho real en la cosa, derecho que conserva en tanto que la cosa está agregada al fundo. Y la

1 Lieja, 13 de Abril de 1864 (Pasicrisia, 1864, 2, 388).



venta no la separa del fundo, la mobiliza solamente para las partes; y la convención que liga á las partes es extraña á los terceros acreedores hipotecarios. Tampoco se puede distinguir si el tercero comprador es de buena ó de mala fe; su buena fe sólo se toma en consideracion cuando la toma de posesión de la cosa (núm. 226). Se debe ir más lejos y decidir que el acreedor hipotecario puede hacer todos los actos conservatorios de su derecho; por consiguiente, oponerse á que la máquina vendida sea separada de la fábrica, y aun ponerla en posesión del vendedor para reemplazarla en el taller. No se debe olvidar que el acreedor tiene un derecho en la cosa y que el deudor, por un acto legítimo, quiere quitárselo; la justicia debe apoyar al que tiene un derecho contra el que viola este derecho. Solamente que la justicia no tiene el poder de hacerlo todo. Aquí hay una duda: el acreedor hipotecario no podría poner la máquina en posesión del tercero comprador; ¿por qué se permite embargarla cuando la tiene el vendedor? Es que los terceros no pueden invocar la posesión; las cosas aun están completas en el sentido de que no pueden restablecerse á su primer estado, y tal es el derecho estricto del acreedor. (1)

234. La aplicación de estos principios da lugar á una dificultad. Se supone que el propietario de una fábrica, que cuando la constitución de una hipoteca él mismo explotaba el fundo, la da en arrendamiento y vende al inquilino los objetos mobiliares inmobilizados por destino industrial. El inquilino ó arrendatario se convierte en propietario del material de explotación; ¿puede oponer su derecho de propiedad á los acreedores hipotecarios? En nuestro concepto nó. Los útiles del taller no están separados, con respecto á los terceros, por la venta hecha al arrendatario, porque sólo tiene efecto entre las partes. (2) Se objeta, y este es el mo-

1 Compáreso Pont, t. I, p. 439, núm. 419 y las autoridades que cita.
2 Aubry y Rau, t. III, ps. 428 y siguientes, y nota 11, ¡fo. 286.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tivo para dudar, que el arrendatario es posesor del material que sirve para explotar la fábrica; contestamos nosotros que si es posesor es sólo en virtud de la venta que se le ha convertido; los útiles no han sido sacados, el material nunca ha dejado de emplearse en las labores de la fábrica; si de inmueble por destino se ha convertido en mueble por la venta es sólo en virtud de una convención que no liga á los terceros. En la especie la posesión participa del carácter convencional de la propiedad; con respecto al vendedor el comprador posee, no posee con respecto á los acreedores; luego éstos conservan su derecho. Dicen que esto es sacrificar el comprador al acreedor hipotecario. Esto es verdad; los principios lo quieren y la equidad no es contraria porque el derecho de los acreedores hipotecarios era anterior y público; si lo perdían por una venta que ignoraban serían despojados sin haber podido resguardar sus intereses. (1)

Sucedería de otra manera si el material se hubiese vendido á un tercero y entregado al comprador. (2) Los acreedores hipotecarios pueden oponerse á la desocupación (número 227). Si no lo hacen no tienen acción contra los terceros adquirentes. Hay una sentencia contraria de la Corte de París. La Corte dió una acción al acreedor hipotecario contra el comprador; lo que supone que el derecho de hipoteca subsiste en los inmuebles mobilizados; y la naturaleza de las cosas y la ley no permiten que haya un derecho inmobiliar en los muebles. Es inútil insistir acerca de este punto renovando la crítica de Valette. (3) Lo que equivocó á la Corte es que parecía contrario á toda justicia que el deudor pudiera privar al acreedor del derecho que pertenecía á éste en los muebles inmobilizados. Sin duda el acreedor no puede ser despojado de una garantía bajo cuya

1 Compárese París, 3 de Abril 1875 (Dalloz, 1876, 2, 239), y Denegada, 20 de Diciembre de 1875 (Dalloz, 1876, 1, 343).
2 Aubry y Rau, t. III, p. 429, y nota 12, pfo. 286.
3 Valette, p. 225, 6. °, seguido por Pont, t. I, p. 401, núm. 376.



condición trató. Pero queda por saber contra quién tiene acción. No tiene ninguna contra el tercero posesor, puesto que su derecho hipotecario está extinguido. El tercero posesor no podría ser requerido sino en razón de un delito (núm. 226). La única acción que pertenece al acreedor hipotecario es la que le da el art. 79 (Código Civil, art. 2131) reembolsándole su crédito; esta garantía puede ser insuficiente, pero esto no es una razón para abrir al acreedor contra el adquirente una acción á la que se oponen todos los principios.

¿Si el precio se debiera aún tendría el acreedor una acción por este punto? Según los principios del Código Civil nó. En nuestra opinión el art. 45 sería aplicable á la venta de los inmuebles por destino (art. 230). Se puede invocar en favor del acreedor un argumento *a fortiori*. Si tiene derecho al precio cuando se trata de una venta de frutos, es decir, de objetos inmobiliares destinados á ser mobilizados, con más razón debe tener este derecho cuando se trata de objetos muebles que han sido inmobilizados con intención de perpetuidad. En este último caso se puede decir que la garantía hipotecaria del acreedor está disminuida por el hecho del deudor; es, pues, justo que la ley venga en su auxilio. El interés del tercer adquirente no está en causa, pues le importa poco pagar su precio al acreedor hipotecario ó al vendedor. El conflicto existe, pues, entre el acreedor hipotecario y los acreedores quirografarios, y en este conflicto la preferencia se debe al primero, puesto que tenía un derecho real en los objetos inmobilizados; por esto mismo los acreedores quirografarios no pudieron contar con el valor de los muebles inmobilizados; no están, pues, perjudicados si se atribuye al acreedor hipotecario el valor de un fruto de su prenda. El derecho en el precio sólo realiza la garantía hipotecaria por la parte del inmueble que fué mobilizada.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

*Num. 4. De los actos de administración.* (1)

235. ¿El propietario del inmueble hipotecado puede darlo en arrendamiento? Esta cuestión, muy controvertida bajo el imperio del Código Civil, está decidida por el art. 45 en los siguientes términos: «Los arrendamientos contratados de buena fe después de la constitución de la hipoteca serán también respetados; sin embargo, si fueron hechos para un plazo que exceda de nueve años la duración será reducida conforme al art. 1429.» Síguese de esto que los actos administrativos están regidos por el mismo principio que los actos de goce (núm. 227). El propietario conserva el derecho de administrar como conserva el de gozar; pero la administración, así como el goce, pudiera perjudicar á los acreedores hipotecarios, y desde que cualquier acto causa un perjuicio al acreedor el deudor no tiene derecho de hacerlo. Queda por precisar en cuáles casos los actos de administración que se refieren al inmueble hipotecado, es decir, los arrendamientos, son perjudiciales á los acreedores.

236. La ley sólo contesta á la cuestión para lo relativo á la duración de los arrendamientos; decide que el deudor no puede hacer más que arrendamientos por nueve años; esta es la duración ordinaria de los arrendamientos, y la ley quiere que los acreedores respeten las actas de administración ordinaria, á las que deben esperarse y en las que tienen interés, pues están interesados en que el fundo hipotecado esté dado en arrendamiento á un arrendatario cuidadoso y capaz; esto es para ellos una garantía de conservación. El art. 45 agrega, sin embargo, una condición: es que el arrendamiento esté hecho de buena fe. Un arrendamiento, aun para la duración ordinaria de nueve años, podría ser consentido en fraude de los acreedores, en víspera, por ejemplo, de la acción que tienen intentada; todo arrendamiento en este caso les sería perjudicial, puesto que estorbaría la venta haciéndola menos ventajosa; y desde que un acto está hecho en fraude de los acreedores éstos pueden atacarlo. Pero no pueden promover más que por acción pauliana, lo que implica que el arrendatario debe ser cómplice del fraude.

1 Aubry y Rau, t. III, p. 429 y las sentencias que citan, nota 13, pfo. 286.



El propietario no puede hacer un arrendamiento que pase de nueve años; acabamos de dar la razón. Un arrendamiento largo no es un acto de administración ordinaria; los acreedores no deben esperarlo y están interesados en que no se haga. Es, pues, porque un arrendamiento á largo plazo es perjudicial á los acreedores por lo que la ley limita el derecho del propietario. Se da otra razón en una doctrina que vamos á encontrar y combatir. El arrendamiento que pasa de nueve años, se dice, es un acto de disposición, y el acreedor hipotecario, teniendo un derecho en la cosa, lo prosigue en manos de cualquier detentor; el adquirente no le puede oponer su derecho de propiedad, con más lugar el acreedor prevalecería al arrendatario. Esta doctrina está en oposición con los principios y diremos más adelante que no tiene apoyo en nuestra Ley Hipotecaria. El arrendamiento no es nunca un acto de disposición, puesto que no da al arrendatario más que un derecho de crédito; el dador no desmiembra, pues, la propiedad, la conserva en toda su plenitud. Sólo que hay incapaces ó administradores que sólo pueden consentir un arrendamiento de nueve años (artículo 1718) no porque un arrendamiento por más de nueve años es un acto de disposición sino porque un arrendamiento largo comprometería los intereses del propietario. Esto es, pues, una cuestión de perjuicio. Por esto es que la ley no anula los arrendamientos por más de nueve años que el propietario hace del inmueble hipotecado, sólo los reduce de modo que no sean perjudiciales á los acreedores. Los arrendamientos que pasan de nueve años se reducen á esta du-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ración; y esto concilia todos los intereses, el del propietario que conserva el derecho de goce y de administración y el de los acreedores hipotecarios que deben esperar un arrendamiento ordinario.

237. Los arrendamientos por más de nueve años son reducibles aunque hubieran sido transcriptos. No hay que confundir el arrendamiento hecho por el propietario posteriormente á la constitución de la hipoteca y los arrendamientos que se hacen antes que el inmueble esté hipotecado. Esta última hipótesis es la del art. 1.° de nuestra Ley Hipotecaria. La ley quiere que los arrendamientos que pasan de nueve años se transcriban para que puedan ser opuestos á los terceros adquirentes ó á los terceros acreedores que traten con el propietario del bien dado en arrendamiento; los terceros tienen que estar advertidos de la existencia de los arrendamientos á largo plazo. Es en su interés por lo que el legislador prescribió la publicidad de los arrendamientos por vía de la transcripción. Otra es la hipótesis del art. 45. No se trata ya de avisar á los terceros de lo que hará el propietario: hay acreedores hipotecarios inscriptos en el inmueble; ¿puede el deudor hacer arrendamientos en perjuicio de éstos? Tal es la cuestión que el art. 45 resuelve; mantiene los arrendamientos de nueve años, reduce los que pasan de esta duración; poco importa que estos largos arrendamientos estén publicados por la transcripción, la publicidad, en el caso, es indiferente; aunque transcriptos los arrendamientos no dejan de ser perjudiciales á los acreedores hipotecarios; éstos deben, pues, tener el derecho de pedir su reducción. La discusión de la Ley Hipotecaria no deja ninguna duda en este punto, como lo vamos á decir.

238. El art. 45 no prevee el caso en que el arrendamiento contiene recibo anticipado de renta. ¿Qué debe inducirse del silencio de la ley? En nuestro concepto debe concluirse que esta cláusula y, por consiguiente, el recibo pueden ser opuestos á los acreedores hipotecarios, á reserva de que éstos prueben que el deudor obró en fraude de sus derechos. En otras palabras, no habiendo sido previsto por la ley el caso de pagos anticipados queda bajo el imperio del derecho común. La cuestión ha sido decidida en sentido contrario por nuestra Corte de Casación (1) y los autores que han escrito sobre nuestra Ley Hipotecaria enseñan la misma doctrina. (2) Tenemos, pues, que detenernos en la dificultad y ver desde luego si es verdad que hay silencio de la ley; luego examinaremos cuál es el derecho común en esta materia.



La Corte de Casación dice que la cuestión está decidida por el art. 1.° de la Ley Hipotecaria combinado con el artículo 45. Según el art. 1.° los arrendamientos deben ser transcriptos cuando exceden de nueve años ó cuando contienen recibo por cuando menos de tres años de renta. De esto la Corte concluye que estas dos categorías de arrendamientos están asimiladas por la ley á actas translativas de propiedad, las que están solas en principio sujetas á la transcripción. Hacer un arrendamiento por más de nueve años ó uno que contenga, como en el caso, recibo por todas las rentas es hacer una acta de enajenación; y las actas de enajenación hechas por el deudor que tiene hipotecado el inmueble no pueden ser opuestas al acreedor hipotecario, quedando éste armado contra los terceros con su derecho de prosecución.

Contestamos el principio que sirve de punto de partida á la Corte de Casación; el arrendamiento no es nunca una acta de enajenación (núm. 236). Que el dador no enajena la propiedad ni un desmembramiento de ésta esto es eviden-

1 Denegada, 30 de Noviembre de 1854 (Pasicrisia, 1855, 1, 51). Hay una sentencia, en sentido contrario, del Tribunal de Lieja de 20 de Junio de 1854 (Jurisprudencia de los tribunales de Cloes y Bonjeán, t. IV, p. 18).

2 Martou, t. II, p. 116, núm. 117. Compárese Cloes, t. I, p. 38, núm. 65, y t. II, p. 84, núms. 1065 y siguientes.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

te, puesto que no transmite derecho real al arrendatario. El arrendamiento puede ser hecho por aquel que no es propietario: ¿Se dirá que, no obstante, este acto es una enajenación cuando el arrendamiento es por más de nueve años y contiene recibo por tres años de renta? Sería, pues, una enajenación hecha por el que no tiene propiedad de la cosa. Es inútil insistir en este punto porque la Corte de Casación no pudo decidir que un acto de administración es un acto de disposición. Por esto no formula el principio en términos absolutos; dice que el art. 1.° atribuye á los arrendamientos que exceden de nueve años y á los que contienen recibo por tres años de renta cuando menos el *carácter de la enajenación*, y que es por este motivo por lo que los somete, *así como á las actas translativas de derechos*, á la formalidad de la transcripción. La fórmula es singular: el lenguaje es incorrecto y el pensamiento nos parece tan incorrecto como la expresión. ¿Qué es un acto que tiene el carácter de *una enajenación*? ¿Significa esto que el arrendamiento por más de nueve años ó el que contiene recibo por tres años de renta no son actos de enajenación, pero que la ley los considera, no obstante, como tales? Esto sería una ficción y las ficciones son de estricta interpretación; de modo que todo cuanto podía inducirse del art. 1.° es que en materia de transcripción la ley pone los arrendamientos en la misma línea que las actas translativas de propiedad inmobiliar. Pero esta asimilación no podría ser extendida á casos en que no se trata de transcripción, y tal es el caso previsto por el art. 45; los arrendamientos, aunque transcriptos, no pueden ser opuestos á los acreedores hipotecarios cuando exceden de nueve años; luego la transcripción debe ser apartada y, por consiguiente, el art. 1.° de la ley no puede ser invocado para interpretar el art. 45.

Del principio de que el art. 1.° atribuye á ciertos arrendamientos el *carácter de enajenación* la Corte concluye que el



acreedor hipotecario puede ejercer contra el arrendatario el derecho de prosecución. La consecuencia nos parece tan atrevida como el principio. ¿Qué es en efecto el derecho de prosecución? Este derecho se ejerce contra los terceros tenedores del inmueble hipotecado. ¿Quiénes son los terceros detentores? Basta le rel capítulo VI que trata del derecho de prosecución para convencerse de que se trata de un tercer adquirente; es decir, de un tercero propietario: basta citar el art. 105 (Código Civil, art. 2117). Para que el acreedor hipotecario pueda prevalecerse contra el arrendatario de su derecho de prosecución se necesitaría, pues, que el arrendatario fuera propietario; se necesitaría que la expropiación fuera proseguida contra el arrendatario; sería necesario que el arrendatario tuviera el derecho de abandonar ó de pagar para exceptuarse de la expropiación; y todas estas consecuencias, que derivan del principio admitido por la Corte Suprema, son puramente imaginarias. La expropiación se prosigue contra el arrendatario, no contra el dador; es decir, contra el deudor propietario del inmueble; no hay tercero detentor en el caso porque el arrendatario no detiene el inmueble como propietario, sólo tiene la detención como poseedor precario, en nombre del dador, por el que posee. Y donde no hay tercero detentor no puede tratarse del derecho de persecución. La teoría de la Corte es una doctrina imaginaria, como las bases en que descansa.

239. Bien comprendemos el motivo que condujo á la Corte á imaginar la teoría que ha consagrado. El deudor que ha hipotecado un inmueble permanece, en verdad, propietario, pero no puede hacer ya nada que perjudique al acreedor hipotecario. Y los arrendamientos á largo plazo serían perjudiciales al acreedor; por esto es que la ley los reduce á una duración de nueve años. Pero los arrendamientos que contienen recibos por tres años de rentas son tan perjudiciales al acreedor; no debe, pues, permitir al deudor el que

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

se le paguen las rentas por anticipación; es necesario un límite; la Corte lo buscó en el art. 1.° y para encontrarlo hubo de disponer, desde luego, que los arrendamientos por más de nueve años son actas translativas de propiedad, y luego hubo de asimilar á una acta translativa de propiedad el arrendamiento que contiene recibo de rentas anticipadas cuando menos por tres años. Esta argumentación, en nuestro concepto, es contraria á los principios tal cual fueron interpretadas por los autores de la Ley Hipotecaria.

El art. 45 previó las actas que el deudor puede ó no puede hacer después de haber hipotecado el inmueble. Entre estas actas hay una que atormentaba á los intérpretes bajo el imperio del Código Civil. ¿Tiene el derecho de hacer arrendamientos á largos plazos? ¿Tiene el derecho de recibir rentas anticipadas? El Código Napoleónico no contenía ninguna disposición á este respecto y, como siempre, el silencio de la ley engendraba controversias sin fin. Llamado á hacer una nueva ley el legislador belga tuvo que hacer para la cuestión de los arrendamientos lo que había hecho para todas las dificultades que se habían presentado bajo el imperio de la ley antigua. Esto es lo que hizo; decide la cuestión de los arrendamientos á largos plazos declarándolos reductibles. La nueva ley no decide nada de los arrendamientos que contienen recibos anticipados. ¿Cuál es la razón de este silencio? ¿Es un olvido? No fuera concebible; ¿se comprende que el legislador, queriendo zanjar una dificultad que había dado lugar á tantas controversias, la zanjase á medias olvidándose de la otra mitad? ¿Si no hay olvido debe decirse que el legislador no quiso decidir la dificultad ó que la decidió implícitamente por el art. 1.°? Esta última suposición es la de la Corte de Casación; la creemos inadmisible.

Hay una primera razón para desechar esta interpretación. Si era inútil decidir que un arrendamiento conteniendo recibos anticipados es una acta de disposición que no puede ser opuesta al acreedor hipotecario con más razón era inútil decirlo de los arrendamientos que exceden de nueve años. Dicimos *con más razón*. En efecto, se concibe que un arrendamiento á plazo largo esté asimilado á una acta de disposición, puesto que hay artículos del Código que no permiten á un simple administrador consentir arrendamientos por más de nueve años; pero no hay una sola disposición de que pueda inducirse que un arrendamiento con pagos anticipados sea una acta de enajenación. Hubiera sido muy útil, mejor dicho, necesario, que el legislador se explicara acerca de estos arrendamientos, puesto que juzgaba necesario ó útil explicarse acerca de los que el deudor tenía el derecho de hacer. Guardó silencio acerca de los arrendamientos que contienen recibos anticipados, mientras que habló de los arrendamientos á plazo largo. Preguntamos de nuevo: ¿cuál es la razón de este silencio? La explicación que la Corte ha dado nada explica; hay que buscar otra y es fácil encontrarla, pues que se encuentra en todas letras en las discusiones de la Cámara de Representantes.



240. La discusión confirma plenamente la interpretación que hemos dado á los arts. 1 y 45 y está en oposición abierta con lo que la Corte de Casación ha consagrado. En la sesión del 30 de Enero de 1851 M. Jullién llamó la atención del Ministro de Justicia acerca de los arrendamientos que hiciera el propietario del inmueble hipotecado en perjuicio de los acreedores hipotecarios: creía que debía someter estos arrendamientos á la prescripción prescripta por el artículo 1.° Esto era un error de derecho y de teoría. M. Leliévre, el Relator de la comisión, restableció los verdaderos principios en lo que se refiere á la cuestión de derecho; y en esta ocasión dijo enteramente lo que hemos dicho: que no hay nada común entre el art. 1.° y el art. 45. ¿Cuál es el objeto de la transcripción ordenada por el art. 1.° en lo

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

relativo á los arrendamientos? Es, dice, informar de la existencia de estos arrendamientos á los terceros que tratan posteriormente con el propietario. *En cuanto á los acreedores anteriores la ley no se ocupa de ellos;* sus derechos quedan, por tanto, *sometidos á la ley común.* M. Tesch, el Ministro de Justicia, fué aun más explícito contestando á la cuestión de teoría suscitada por M. Jullién: «*No cambiamos absolutamente nada,* dijo, *á los principios existentes.* Esto es más bien una cuestión de hecho que una cuestión de derecho. Si hay fraude el acreedor sacará el arrendamiento.» El Ministro agregaba que era peligroso cambiar la legislación en materia de arrendamientos apropósito de una ley hipotecaria. Mejor era atenerse al derecho común.

M. Jullién, como se lo aconsejó el Ministro, propuso el día siguiente una reforma que zanjaba terminantemente la cuestión de los pagos anticipados, disponiendo que estos pagos no serían en ningún caso de oponerse á los acreedores anteriores. La comisión á la que esta proposición fué enviada la desechó por razón de que no dejaría de haber inconvenientes en anular de un modo general y sin ninguna reserva todo pago hecho por anticipación. Esto entraba en el orden de ideas desarrollado por el Ministro de Justicia: No decidir en derecho una cuestión que era de derecho y mantener en consecuencia el derecho común. (1)

La comisión del Senado se ocupó igualmente de los pagos anticipados y se adhirió á la opinión emitida por el Ministro de Justicia. «No hay que tomar medidas, dijo. Si los pagos anticipados fueron hechos de buena fe deben ser respetados; no hay fraude, la acción queda abierta para el acreedor.» (2)

Esta es la aplicación oficial del silencio que el art. 45

1 Sesiones de 30 y 31 de Enero y 1.° de Febrero de 1851 (Parent, ps. 204 y siguientes).
2 D'Anethán, informe [Parent, p. 414].



guarda en lo relativo á los pagos anticipados. Si el legislador no habló es porque quiso atenerse al derecho común; y éste, tal como lo entiende, no es el art. 1.°, es el derecho existente en el momento en que la Ley Hipotecaria fué discutida; es decir, el Código Civil. La Corte de Casación no dice nada de los trabajos preparatorios; la requisitoria del Procurador General nos dará la razón de esto. «Las discusiones, dice M. Leclercq, no son leyes; si ilustran su significado no puede serles contrario, y entre ellas y la ley la elección no es dudosa: la ley tiene que prevalecer.» Nada es tan verdadero; pero esto supone que la ley está clara y que los que contribuyeron á hacerla la han comprendido mal. Y el sentido que la Corte de Casación da á los arts. 1 y 45 todo es menos que evidente; este es, pues, el caso de recurrir á las discusiones para saber lo que el legislador quiso decir. ¿Es verdad que los debates de la Cámara de Diputados y del Senado son tan poco probantes como lo dice el Procurador General? La cuestión está en saber si los pagos anticipados están regidos por los arts. 1 y 45 de la Ley Hipotecaria; en otras palabras, porque el art. 45 nada dice de los recibos anticipados cuando zanja la dificultad de los arrendamientos á plazo largo. En este punto hay más que discusiones, más que discursos é informes: hay un cambio propuesto, examinado por la comisión y desechado por la Cámara. ¿Por qué lo desechó? ¿Y por qué la comisión del Senado fué de opinión que debía mantenerse el dictamen y no decir nada en la ley de los pagos anticipados? A esta pregunta sólo hay una contestación: la dió el Ministro de Justicia y la confirmaron los relatores de las cámaras de los Diputados y del Senado. Hay, pues, dos decisiones de ambas cámaras. ¿Se dirá que se han equivocado; que la cuestión, que según el Ministro permanecía bajo el imperio del derecho común, estaba decidida en otro sentido en el artículo 1.° de la ley? Esto equivale á decir no que tal orador

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

interpretó mal la ley sino que las cámaras, al desechar la reforma de M. Jullién, no supieron lo que hacían. Nos es imposible desconocer á tal punto la autoridad que se liga al voto del Cuerpo Legislativo y á la discusión que precedió este voto. Nuestra conclusión será del todo contraria: es la Corte de Casación la que da una falsa interpretación al artículo 1.° Cuando menos se convendrá en que la ley no está tan clara como lo dice la Corte; desde luego los trabajos preparatorios tienen su importancia, sobre todo cuando tienen la precisión de los debates que acabamos de analizar.

241. No queremos dejar ningún elemento de una controversia en la que nos vemos obligados á tomar parte contra la Corte de Casación. En apoyo de la interpretación que ésta da al art. 1.° de la Ley Hipotecaria invoca el art. 25 de la ley de 5 de Agosto de 1854 acerca de la expropiación forzada. Esta disposición dice así: «Los arrendamientos que no tienen fecha cierta antes de la transcripción de la notificación de embargo *podrán, según las circunstancias, ser anulados* si el acreedor ó el adjudicatario lo piden. *Son nulos* los arrendamientos consentidos por el embargado después de la transcripción del mandamiento ó de la notificación de embargo aun no transcripto; son igualmente *nulos* si exceden de nueve años ó contienen recibo de tres años de renta cuando menos.» Esta ley, se dice, aplica al embargo el principio del art. 1.° de la Ley Hipotecaria tal como la Corte de Casación lo interpreta; confirma, pues, esta interpretación. Supongamos que esto sea exacto: ¿qué resulta de ello? Es que el legislador de 1854 encontró bueno asimilar los arrendamientos con recibo anticipado á los que exceden de nueve años. ¿Pero prueba esto que el legislador de 1851 hizo lo mismo cuando lo contrario resulta del silencio del art. 45 y de los motivos que ambas cámaras han dado de dicho silencio? Interpretar una ley por otra es ya muy azaroso; este modo de interpretación conduce á un error seguro



cuando ambas leyes difieren en su texto y su espíritu. El art. 45 de la ley de 1851 supone un arrendamiento hecho por un propietario que goza de la plenitud de sus derechos, sólo que no puede hacer actas que perjudiquen á sus acreedores hipotecarios; esta es la consideración que hacía valer el Ministro de Justicia cuando combatía la proposición de M. Jullién, quien despojaba de un modo absoluto al propietario del derecho de hacer arrendamientos con pagos anticipados. La ley de 1854 prevee una hipótesis enteramente distinta; el propietario consiente un arrendamiento cuando está amenazado de embargo; el arrendamiento pasa de las condiciones ordinarias; excede de nueve años ó contiene recibo de tres años de renta cuando menos; hacer un arrendamiento exorbitante del derecho común cuando el inmueble arrendado viene á ser expropiado es necesariamente un acto fraudulento; por esto la ley lo anula. Lo anula, decimos, no lo reduce, como lo hace el art. 45 de la Ley Hipotecaria. La diferencia es radical y prueba que se hace mal en prevalecerse de la ley de 1854 para interpretar la de 1851. (1)

242. Si, como lo creemos, el art. 1.° de la ley de 1851 es extraño al art. 45 queda por ver cuál será el efecto del arrendamiento conteniendo recibo anticipado de rentas por vencer. Se dijo en la discusión que está regido por el derecho común. ¿Cuál es este derecho común? La comisión del Senado, de acuerdo en este punto con el Ministro de Justicia, contesta que se deben respetar los pagos anticipados hechos de buena fe, mientras que los acreedores pueden atacarlos si fueron hechos en fraude de sus derechos (art. 240). ¿Quiere decir esto que los acreedores tienen que

1 Compárese Waelbroeck, Comentario de la ley de 15 de Agosto de 1854 sobre la expropiación forzada (t. II, p. 241, núm. 8 del art. 25). El autor dice muy bien y prueba que el art. 25 no está en harmonía con el art. 1.° de la Ley Hipotecaria.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

promover la acción pauliana que el art. 1167 les concede contra todas las actas fraudulentas? Dudamos que tal sea la mente del Relator y del Ministro; no hablan de la acción pauliana, y en realidad el propietario que da en arrendamiento un bien hipotecado no está en la situación que prevee el art. 1167. La acción pauliana supone un deudor que goza de la plenitud de sus derechos; puede enajenar, dar en arrendamiento por 99 años, pero su derecho no llega hasta el fraude; si hace una acta fraudulenta para sus acreedores éstos pueden atacarla, pero tienen que probar que los terceros que tratan con el deudor son cómplices del fraude. El propietario que hipotecó su inmueble no se encuentra en esta situación; ya no tiene la plena propiedad del fundo, sólo tiene una propiedad desmembrada, y lo está en interés del acreedor hipotecario; lo que quiere decir que nada puede hacer que perjudique á éste comprometiendo el ejercicio de su derecho. ¿Cuáles son los actos que atacan los derechos de los acreedores? La ley no lo dice, se limita á dar ejemplos. Las aplicaciones nos dan á conocer el principio que sigue el legislador. Así el deudor puede hacer cortes de leña ordinarios según los usos del lugar; los hipotecarios tienen que respetar estos actos porque el deudor está en su derecho; pero deja de estar en su derecho si obra de mala fe; es decir, en fraude de sus acreedores; en este caso se aplica el art. 1167. Pero si el deudor hace cortes extraordinarios, aunque de buena fe, los acreedores no están obligados á respetarlos; la ley no permite al deudor hacerlos porque son actos esencialmente perjudiciales á los acreedores. El artículo 45 aplica el mismo principio á los arrendamientos: en los límite de nueve años el arrendamiento es un acto ordinario de administración, luego el deudor puede hacerlo, pero sobrepasa su derecho cuando obra en fraude de sus acreedores; en este caso se entra en el art. 1167. En cuanto á los arrendamientos que exceden de nueve años el



deudor no los puede hacer porque son necesariamente perjudiciales á los acreedores hipotecarios.

El derecho común para el deudor gravado de hipotecas es, pues, este: puede hacer actos ordinarios de goce y de administración, á no ser que obre en fraude de sus acreedores; en este caso se aplica el art. 1167. No puede hacer actos que sobrepasen lo que los propietarios tienen uso de hacer; aunque sean de buena fe estos actos no pueden ser opuestos á los acreedores hipotecarios porque les son esencialmente perjudiciales; los acreedores podrán atacarlos sin estar obligados á probar el fraude; basta que prueben que el acto compromete su derecho hipotecario, pues el deudor no puede hacer nada que perjudique los derechos que él mismo ha concedido á sus acreedores. Esto es el derecho común que rige los actos hechos por el deudor gravado de hipotecas. Este principio es el que debe recibir su aplicación á los arrendamientos con pago anticipado. Pero aquí encontramos una dificultad en el silencio de la ley; ésta no dice, como para la duración de los arrendamientos, que el deudor no puede recibir un pago anticipado por más de tres años; el legislador no quiso limitar, dijo que esto era una cuestión de hecho abandonado á la apreciación del juez. Este tendría, pues, que aplicar el principio de que el deudor no puede hacer nada que perjudique el derecho hipotecario del acreedor. Para decidir si estos derechos están atacados tendrá en cuenta lo que es de uso hacer en materia de pagos anticipados. Supongamos que esté de uso que el propietario de un bien rural se mande pagar adelantado uno ó dos años y aun tres de rentas; el juez decidirá, por vía de analogía, que el deudor obró dentro del límite de sus derechos; los acreedores no podrán quejarse más que si prueban que la convención es fraudulenta. Pero si consta que el deudor ha recibido todas las rentas anticipadamente los acreedores podrán atacar este acto sin tener que probar el

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

fraude; bastará que establezcan que el acto les es perjudicial. Pero tendrán que probar el perjuicio; mientras que en los casos poevistos por el art. 45 no tienen nada que probar, la ley establece una presunción de perjuicio: todo arrendamiento excediendo de nueve años se presume perjudicial. No sucede lo mismo con los arrendamientos con rentas anticipadas no previstos por la ley, no puede decirse que haya presunción de perjuicio.

Nuestra opinión se acerca, en sus resultados, á la doctrina consagrada por la Corte de Casación. Pero decidimos la cuestión de hecho como lo dijo el Ministro de Justicia, mientras que la Corte decide la cuestión en derecho dando al art. 1.° de la La Hipotecaria un sentido muy problemático. Nuestra opinión se acerca también á la sentencia de la Suprema Corte en lo que ésta pone la prueba á cargo de los acreedores; tienen que probar que el deudor ha excedido su derecho sobrepasando lo que es de uso hacer. Tienen también que probar que el acto del deudor les causa un perjuicio; esto nos parece muy lógico Se encuentran frente de un propietario cuyo derecho está desmembrado, sólo en el sentido de que no pierde ninguno el derecho hipotecario de sus acreedores; si éstos atacan uno de estos actos tienen que probar el perjuicio que les causa el acto.

## *SECCION III.—De las hipotecas legales.* (1)

### *ARTICULO 1.—Nociones generales.*

#### § I.—Cuáles hipotecas son legales.

243. El art. 47 (Código Civil, art. 2121) enumera los *derechos* y *créditos* á los que se atribuye una hipoteca legal. Al disponer que esta hipoteca está atribuida á ciertos créditos

1 Beckers, De las hipotecas legales de los menores y de las mujeres casadas, 1 vol. en 8.° (Bruselas, 1854).



la ley parece decir que el derecho de preferencia les está ligado por razón de la calidad del crédito, como el art. 32 (Código Civil, art. 2095) lo dice de los privilegios. Esto no es exacto. El privilegio, en verdad, tiene su razón de ser en el favor que el crédito merece para el legislador; no pasa lo mismo con la hipoteca legal; está ligada á un crédito ordinario, á una acción de responsabilidad, á compensación, derechos todos que en nada difieren de los derechos generales. El crédito garantizado por la hipoteca legal no tiene nada que la distinga de todos los demás créditos; si el legislador le da de plano una hipoteca es porque el acreedor merece que la ley intervenga en su favor. En efecto, todos aquellos á quienes la ley concede una hipoteca legal son incapaces, ya á consecuencia de una incapacidad de ley, ya por incapacidad natural; no pudiendo vigilar sus intereses por sí el legislador tuvo que hacerlo, pues su deber es proteger á los incapaces.

244. El art. 47 coloca en primera línea á las mujeres casadas que tienen una hipoteca legal en los bienes de sus maridos por sus derechos de créditos. Según el art. 1124 la mujer casada es incapaz para contratar; es, pues, incapaz para estipular una hipoteca para garantía de sus derechos. Es verdad que esta incapacidad no es absoluta, es de ley; todo cuanto resulta es que la mujer no puede hacer ningún acto jurídico sin autorización de su marido ó de la justicia. Pero la necesidad de esta autorización constituye precisamente su incapacidad cuando se trata de estipular seguridades contra su marido. Fué, pues, necesario que la ley interviniera y concediera á la mujer, de plano y sin ninguna estipulación, la garantía hipotecaria que legalmente es incapaz de exigir de su marido. ¿Se dirá que á la negativa del marido la mujer puede ocurrir á la justicia? Este recurso, ya muy difícil cuando el marido no está en causa, se hace moralmente imposible cuando el acto es una medi-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

fraude; bastará que establezcan que el acto les es perjudicial. Pero tendrán que probar el perjuicio; mientras que en los casos poevistos por el art. 45 no tienen nada que probar, la ley establece una presunción de perjuicio: todo arrendamiento excediendo de nueve años se presume perjudicial. No sucede lo mismo con los arrendamientos con rentas anticipadas no previstos por la ley, no puede decirse que haya presunción de perjuicio.

Nuestra opinión se acerca, en sus resultados, á la doctrina consagrada por la Corte de Casación. Pero decidimos la cuestión de hecho como lo dijo el Ministro de Justicia, mientras que la Corte decide la cuestión en derecho dando al art. 1.° de la La Hipotecaria un sentido muy problemático. Nuestra opinión se acerca también á la sentencia de la Suprema Corte en lo que ésta pone la prueba á cargo de los acreedores; tienen que probar que el deudor ha excedido su derecho sobrepasando lo que es de uso hacer. Tienen también que probar que el acto del deudor les causa un perjuicio; esto nos parece muy lógico Se encuentran frente de un propietario cuyo derecho está desmembrado, sólo en el sentido de que no pierde ninguno el derecho hipotecario de sus acreedores; si éstos atacan uno de estos actos tienen que probar el perjuicio que les causa el acto.

## *SECCION III.—De las hipotecas legales.* (1)

### *ARTICULO 1.—Nociones generales.*

#### § I.—Cuáles hipotecas son legales.

243. El art. 47 (Código Civil, art. 2121) enumera los *derechos* y *créditos* á los que se atribuye una hipoteca legal. Al disponer que esta hipoteca está atribuida á ciertos créditos

1 Beckers, De las hipotecas legales de los menores y de las mujeres casadas, 1 vol. en 8.° (Bruselas, 1854).



la ley parece decir que el derecho de preferencia les está ligado por razón de la calidad del crédito, como el art. 32 (Código Civil, art. 2095) lo dice de los privilegios. Esto no es exacto. El privilegio, en verdad, tiene su razón de ser en el favor que el crédito merece para el legislador; no pasa lo mismo con la hipoteca legal; está ligada á un crédito ordinario, á una acción de responsabilidad, á compensación, derechos todos que en nada difieren de los derechos generales. El crédito garantizado por la hipoteca legal no tiene nada que la distinga de todos los demás créditos; si el legislador le da de plano una hipoteca es porque el acreedor merece que la ley intervenga en su favor. En efecto, todos aquellos á quienes la ley concede una hipoteca legal son incapaces, ya á consecuencia de una incapacidad de ley, ya por incapacidad natural; no pudiendo vigilar sus intereses por sí el legislador tuvo que hacerlo, pues su deber es proteger á los incapaces.

244. El art. 47 coloca en primera línea á las mujeres casadas que tienen una hipoteca legal en los bienes de sus maridos por sus derechos de créditos. Según el art. 1124 la mujer casada es incapaz para contratar; es, pues, incapaz para estipular una hipoteca para garantía de sus derechos. Es verdad que esta incapacidad no es absoluta, es de ley; todo cuanto resulta es que la mujer no puede hacer ningún acto jurídico sin autorización de su marido ó de la justicia. Pero la necesidad de esta autorización constituye precisamente su incapacidad cuando se trata de estipular seguridades contra su marido. Fué, pues, necesario que la ley interviniera y concediera á la mujer, de plano y sin ninguna estipulación, la garantía hipotecaria que legalmente es incapaz de exigir de su marido. ¿Se dirá que á la negativa del marido la mujer puede ocurrir á la justicia? Este recurso, ya muy difícil cuando el marido no está en causa, se hace moralmente imposible cuando el acto es una medi-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

da de desconfianza contra el marido: la ley no puede exigir que la mujer tome la iniciativa de un acto que llevaría la discordia á las relaciones en que debe reinar la más perfecta harmonía.

La incapacidad de la mujer sólo existe á partir del matrimonio; explica la intervención de la ley en su favor cuando se trata de derechos que nacen durante el matrimonio en favor de la mujer contra el marido. Pero la mujer tiene también una hipoteca legal para la seguridad de su dote y de sus convenciones matrimoniales; es decir, para derechos que nacen antes del matrimonio, convenciones expresas ó tácitas que los futuros esposos hacen relativamente á su patrimonio. Antes de su matrimonio la mujer no es incapaz; si es mayor de edad tiene la misma capacidad que el hombre; si es menor tiene un representante legal y un protector en sus padres ó en su tutor; en todo caso no se encuentra bajo la dependencia de su marido. ¿Por qué, pues, interviene el legislador en su favor para darle de plano garantías que está libre de estipular? Si no hay incapacidad legal hay una incapacidad moral que la ley hubo de tener en cuenta. No hablemos de la ignorancia de la joven que se casa; esto es, sin embargo, un hecho que deberá tomarse en consideración, puesto que en las clases acomodadas ó ricas se se educa á la mujer en una ignorancia casi absoluta; el legislador que por culpable indiferencia es cómplice de la ignorancia en que vegeta la virtud del género humano ¿puede presumir capaces á niños que ni siquiera saben que tienen derechos? Y suponiendo que la futura sepa que tiene derechos que resguardar no pensará seguramente en ellos en el momento en que une su destino al del hombre á que ama. La misma familia se detendrá ante este testimonio de desconfianza, porque la unión que desea podría romperse, considerando el futuro toda señal de desconfianza como una injuria. Así antes del matrimonio hay incapacidad moral



para la mujer en garantizar sus intereses estipulando una hipoteca; el legislador tuvo que hacerlo por ella.

245. Los menores é interdictos tienen una hipoteca legal para sus derechos y créditos en los bienes de su tutor (art. 47; Código Civil, art. 2121). Estos son los incapaces por excelencia, unos por su edad y otros á consecuencia de la enfermedad que les quita el uso de la razón. Suponemos que la interdicción está pronunciada por el juez cuando una persona se encuentra en un estado habitual de imbecilidad, de demencia ó de furor (art. 485). Además de esta interdicción había, según el Código Penal de 1810, una interdicción legal que recaía en la persona condenada á ciertas penas, incapacidad igual á la interdicción judicial, y, por consiguiente, daba lugar en su favor á la hipoteca legal. (1) Hemos dicho en otro lugar que conforme á la legislación belga el condenado sólo está interdicto en sus derechos civiles y políticos; (2) quedando la gestión de sus bienes sometida á las disposiciones del Código Civil relativas á las tutelas de los interdictos (art. 23, Código Penal) es necesario decidir que el condenado interdicto tiene una hipoteca legal.

246. La mayor parte de los dementes no están interdictos; se les pone en un hospicio ó en una casa de salud, y en virtud de la ley de 8 de Junio de 1856 se les nombra un administrador provisional cuyas funciones son análogas á las del tutor. Según el art. 47 las personas colocadas en un establecimiento de dementes tienen una hipoteca legal en los bienes de su administrador por sus derechos y créditos. Esto es una hipoteca idéntica á la del interdicto, sólo que acaba sin que haya sentencia, como se necesita una para que la interdicción esté levantada. Transladamos á lo dicho acerca del régimen de los dementes colocados al apéndice del título *De la Tutela*.

1 Martou, Comentario, t. II, núm. 754.
2 T. V, núm. 246.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

247. El Estado, las provincias, los municipios, los establecimientos públicos, tienen una hipoteca legal en los bienes de los receptores y administradores contadores para los créditos que pueden tener contra ellos por razón de su gerencia (art. 47; Código Civil, art. 2121). Se trata de personas civiles públicas; es decir, establecidas por la ley para un servicio público, por razón de los que están investidas con ciertos derechos que les son necesarios para cumplir su misión. Con este título tienen bienes cuya gerencia está confiada á contadores; importa á la sociedad que las personas civiles tengan una garantía contra los que manejan el dinero destinado al servicio público; y como las personas civiles sólo tienen una existencia ficticia la ley hubo de vigilar sus intereses concediéndoles una hipoteca de plano.

248. Tales son las hipotecas legales enumeradas por el art. 47 (Código Civil, art. 2121). La enumeración no es completa. En principio sólo hay hipoteca legal en virtud de un texto terminante de la ley; debe decirse de las hipotecas legales lo que hemos dicho de los privilegios. Las partes interesadas no pueden crear hipotecas legales, así como no pueden crear privilegios. (1) Tampoco pueden derogar la ley que las establece, excepto cuando el legislador les da este derecho. Síguese de esto que son de estrecha interpretación, así como los privilegios, (2) y por identidad de razones. Extender las hipotecas legales por vía de analogía sólo el legislador tiene este derecho. La Corte de Bruselas ha hecho aplicación de este principio á un caso cuya decisión era de tal modo evidente que sorprende que lo hayan llevado ante los tribunales. Unos acreedores de una sucesión beneficiaria reclamaban una hipoteca en los bienes de los que la administraban, ya sea como herederos beneficiarios, ya como curadores. La Corte contesta que sólo hay

1 Véase el t. XXIX de estos Principios, núm. 306.
2 Véase el t. XXIX de estos Principios, núm. 317.



tres clases de hipotecas (bajo el imperio del Código Civil): la hipoteca legal, la hipoteca judicial y la hipoteca convencional; y los apelantes no producían título ni sentencia ni ley; su pretensión no tenía, pues, ningún fundamento. (1)

No se debe concluir de esto que no hay otras hipotecas legales más que las establecidas por el art. 47 (Código Civil, art. 2121). Se necesita una ley para que haya hipoteca legal, pero no es necesario que esta ley sea una Ley Hipotecaria. El art. 11 (Código Civil, art. 2120) translada á leyes especiales lo que es relativo á los privilegios marítimos. Este translado es de derecho para todas las causas de preferencia que puedan resultar de leyes particulares, siempre que no estén abrogadas por el Código Civil ó por la ley belga. Ya hemos encontrado hipotecas legales establecidas en interés del fisco al tratar de los privilegios que resultan de leyes especiales (núms. 146 y siguientes); nos falta mencionar las que no estén comprendidas en la enumeración del art. 47.

249. Hay hipotecas legales consagradas por la Ley Hipotecaria, aunque la ley no les dé este nombre. Son los privilegios que degeneran en hipotecas.

Cuando el vendedor, el copermutante, el donante y los copartícipes dispensan al conservador de la obligación de tomar inscripción de oficio el privilegio se extingue y degenera en hipoteca (art. 36). Esta hipoteca es legal, puesto que resulta de una ley; en efecto, el privilegio es una hipoteca privilegiada, y esta hipoteca es legal, puesto que la ley es la que crea los privilegios; luego cuando esta hipoteca legal que se llama privilegio pierde su calidad de privilegio le queda la de hipoteca establecida por la ley. Lo mismo pasa, y por identidad de razones, cuando la inscripción de ofi-

1 Bruselas, 5 de Febrero de 1831 (Pasicrisia, 1831, p. 18).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cio no ha sido renovada en los quince años; el privilegio se extingue, pero queda una hipoteca legal (art. 37).

El privilegio del arquitecto degenera también en hipoteca legal cuando la segunda acta no fué inscripta en la quincena después de recibidas las obras (art. 38).

Estas hipotecas deben ser inscriptas y no tienen lugar sino á partir de la inscripción. Transladamos á lo que fué dicho más atrás.

250. El art. 1017 dice que los herederos del testador y otros deudores de legados están obligados hipotecariamente por el todo hasta concurrencia del valor de los inmuebles de la sucesión de la que son detentores. La mayor parte de los autores enseñan que esta disposición establece una hipoteca legal en favor de los legatarios, y la jurisprudencia está en el mismo sentido. Se pregunta si esta hipoteca existe aún bajo el imperio de nuestra nueva ley. La cuestión está controvertida. Volveremos á ello al tratar de la hipoteca testamentaria establecida por la ley belga.

251. La mayor parte de los autores admiten también que los acreedores de un comerciante quebrado tienen una hipoteca legal en sus bienes, pero enseñan que esta hipoteca difiere esencialmente de las verdaderas hipotecas legales establecidas por el art. 47 (Código Civil, art. 2121). (1) Dejamos anulada la cuestión, puesto que tiene que ser decidida por los principios del derecho mercantil.

252. La hipoteca legal da lugar á dos cuestiones que se han confundido amenudo y que importa distinguir con el fin de evitar la confusión en una materia tan difícil. ¿Se pregunta desde luego si la hipoteca legal es un derecho civil en el sentido estricto de la palabra? Bajo el imperio del Código Napoleón la cuestión estaba controvertida; la mayor parte de los autores enseñaban que la hipoteca legal, siendo

1 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. III, ps. 203 y siguientes, notas 11 á 16.



una creación de la ley, había que considerarla como un derecho civil propio de los ciudadanos del país cuya legislación crea la hipoteca. (1) La jurisprudencia estaba en este sentido. Se decidía en consecuencia que el menor y el interdicto extranjeros no tenían hipoteca legal en los bienes de sus tutores situados en Francia, aunque el tutor fuera francés y que la tutela hubiera sido deferida en Francia. Asímismo se decía que la mujer extranjera no tenía hipoteca legal en los bienes de su marido situados en Francia aunque fuera de origen francés y que el matrimonio se hubiera celebrado en Francia.

La ley belga se pronunció en favor de la opinión contraria y el art. 2 adicional dice así: «El menor extranjero, aunque la tutela hubiera sido deferida en país extranjero, tendría hipoteca legal en los bienes de su tutor situados en Bélgica, en el caso y de conformidad con las disposiciones enunciadas en el § 1°, sec. 1ª, cap. III de la presente ley.» Esto es decir que el menor extranjero está asimilado al menor belga; está naturalmente sometido á las condiciones prescript s por la ley de 1851 en lo que se refiere á la especialidad y la publicidad.

«Igualmente la mujer extranjera, aun casada en país extranjero, tendria hipoteca legal en los bienes de su marido situados en Bélgica, en el caso y de conformidad con el § 2, sec. 1ª, cap. III de la presente ley.» Esto es decir que la mujer extranjera está asimilada á la belga en cuanto á los derechos y, por tanto, en cuanto á las condiciones que la ley de 1851 prescribe para el ejercicio de estos derechos está, pues, obligada á especificar su hipoteca y hacerla pública.

La ley belga deroga el principio de los derechos civiles, tal

1 Aubry y Rau, t. III, p. 200, notas 1 y 2, pfo. 264. Algunos autores se han pronunciado por la opinión contraria [Valette, p. 275 y los autores que cita, página 278, nota 2].

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

como los autores del Código Napoleón lo habían establecido (art. 11) y volvió á la verdadera doctrina. Ya hemos dicho que la distinción de los derechos en civiles y naturales es falsa (tomo I, núms. 422 y 423); todo derecho es natural, puesto que la naturaleza que nos da una misión debe también darnos los derechos que son necesarios para cumplirla. ¿Qué importa que haya derechos que la ley crea en el sentido de que no existirían sin ley? Si la ley concede una hipoteca al menor ¿es porque los menores son franceses? Interviene en su favor porque son incapaces, ¿y los menores extranjeros son acaso menos incapaces? Su incapacidad es tanto mayor cuanto que no encuentran en la familia y en sus relaciones el apoyo y la protección que ordinariamente rodean á los menores belgas. ¿Se dirá que el legislador no debe proteger á los extranjeros aunque sean menores é incapaces? Esta es la teoría de los derechos civiles en toda su barbarie; el extranjero es un enemigo, como lo llama la ley de las XII Tablas, y el enemigo no tiene derecho á ninguna protección aunque sea un niño de cuna. Estos sentimientos de los pueblos bárbaros no son ya los de la humanidad moderna; vemos un hermano en cualquier hombre y nuestro corazón se apiada á la vista de todo ser débil, sin que pensemos en preguntar si aquel que por razón de su debilidad necesita de nuestro apoyo es francés ó extranjero. La distinción de los derechos civiles y naturales es un resto de la barbarie primitiva; se borra de nuestras leyes; pronto éstas consagrarán la verdadera teoría: es la de que todos los derechos privados son derechos naturales y que, por tanto, todo hombre tiene derecho de gozar de ellos aunque sean establecidos sólo por la ley.

253. La segunda cuestión que ha suscitado la hipoteca legal de los menores y mujeres que pertenecen á otra nación está en saber si la ley que fija esta hipoteca forma un estatuto real ó personal. Esta segunda cuestión es enteramente distinta de la primera. Según nuestra ley la hipoteca es un derecho natural, como todos los derechos privados. Queda por saber por qué ley este derecho está regido: ¿es por la ley belga ó por la del país á que pertenecen el menor ó la mujer? Hemos enseñado que la hipoteca legal es un estatuto personal (t. I, núm. 116). La comisión del Senado se pronunció en este sentido. A la vez que admitiendo el principio de que los incapaces extranjeros deben gozar de la hipoteca legal en Bélgica agrega una reserva: es que los menores y las mujeres no podrán reclamar la hipoteca legal en Bélgica más que si la ley de su país les concede una hipoteca. (1) Se puede formular la reserva en términos más generales y decir que las garantías de los menores, siéndoles concedidas par razón de su incapacidad, forman por esto mismo un estatuto personal; es, pues, la ley extranjera la que determinará á qué garantías tiene derecho el menor; si ésta no le da hipoteca legal no podrá tomar inscripción en los bienes de su tutor situados en Bélgica. Lo mismo pasa con la mujer casada. Esta consecuencia del estatuto personal parece á primera vista chocante, puesto que conduce á negar al menor extranjero una garantía de que goza el menor indígena. Sin embargo, está fundada en la razón; son las leyes de cada país las que determinan los medios más apropiados para garantizar los derechos de los menores; si la ley extranjera no les da una hipoteca legal provee á sus intereses con otras garantías quizá más eficaces; y el menor no puede reclamar á la ley las garantías que le da la ley extranjera y las que le da la ley belga. Sin embargo, puede resultar de esta diversidad de leyes que el menor no tendrá en el extranjero las garantías que le ofrece su estatuto personal. Si el menor extranjero tiene un tutor belga y que las leyes de su país no le den la hipoteca legal no tendrá garantía real contra su tutor, y como ordi-

1 D'Anethán, informe (Parent, p. 429).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nariamente se habrá criado en Bélgica no gozará de la protección particular que hubiera tenido si se hubiera creado en el extranjero. Esto procede de la diversidad de leyes; no hay más remedio para este inconveniente que los tratados acerca del derecho internacional.

254. ¿Se aplican estos principios á las personas civiles? Nó, estos son séres ficticios que no existen más que en virtud de la ley que los crea por interés de un servicio público. No se puede decir que las personas civiles deban gozar de todos los derechos privados en el extranjero tanto como en el país en que están organizados. No gozan siquiera de esta capacidad general en el país en que tienen una existencia ficticia; las personas civiles no tienen más derechos que los que la ley les concede. Hay, pues, que limitar la cuestión á estos derechos y preguntar si las personas civiles tienen en el extranjero los derechos que ejercen en virtud de la ley que las creó. Así presentada la cuestión debe resolverse negativamente. Un sér ficticio que sólo existe en virtud de la ley no tiene existencia legal más que en el país en que esta ley es obligatoria; fuera de los límites de este Estado la ficción no tiene ya ninguna autoridad, la pretendida persona civil no es un sér. A decir verdad las personas civiles pertenecen al derecho público más bien que al derecho civil; hablamos de las que el Código Napoleón considera como tales sin darles este nombre, lo que es notable; las llama *establecimientos públicos*. El nombre es significativo; se trata, pues, de un servicio público que la ley confía á una persona dicha civil; y un servicio público es un cargo, y si le están ligados unos derechos es como medio de cumplir este cargo. Bajo este punto de vista no puede tratarse de una persona civil fuera del país en que fué creada por la ley para un servicio que seguramente no se refiere al extranjero. No existiendo en el extranjero no pueden reclamar en él ningún derecho.



¿Reciben también estos principios aplicación al Estado, á las provincias y al municipio? El Estado es la personificación de la nación, y las naciones entre sí viven en una sociedad muy imperfecta; es verdad, sin embargo, que esta sociedad permite á cada Estado ejercer en el extranjero los derechos que le pertenecen como persona civil. Esto es una consecuencia del reconocimiento del Estado por los demás Estados; existe, por consiguiente, á título de persona civil y puede reclamar los derechos que ésta tiene; tal sería la hipoteca legal que le pertenece en los bienes que los contadores tienen en el extranjero. ¿Debe decidirse otro tanto de las provincias y de los municipios? En nuestro concepto sí, pues las provincias y los municipios son partes integrantes del Estado; no siendo éste más que la congregación de las provincias y de los municipios; por sólo que el Estado está reconocido en el extranjero las provincias y municipios lo están también, y desde que existen como personas civiles deben reconocérseles los derechos que tienen. Sin embargo, este principio no es absoluto. La asimilación entre persona civil y persona real nunca es completa; y es precisamente porque son de derecho público por lo que están subordinadas al interés de cada Estado; lo que limita su capacidad.

Con más razón sucede lo mismo con los establecimientos públicos. El objeto por el que están instituidos, el servicio que cumplen, pueden estar en oposición con leyes de orden público que rigen los países extranjeros. Esto es un motivo político que confirma el motivo jurídico y que se opone á un reconocimiento fuera del país en que fueron establecidos. Así las corporaciones religiosas han sido suprimidas en Francia y en Bélgica por motivos de orden político que se ligan con la misma base de la sociedad moderna. ¿Se concibe que estas corporaciones, fundadas en un país en el que aun reina el antiguo régimen eclesiástico, adquie-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ran una existencia legal en un país en que la ley las reprueba? Esto es contradictorio en los términos. Aunque estos establecimientos fueran reconocidos en Francia ó en Bélgica no tendrían más que una existencia limitada por las necesidades sociales que les concedió la personificación; luego no pueden tenerla fuera de los límites del país en donde la obtuvieron.

Sin embargo, hay establecimientos públicos que son de una utilidad general; sería, pues, útil que gozaran en todas partes de la personificación civil. Esta es una de las materias que deberían arreglarse en tratados, y sería bueno que los hubiera, porque hay servicios públicos que interesan á la humanidad y que bajo una ú otra forman se hallan en todas partes. Tales son los hospicios, las casas de beneficencia; ¿por qué no habrían de tener, como los municipios, una hipoteca en los bienes de sus directores situados en el extranjero? Conforme al rigor del derecho civil no se les puede conceder este derecho: este es un vacío que sólo se puede llenar por medio de tratados.

### § II.—Las hipotecas legales estan sometidas á los principios de especialidad y de publicidad.

255. Ya dijimos que los principios de especialidad y de publicidad sobre los que descansa nuestro régimen hipotecario no fueron admitidos por el Consejo de Estado sino después de una larga discusión y bajo la opresión del Primer Cónsul, que se pronunció en favor del mantenimiento de la ley de Brumario (núms. 161 y siguientes). Pero, admitiendo el principio, Napoleón reclamó con extraña violencia una excepción en favor de los incapaces á los que el proyecto del Código Civil concedía una hipoteca legal. Nada parecía más lógico á primera vista que dicha excepción. ¿Por qué la ley da de pleno derecho una hipoteca á los menores,



á las mujeres casadas, á los interdictos y á los enajenados? Porque están en la imposibilidad de vigilar por sí sus intereses. Y esta misma incapacidad que no les permite estipular una hipoteca les impedirá llenar las formalidades prescriptas por la ley para hacerla especial y pública. Si, pues, la ley les quiere asegurar una garantía eficaz debe dispensar la hipoteca legal de la inscripción y, por consiguiente, de la especialidad. Esto es darles una garantía derisoria: concederles una hipoteca que no se hace eficaz más que por la inscripción, cuando los incapaces están en la imposibilidad de realizar esta condición.

La ley de Brumario no se limitó á conceder á los incapaces una hipoteca sometida á la inscripción, trató de obtener la publicidad en favor de los incapaces. De esta manera el subrogado tutor y los parientes ó amigos que habían concurrido al nombramiento del tutor estaban obligados, bajo su responsabilidad solidaria, á requerir la inscripción ó á vigilar la que hubiesen hecho, y en caso de retardo el comisario del directorio ejecutivo acerca de las administraciones municipales estaba encargado de proceder así. Apesar del cuidado que tuvo el legislador para conservar la hipoteca de los incapaces haciéndola pública la hipoteca quedó ineficaz porque los que estaban encargados de inscribirla no lo hicieron. El Primer Cónsul tuvo, pues, razón al decir que la ley destruía la garantía que concedía á los incapaces subordinándolos á la necesidad de una inscripción. La ley quería defender á los que no podían hacerlo por sí mismos; por otra parte, exigía para la conservación de los derechos hipotecarios de los incapaces una inscripción que no podían hacer y que no la hacían las personas encargadas de hacerlo. Napoleón propuso dispensar la hipoteca de los incapaces de la necesidad de la inscripción. Tal fué el sistema consagrado por el Código Civil.

ran una existencia legal en un país en que la ley las reprueba? Esto es contradictorio en los términos. Aunque estos establecimientos fueran reconocidos en Francia ó en Bélgica no tendrían más que una existencia limitada por las necesidades sociales que les concedió la personificación; luego no pueden tenerla fuera de los límites del país en donde la obtuvieron.

Sin embargo, hay establecimientos públicos que son de una utilidad general; sería, pues, útil que gozaran en todas partes de la personificación civil. Esta es una de las materias que deberían arreglarse en tratados, y sería bueno que los hubiera, porque hay servicios públicos que interesan á la humanidad y que bajo una ú otra forman se hallan en todas partes. Tales son los hospicios, las casas de beneficencia; ¿por qué no habrían de tener, como los municipios, una hipoteca en los bienes de sus directores situados en el extranjero? Conforme al rigor del derecho civil no se les puede conceder este derecho: este es un vacío que sólo se puede llenar por medio de tratados.

### § II.—Las hipotecas legales estan sometidas á los principios de especialidad y de publicidad.

255. Ya dijimos que los principios de especialidad y de publicidad sobre los que descansa nuestro régimen hipotecario no fueron admitidos por el Consejo de Estado sino después de una larga discusión y bajo la opresión del Primer Cónsul, que se pronunció en favor del mantenimiento de la ley de Brumario (núms. 161 y siguientes). Pero, admitiendo el principio, Napoleón reclamó con extraña violencia una excepción en favor de los incapaces á los que el proyecto del Código Civil concedía una hipoteca legal. Nada parecía más lógico á primera vista que dicha excepción. ¿Por qué la ley da de pleno derecho una hipoteca á los menores,



á las mujeres casadas, á los interdictos y á los enajenados? Porque están en la imposibilidad de vigilar por sí sus intereses. Y esta misma incapacidad que no les permite estipular una hipoteca les impedirá llenar las formalidades prescriptas por la ley para hacerla especial y pública. Si, pues, la ley les quiere asegurar una garantía eficaz debe dispensar la hipoteca legal de la inscripción y, por consiguiente, de la especialidad. Esto es darles una garantía derisoria: concederles una hipoteca que no se hace eficaz más que por la inscripción, cuando los incapaces están en la imposibilidad de realizar esta condición.

La ley de Brumario no se limitó á conceder á los incapaces una hipoteca sometida á la inscripción, trató de obtener la publicidad en favor de los incapaces. De esta manera el subrogado tutor y los parientes ó amigos que habían concurrido al nombramiento del tutor estaban obligados, bajo su responsabilidad solidaria, á requerir la inscripción ó á vigilar la que hubiesen hecho, y en caso de retardo el comisario del directorio ejecutivo acerca de las administraciones municipales estaba encargado de proceder así. Apesar del cuidado que tuvo el legislador para conservar la hipoteca de los incapaces haciéndola pública la hipoteca quedó ineficaz porque los que estaban encargados de inscribirla no lo hicieron. El Primer Cónsul tuvo, pues, razón al decir que la ley destruía la garantía que concedía á los incapaces subordinándolos á la necesidad de una inscripción. La ley quería defender á los que no podían hacerlo por sí mismos; por otra parte, exigía para la conservación de los derechos hipotecarios de los incapaces una inscripción que no podían hacer y que no la hacían las personas encargadas de hacerlo. Napoleón propuso dispensar la hipoteca de los incapaces de la necesidad de la inscripción. Tal fué el sistema consagrado por el Código Civil.

256. Este sistema garantizaba completamente los intereses de los incapaces, pero les sacrificaba el interés de los terceros. ¿En qué se convertía la publicidad y la especialidad, bases del régimen hipotecario, cuando la mayoría de las hipotecas eran generales y ocultas? Los autores del Código Civil comprendían que la publicidad dejaba de ser una garantía para los terceros si no se inscribían las hipotecas legales. Treilhard, que en el Consejo de Estado sostuvo la necesidad de la inscripción sin ninguna excepción, dice en la Exposición de Motivos que si era justo proteger la debilidad de los menores y de las mujeres no era menos necesario evitar que los terceros fueran engañados. El Código Civil prescribía, en efecto, medidas severas para lograr este fin; declaraba estelionatarios á los maridos y tutores que no declaraban á aquellos con quienes trataban que sus bienes estaban gravados con una hipoteca legal; encargaba á los padres de los menores y de la mujer vigilaran que se hiciera la inscripción; imponía los mismos deberes á los comisarios del Gobierno cerca de los tribunales (arts. 2136 y 2137). Pero estas disposiciones nunca se efectuaron. Siendo eficaz la hipoteca de los menores y de las mujeres independientemente de la inscripción no quedaba ni un interés de afecto para hacer inscribir la hipoteca legal; la inscripción no se refería más que á los intereses de los terceros; es decir, al interés público, y no se pensó mucho en el interés general. (1)

Dispensando de la inscripción las hipotecas legales se hacía una excepción á un sistema que no lo implica. La publicidad debe ser completa ó falta á su objeto. ¿Cómo podrían saber los terceros que el inmueble que compraban ó en el que estipulaban una hipoteca no estaba gravado con una hipoteca legal acerca del punto de una tutela ó de un matrimonio? El tutor y el marido podían haber enajenado el fundo; se debía, pues, remontar de venta á venta para buscar si entre los precedentes propietarios no se encontraba un tutor ó un marido. Y suponiendo que se descubriese una hipoteca legal no se conocería la importancia del crédito hipotecario, puesto que las hipotecas legales estaban exceptuadas de la especialidad tanto como de la publicidad.

1 Martou, Comentario, t. II, ps. 359 y siguientes, núm. 763



257. Los autores de la ley belga volvieron al sistema de la ley de Brumario; trataron de conciliar los intereses de los incapaces con el interés de los terceros que se identifica con el de la sociedad. (1) Vamos á relatar las medidas tomadas por la Ley Hipotecaria para asegurar la especialidad y la inscripción de la hipoteca legal de los menores y de las mujeres casadas. ¿El legislador belga fué más feliz que el legislador del año VII? Lo ignoramos. Nos parece que el Gobierno debería preocuparse de la ejecución de una ley que interesa en un grado muy alto al crédito y, por consiguiente, á la riqueza pública. ¿Por qué no haber prescripto un informe permanente y por qué no se publica? Veremos estos detalles al tratar de las diversas hipotecas legales. Por ahora se trata de precisar el sistema de la nueva ley. Somete todas las hipotecas al principio de publicidad y de especialidad. En cuanto á la publicidad no hay ninguna dificultad. La inscripción es una condición esencial para que sea eficaz la hipoteca legal; si no está inscripta el acreedor no tendrá ni derecho de preferencia ni de prosecución; es decir, que será un simple acreedor quirografario. Así pasaba bajo el Código Civil con la hipoteca del Estado y de las demás personas civiles; en el sistema de la ley belga la publicidad es una regla sin excepción; las hipotecas de los menores, de las mujeres casadas, de los interdictos, también están sometidas á ella tanto como las del Estado.

En cuanto á la especialidad la ley determina de qué modo la hipoteca legal de los menores y de las mujeres debe

1 Discurso de M. Teech, Ministro de Justicia (Parent, p. 200).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

estar especializada en lo relativo á los derechos y créditos que están garantizados por la hipoteca y en lo relativo á los bienes sobre los que una inscripción especial debe hacerse. En consejo de familia se fija la suma por la que se hará la inscripción en favor del menor y se designan los inmuebles de que está requerida la inscripción. La hipoteca legal de la mujer está especializada, en cuanto al crédito y en cuanto á los bienes, por el contrato de matrimonio ó por el presidente del tribunal. La hipoteca se inscribe después de especializada.

¿Cómo conciliar esta especialización con la disposición del art. 47, en cuyos términos los menores y los interdictos tienen una hipoteca en *los bienes* de su tutor y las mujeres en *los bienes* de su marido? Decir que la hipoteca legal recae en *los bienes* de los *tutores* y de los *maridos* es decir que sobre todos sus bienes, aun en los futuros; por consiguiente, es general ¿Cómo la hipoteca de los menores y de la mujer puede ser á la vez general y especial? La contradicción es aparente. La hipoteca es general en el sentido de que recae en todos los bienes del deudor de modo que en rigor puede inscribirse en todos sus bienes. Es especial en el sentido de que la ley vigila que la inscripción se haga sólo en los bienes cuya afectación sea necesaria á la garantía del acreedor; si la inscripción hecha pasa las necesidades de esta garantía el acreedor no podrá pedir la reducción. De este modo el tutor siempre podrá pedir que la inscripción hecha en los bienes sea reducida si es excesiva. De igual modo el marido puede pedir que la inscripción hecha en virtud de la orden del presidente sea reducida en caso de exceso. Si no puede pedir la reducción de la inscripción hecha en virtud del contrato de matrimonio es que ha concurrido á especializar la hipoteca para seguridad del dote y de las convenciones matrimoniales y no puede volver sobre una convención que es irrevocable. De aquí se



sigue que en el sistema de la ley belga la hipoteca sea siempre especial en el sentido de que la inscripción sólo recae en los inmuebles necesarios para dar una garantía suficiente á los menores y á las mujeres casadas. Inscripción se puede tomar en todos los bienes del tutor y del marido si esto es necesario para garantizar los intereses de los incapaces, pero si no es necesario sólo se inscribirá en los inmuebles que el acta de especialización afecta á la garantía de los acreedores, y la inscripción podrá reducirse según la necesidad.

Lo que dijimos de los menores se aplica á los interdictos, como lo prueba el título del § I que trata de la especialidad de la hipoteca de los menores. Además las leyes sobre la tutela de los menores se aplican á la tutela de los interdictos (art. 509). En cuanto á los enajenados de los hospicios, casas de salud, la ley no habla de ellos. Como el administrador provisional reemplaza al tutor para los enajenados no interdictos se debe aplicar por analogía á la hipoteca de los enajenados lo que dice la ley de la hipoteca de los interdictos, la que se identifica con la de los menores.

258. Queda la hipoteca legal del Estado, de las provincias, municipios y establecimientos públicos. La ley no exige que sea especializada por una acta que preceda á la inscripción, como lo prescribe para la hipoteca del menor y de la mujer casada. Esto no quiere decir que el Estado pueda hacer una inscripción general sobre todos los bienes presentes y futuros del director, toda inscripción hipotecaria debe ser especial; el art. 89 (Código Civil, art. 2153) lo dice terminantemente de la hipoteca del Estado: se inscribe la presentación de dos *bordereaux* que deben contener, entre otras cosas, la naturaleza de los derechos por conservar y el *monto* de su valor determinado ó eventual, así como la indicación *especial* de la naturaleza y situación de *cada uno de los inmuebles*. Pero si la inscripción debe ser especial

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

puede, no obstante, recaer en todos los inmuebles del deudor, cualquiera que sea su valor, aunque sobrepase en mucho al monto del crédito tal como se encuentra especializado en la inscripción. La inscripción puede, pues, exceder á la garantía que el Estado necesita para el pago de su crédito, sin que el que tiene que dar cuenta pueda pedir la reducción. En definitiva el Estado tiene una hipoteca general en los bienes presentes y futuros del que tiene que dar cuenta, salvo que tenga que hacer una inscripción especial en cada inmueble, mientras que la hipoteca de los menores y de las mujeres casadas es especial en el sentido de que el acreedor no puede inscribir más que en los inmuebles determinados en el acta de especialización, y el deudor siempre puede pedir la reducción, salvo en el caso en que esté formada por convención. ¿Cuál es la razón de esta diferencia entre la hipoteca legal del Estado y las demás hipotecas legales? La especialización de la hipoteca puede comprometer el interés del acreedor en el caso en que la inscripción, suficiente en el momento de hacerse, se vuelve insuficiente en el momento de la venta del inmueble á consecuencia de la disminución del valor de los bienes. Y la insuficiencia de la garantía hipotecaria comprometería el interés del fisco, que es un interés general y el más legítimo de los intereses, puesto que en un Estado fundado en la soberanía del pueblo el derecho del Estado es el de todos los ciudadanos; de modo que si el fisco pierde pierden los demás. Valdría más que la inscripción del Estado fuese excesiva y no insuficiente. Lo cual quiere decir que la hipoteca del Estado debe ser siempre y necesariamente excesiva; puede hacer la inscripción sobre cada uno de los bienes del que tiene que dar cuenta, ya presentes, ya futuros, pero de hecho inscribirá sólo en los bienes que parecieron necesarios para resguardar plenamente los derechos del fisco. Lo que acabamos de decir del Estado se aplica á las provincias, á los municipios y los establecimientos públicos. En todos estos casos se trata de intereses generales que resguardar; podrán inscribirse todos los bienes del que tiene dar cuenta, sin que éstos tengan el derecho de pedir reducción.



259. Hay privilegios ó hipotecas legales anteriores á la Ley Hipotecaria que están dispensadas de la inscripción. La ley de 26 de Diciembre de 1817 confiere al fisco un privilegio ó una hipoteca sobre los inmuebles de la sucesión para la percepción del impuesto que establece. Esta hipoteca es oculta. Se ha sostenido que la ley de 1817 estaba abrogada, en este punto, por la ley de 16 de Diciembre de 1851 que somete todas las hipotecas á la publicidad. La Corte de Bruselas no admitió esta interpretación, y con razón. Resulta del texto y del espíritu de la ley que no entendió regir los derechos del tesoro público. El art. 15 mantuvo expresamente las leyes antiguas. Esta disposición no hizo más que aplicar una regla general de interpretación. Las leyes generales no derogan las especiales, y las leyes relativas á los derechos del fisco son esencialmente especiales nada tienen de común con la legislación general del Código Civil y de la Ley Hipotecaria que reemplaza al título *De las Hipotecas*. El informe de la comisión está en este sentido. (1)

### *ARTICULO 2.—De la hipoteca legal de los menores, interdictos y enajenados.* (2)

260. El § 1.° de la sec. I se intitula así: «De las *garantías* que deben ministrar los tutores en interés de los *menores* y de los *interdictos*.» ¿Por qué la ley habla de *garantías* en vez de mencionar la *hipoteca legal*? Es porque contiene disposiciones destinadas á garantizar los intereses

1 Bruselas, 21 de Junio de 1877 (*Bélgica Judicial*, 1877, p. 1073).
2 Timmermáns, De la obligación tutelar y del derecho de revisión de los tribunales (Bruselas, 1874).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

puede, no obstante, recaer en todos los inmuebles del deudor, cualquiera que sea su valor, aunque sobrepase en mucho al monto del crédito tal como se encuentra especializado en la inscripción. La inscripción puede, pues, exceder á la garantía que el Estado necesita para el pago de su crédito, sin que el que tiene que dar cuenta pueda pedir la reducción. En definitiva el Estado tiene una hipoteca general en los bienes presentes y futuros del que tiene que dar cuenta, salvo que tenga que hacer una inscripción especial en cada inmueble, mientras que la hipoteca de los menores y de las mujeres casadas es especial en el sentido de que el acreedor no puede inscribir más que en los inmuebles determinados en el acta de especialización, y el deudor siempre puede pedir la reducción, salvo en el caso en que esté formada por convención. ¿Cuál es la razón de esta diferencia entre la hipoteca legal del Estado y las demás hipotecas legales? La especialización de la hipoteca puede comprometer el interés del acreedor en el caso en que la inscripción, suficiente en el momento de hacerse, se vuelve insuficiente en el momento de la venta del inmueble á consecuencia de la disminución del valor de los bienes. Y la insuficiencia de la garantía hipotecaria comprometería el interés del fisco, que es un interés general y el más legítimo de los intereses, puesto que en un Estado fundado en la soberanía del pueblo el derecho del Estado es el de todos los ciudadanos; de modo que si el fisco pierde pierden los demás. Valdría más que la inscripción del Estado fuese excesiva y no insuficiente. Lo cual quiere decir que la hipoteca del Estado debe ser siempre y necesariamente excesiva; puede hacer la inscripción sobre cada uno de los bienes del que tiene que dar cuenta, ya presentes, ya futuros, pero de hecho inscribirá sólo en los bienes que parecieron necesarios para resguardar plenamente los derechos del fisco. Lo que acabamos de decir del Estado se aplica á las provincias, á los municipios y los establecimientos públicos. En todos estos casos se trata de intereses generales que resguardar; podrán inscribirse todos los bienes del que tiene dar cuenta, sin que éstos tengan el derecho de pedir reducción.



259. Hay privilegios ó hipotecas legales anteriores á la Ley Hipotecaria que están dispensadas de la inscripción. La ley de 26 de Diciembre de 1817 confiere al fisco un privilegio ó una hipoteca sobre los inmuebles de la sucesión para la percepción del impuesto que establece. Esta hipoteca es oculta. Se ha sostenido que la ley de 1817 estaba abrogada, en este punto, por la ley de 16 de Diciembre de 1851 que somete todas las hipotecas á la publicidad. La Corte de Bruselas no admitió esta interpretación, y con razón. Resulta del texto y del espíritu de la ley que no entendió regir los derechos del tesoro público. El art. 15 mantuvo expresamente las leyes antiguas. Esta disposición no hizo más que aplicar una regla general de interpretación. Las leyes generales no derogan las especiales, y las leyes relativas á los derechos del fisco son esencialmente especiales nada tienen de común con la legislación general del Código Civil y de la Ley Hipotecaria que reemplaza al título *De las Hipotecas*. El informe de la comisión está en este sentido. (1)

### *ARTICULO 2.—De la hipoteca legal de los menores, interdictos y enajenados.* (2)

260. El § 1.° de la sec. I se intitula así: «De las *garantías* que deben ministrar los tutores en interés de los *menores* y de los *interdictos*.» ¿Por qué la ley habla de *garantías* en vez de mencionar la *hipoteca legal*? Es porque contiene disposiciones destinadas á garantizar los intereses

1 Bruselas, 21 de Junio de 1877 (*Bélgica Judicial*, 1877, p. 1073).
2 Timmermáns, De la obligación tutelar y del derecho de revisión de los tribunales (Bruselas, 1874).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de los incapaces en el caso en que el tutor no tuviera inmuebles y en el caso en que fueran insuficientes (artículos 55-57). La ley llena un vacío del Código Civil. Cuando el tutor no tuviere inmuebles la garantía real del menor era nula; era insuficiente cuando la fortuna inmobiliar del tutor no estaba en relación con los derechos eventuales del menor; y el Código no le daba otro. Hemos dicho al tratar de la tutela cuáles son las nuevas disposiciones que la ley belga hizo en favor de los menores. La ley da todavía una garantía á los menores en lo referente al reembolso de los capitales no exigibles ó de créditos á plazo que no deben vencer sino hasta la mayor edad del tutoreado (art. 61); hicimos conocer la innovación en el título *De la Tutela* (t. V, núms. 53, 59 y 61).

El art. 62 de la Ley Hipotecaria dispuso que el art. 55 no ataca los derechos que los arts. 384, 387 y 453 aseguraban al padre y á la madre. Se trataba del usufructo legal. Teniendo los padres el goce de los bienes pertenecientes á los hijos el consejo de familia no puede estorbar este goce ordenando al padre ó la madre tutores que entreguen el excedente de los productos y los gastos en la caja de depósitos y consignaciones. ¿Podrá ordenar el depósito de los capitales? Esto nos parece dudoso, pues sería reducir á los padres á los intereses mínimos que paga la caja de depósitos y consignaciones. (1)

261. El párrafo primero no habla de los dementes no interdictos que están colocados en un hospicio ó en una casa de salud. Como el administrador nombrado para girar sus bienes ejerce las funciones de tutor se debe aplicar por analogía á la hipoteca legal de los dementes lo que la ley dice de la hipoteca legal de los interdictos y de los menores.

1 Compárese Martou, Comentario, t. II, p. 429, núm. 878.



## § I.—De las personas sometidas a la hipoteca legal.

262. Los menores é interdictos tienen una hipoteca en los bienes de su *tutor*. Todo tutor está, pues, sometido á la hipoteca, pero no todo administrador, aunque la administración interesara á menores ó interdictos: es necesario que la administración sea una tutela para que haya lugar á la hipoteca legal. Tal es el principio; sirve para decidir las dificultades numerosas que han surgido en el punto de saber cuáles son las personas sometidas á la hipoteca de los menores. Siendo la hipoteca legal de estricta interpretación la solución es muy sencilla; no puede haber hipoteca legal sin tutela, y en toda tutela hay hipoteca legal. Si los intérpretes se hubieran atenido al texto y al principio que de él deriva nunca hubiera habido controversia en esta materia.

263. ¿Cuándo hay tutela? El título *De la Menor Edad* contesta á la pregunta. Hay una tutela mientras que viven los padres, una tutela deferida por el padre, una tutela de los ascendientes y una tutela deferida por el consejo de familia. La tutela del interdicto es en general dativa y la administración de los bienes de dementes lo es siempre. En todos estos casos hay lugar á la hipoteca legal. Puede suceder que el tutor sea el mismo menor (art. 442, 1.°); esto no impide que esté sometido á la hipoteca legal. Esta hipoteca existe sin consentimiento; no puede, pues, decirse de la hipoteca legal lo que el art. 73 (Código Civil, art. 2124), dice de la hipoteca convencional; el tutor no tiene que tener la capacidad para enajenar porque no es él quien consiente la hipoteca; ésta existe en virtud de la ley solamente. (1)

264. Cuando la madre superviviente se vuelve á casar y que el consejo de familia le conserva la tutela le da ne-

1 Martou, Comentario, t. II, p. 362, núm. 769.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de los incapaces en el caso en que el tutor no tuviera inmuebles y en el caso en que fueran insuficientes (artículos 55-57). La ley llena un vacío del Código Civil. Cuando el tutor no tuviere inmuebles la garantía real del menor era nula; era insuficiente cuando la fortuna inmobiliar del tutor no estaba en relación con los derechos eventuales del menor; y el Código no le daba otro. Hemos dicho al tratar de la tutela cuáles son las nuevas disposiciones que la ley belga hizo en favor de los menores. La ley da todavía una garantía á los menores en lo referente al reembolso de los capitales no exigibles ó de créditos á plazo que no deben vencer sino hasta la mayor edad del tutoreado (art. 61); hicimos conocer la innovación en el título *De la Tutela* (t. V, núms. 53, 59 y 61).

El art. 62 de la Ley Hipotecaria dispuso que el art. 55 no ataca los derechos que los arts. 384, 387 y 453 aseguraban al padre y á la madre. Se trataba del usufructo legal. Teniendo los padres el goce de los bienes pertenecientes á los hijos el consejo de familia no puede estorbar este goce ordenando al padre ó la madre tutores que entreguen el excedente de los productos y los gastos en la caja de depósitos y consignaciones. ¿Podrá ordenar el depósito de los capitales? Esto nos parece dudoso, pues sería reducir á los padres á los intereses mínimos que paga la caja de depósitos y consignaciones. (1)

261. El párrafo primero no habla de los dementes no interdictos que están colocados en un hospicio ó en una casa de salud. Como el administrador nombrado para girar sus bienes ejerce las funciones de tutor se debe aplicar por analogía á la hipoteca legal de los dementes lo que la ley dice de la hipoteca legal de los interdictos y de los menores.

1 Compárese Martou, Comentario, t. II, p. 429, núm. 878.



## § I.—De las personas sometidas a la hipoteca legal.

262. Los menores é interdictos tienen una hipoteca en los bienes de su *tutor*. Todo tutor está, pues, sometido á la hipoteca, pero no todo administrador, aunque la administración interesara á menores ó interdictos: es necesario que la administración sea una tutela para que haya lugar á la hipoteca legal. Tal es el principio; sirve para decidir las dificultades numerosas que han surgido en el punto de saber cuáles son las personas sometidas á la hipoteca de los menores. Siendo la hipoteca legal de estricta interpretación la solución es muy sencilla; no puede haber hipoteca legal sin tutela, y en toda tutela hay hipoteca legal. Si los intérpretes se hubieran atenido al texto y al principio que de él deriva nunca hubiera habido controversia en esta materia.

263. ¿Cuándo hay tutela? El título *De la Menor Edad* contesta á la pregunta. Hay una tutela mientras que viven los padres, una tutela deferida por el padre, una tutela de los ascendientes y una tutela deferida por el consejo de familia. La tutela del interdicto es en general dativa y la administración de los bienes de dementes lo es siempre. En todos estos casos hay lugar á la hipoteca legal. Puede suceder que el tutor sea el mismo menor (art. 442, 1.°); esto no impide que esté sometido á la hipoteca legal. Esta hipoteca existe sin consentimiento; no puede, pues, decirse de la hipoteca legal lo que el art. 73 (Código Civil, art. 2124), dice de la hipoteca convencional; el tutor no tiene que tener la capacidad para enajenar porque no es él quien consiente la hipoteca; ésta existe en virtud de la ley solamente. (1)

264. Cuando la madre superviviente se vuelve á casar y que el consejo de familia le conserva la tutela le da ne-

1 Martou, Comentario, t. II, p. 362, núm. 769.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cesariamente un *cotutor* en el segundo marido (art. 396). El *cotutor* es un tutor; él es quien de hecho y de derecho gira la tutela y es solidariamente responsable de la gerencia; luego está sometido á la hipoteca legal. (1)

La madre tutora que quiere volverse á casar debe convocar al consejo de familia, el que decide si la tutela debe serle conservada. A falta de esta convocación pierde la tutela de plano (art. 395). ¿Si continúa á girar de hecho quedará sometida á la hipoteca legal? La afirmativa está generalmente admitida, salvo el disentimiento de Durantón. (2) En la opinión que hemos enseñado acerca de la tutela de hecho (t. IV, núm. 390) no puede tratarse de hipoteca legal en los bienes del tutor de hecho, puesto que no hay tutela en el sentido legal de la palabra; no hay texto que la establezca en los bienes de una persona que gira ilegalmente la tutela. Y en el caso no hay legalmente tutor; la madre tutora deja de serlo, pues pierde de plano su derecho de tutela; luego está ésta vacante y debería procederse al nombramiento de un tutor por el consejo de familia. La madre usurpa una gerencia que no le pertenece. ¿Hay un texto que grave con hipoteca los bienes de aquel que ejerce ilegalmente la tutela? Nó. Esto es decisivo, pues sin ley no puede haber hipoteca legal. Se objeta que el art. 395 califica de tutela la administración que la madre continúa; la objeción no es seria; es imposible que la ley considere á la madre como tutora cuando acaba de decir que pierde su tutela; es, pues, una tutela ilegal la que gira, y la ley no establece una hipoteca más que en la tutela legal. Hay un vacío en la ley, esto es seguro; si el menor tiene una garantía contra el tutor legal con más razón debiera tenerla cuando el tutor gira ilegalmente la tutela. La doctrina y la jurisprudencia han llenado este vacío sin derecho, pues sólo pertenece al legislador establecer una hipoteca legal. Lo que prueba que hay un vacío es que sería legalmente imposible tomar una nueva inscripción en los bienes de la madre en el caso en que la inscripción se hiciera necesaria á consecuencia de un aumento de fortuna advenida al menor; el consejo de familia no podría deliberar porque legalmente ya no hay tutela.

1 Pont, t. I, p. 533, núm. 449.
2 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. III, p. 209, nota 13, pfo. 264 *bis*. Debe agregarse Bruselas, 3 de Febrero de 1830 (Pasicrisia, 1830, p. 32).



Debemos agregar que la comisión de la Cámara de Diputados ha resuelto la cuestión en sentido contrario. Se lee en el informe de M. Lelièvre: «La madre tutora que contrae segundas nupcias pierde su calidad de tutora, pero se entiende que los efectos de la inscripción tomada á su cargo desde la apertura de la tutela continúan en subsistir.» ¡Se entiende! (1) En teoría sí, bajo el punto de vista de los textos nó. La comisión hubiera hecho bien, en este caso, como en muchos otros, de dar su opinión en artículo de ley, pues las opiniones de las comisiones no tienen fuerza legal.

Se pregunta si el nuevo marido estará sometido á la hipoteca legal cuando la madre pierde la tutela por no haber convocado el cansejo de familia. La cuestión está controvertida. (2) En nuestro concepto no hay tutela ni hipoteca. El texto de la ley lo dice; según el art. 596 es el consejo de familia quien *da* el segundo marido como *cotutor* de la madre que conserva la tutela. Para que haya *cotutela* es, pues, necesario que el consejo de familia conserve la tutela á la madre y le *dé* en seguida el nuevo marido por cotutor, sin la intervención del consejo de familia, no hay cotutor, porque en el sistema de la ley belga la hipoteca, aunque se admitiese, sería puramente nominal. En efecto, tiene que ser especificada por el consejo de familia que da el segundo

1 Lelièvre, informe (Parent, p. 375).
2 Véase, en sentido diverso, Pont, t. I, p. 536, núm. 500, y las autoridades que cita.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

marido como cotutor á la madre, y no hay consejo de familia, no hay nombramiento de cotutor. La pretendida hipoteca, no estando especificada, no puede ser inscripta, y sin inscripción la hipoteca no tiene ningún efecto. (1) Esto es un nuevo vacío. El art 395 declara al nuevo marido solidariamente responsable de todas las consecuencias de la tutela que la madre ha conservado indebidamente; donde hay responsabilidad para una gerencia tutelar, aunque ilegal, debiera también haber una garantía hipotecaria para el menor.

265. ¿La ausencia da apertnra á la tutela y, por consiguiente, á la hipoteca legal? Cuando hay tutela hay hipoteca legal, mientras que la administración que no es una tutela no está sometida á la hipoteca legal. La cuestión se reduce, pues, á saber en qué casos hay tutela en caso de ausencia. Transladamos á lo que fué dicho en el título que es el sitio de la materia (t. II, núms. 145, 148, 149, 219 y 221).

266. ¿Está sometido á la hipoteca legal el tutor oficioso? Ya hemos examinado la cuestión en el título *De la Adopción* (t. IV, núm. 240). La doctrina se pronunció por la afirmativa, salvo el disentimiento de Pont. (2) Se entiende que el tutor oficioso no tiene la administración de los bienes, ó si el menor no tiene bienes el consejo de familia decidirá que no hay lugar á tomar inscripción en los bienes del tutor.

267. En materia de substitución fideicomisaria hay un tutor que nada tiene de común con la tutela propiamente dicha, excepto el nombre. No puede, pues, tratarse de una hipoteca legal en los bienes del tutor á la substitución. Transladamos á lo dicho en el título de *De las Donaciones* (t. XIV, núm. 538).

1 Martou, Comentario, t. II, p. 361, núm. 768.
2 Pont, t. I, p. 529, núm. 495, combatido por Aubry y Rau, t. III, p. 209, nota 12, pfo. 264 *bis*.



268. Hay casos en los cuales se nombra un tutor para representar al menor en un negocio especial; se llaman á estos representantes tutores *ad hoc* (arts. 318 y 838). Se entiende que no están sometidos á la hipoteca legal, pues no tienen administración.

269. El tutor subrogado lleva también el nombre de *tutor* y como es responsable se podría creer que está sometido á la hipoteca legal. Tal había sido, en efecto, la decisión del Consejo de Estado, pero la disposición que se había adoptado fué quitada por proposición del Tribunado. Se lee en las observaciones de la Sección de Legislación: «Es de interés social desprender tanto como sea posible los inmuebles de las hipotecas. Y no hay necesidad de imprimir una hipoteca legal en los bienes del subrogado tutor; para la seguridad de su responsabilidad es racional conformarse con la acción que el menor puede ejercer contra él cuando hay lugar á esta responsabilidad. Habría que temer, además, que los ciudadanos hicieran cuanto pudieran para alejar de ellos las funciones de subrogado tutor si tuvieran que estar gravadas con una hipoteca tan general.» (1) Esta es la opinión de todos los autores.

270. Hay personas que tienen que ser asistidas, para ciertos actos, de un curador ó de un consejo: son los menores emancipados, los pródigos y los débiles de espíritu; ¿tienen hipoteca legal en los bienes de los que los asistan? La negativa es tan evidente que ni siquiera debiera preguntarse: no hay tutela, luego no puede haber hipoteca legal. Lo mismo pasa con la administración provisional que la ley organiza en el procedimiento de interdicción (art. 457). Estando encargado de una gerencia el administrador provisional por razón de la incapacidad de la persona cuya interdicción se persigue la ley hubiera podido someterlo á la hipoteca legal; pero no lo hizo, sin duda por las razones

1 Observaciones del Tribunado, núm. 12 [Locré, t. VIII, p. 230].

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que inclinaron al legislador á no extender esta garantía al subrogado tutor; no hay que multiplicar inútilmente la inscripción hipotecaria. (1) Lo mismo pasa con los que giran provisionalmente la tutela en virtud de la obligación que la ley les ha impuesto (arts. 394, 419 y 440): una gerencia de tan poca duración no exigía una garantía que por su naturaleza es permanente; la necesidad de inscribir la hipoteca y de cancelar la inscripción hubieran ocasionado gastos frustratorios que la ley hizo bien en evitar conformándose con la acción personal contra los administradores.

271. Hay una administración tan larga y tan importante como la tutela: es la del padre durante el matrimonio. ¿Está sometida á la hipoteca legal? La cuestión está controvertida. (2) Nunca debiera haber sido dudosa. Basta para decidirlo negativamente que el padre administrador no sea tutor; ¿y puede haber hipoteca legal por tutela cuando no hay tutela? Se dice en vano que hay igual razón para decidir, puesto que la administración legal es idéntica á la gerencia tutelar. Aunque hubiera analogía no podría tenerse en cuenta, pues no basta la analogía para extender una hipoteca legal. Los trabajos preparatorios de nuestra Ley Hipotecaria ministran un nuevo argumento en apoyo de esta opinión. Se había propuesto someter al padre administrador á la hipoteca legal. El informe de la comisión del Senado discute la cuestión bajo todas sus faces y concluye desechando la proposición por motivo de que la hipoteca que se daría á un hijo contra su padre atacaría la autoridad de éste ó, cuando menos, la consideración de padre; que la intervención de los parientes llamados á especificar la hipoteca y á inscribirla podría suscitar divisiones en la

1 Aubry y Rau, t. III, p. 207, y nota 7, pfo. 264 *bis*.
2 Véanse las citaciones en Pont, t. I, p. 527 y las notas. Debe agregarse, en sentido contrario, Bruselas, 22 de Mayo de 1819; Lieja, 3 de Marzo de 1821 y 28 de Marzo de 1822 (Pasicrisia, 1819, p. 385; 1821, p. 322; 1822, pág. 97).



familia y que, en fin, la experiencia no reclamaba este cambio. (1) Este último motivo nos parece terminante.

Puede suceder, sin embargo, que el menor tenga una hipoteca en los bienes de su padre administrador. Un testador hace un legado en favor de un hijo menor de edad que aun tiene á sus padres, y agrega como condición que debe ministrar hipoteca por la garantía de su gestión. No se puede contestar la validez de la condición, puesto que la administración legal y la hipoteca legal son de orden público. Suponiendo que la condición sea válida el padre tendrá que constituir una hipoteca en sus bienes, pero esta hipoteca no es legal, es convencional. (2)

Se ha presentado un caso en el que el hijo tenía una hipoteca legal en los bienes de su padre, no directamente sino como heredero de otro hijo del mismo padre que, nacido de otra madre, se había encontrado á la muerte de ésta bajo la tutela legal de su padre. Teniendo éste una hipoteca legal por todos los derechos que tenía contra su padre tutor transmite estos derechos, con la hipoteca ligada á ellos, al hijo colocado bajo la administración legal del padre común. (3)

### § II.—De los créditos garantizados por la hipoteca.

272. El art. 47, que enumera las hipotecas legales, dice que los *derechos* y *créditos* á lo que la hipoteca legal está atribuida son *los* de los menores é interdictos en los bienes de su tutor. Síguese de esto que todos los *derechos* y *créditos* que un *menor* puede tener contra su *tutor* están garantizados por la hipoteca legal; la naturaleza de los créditos está determinada y limitada por las palabras *menor* y *tutor*;

1 D'Anethán, 2.° informe (Parent, ps. 480 y siguientes).
2 Denegada, 30 de Abril de 1833 (Sirey, 1833, 1, 466). Aubry y Rau, t. III, p. 206, pfo. 264 *bis*, nota 4.
3 Burdeos, 19 de Marzo de 1875 (Dalloz, 1877, 2, 25).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que inclinaron al legislador á no extender esta garantía al subrogado tutor; no hay que multiplicar inútilmente la inscripción hipotecaria. (1) Lo mismo pasa con los que giran provisionalmente la tutela en virtud de la obligación que la ley les ha impuesto (arts. 394, 419 y 440): una gerencia de tan poca duración no exigía una garantía que por su naturaleza es permanente; la necesidad de inscribir la hipoteca y de cancelar la inscripción hubieran ocasionado gastos frustratorios que la ley hizo bien en evitar conformándose con la acción personal contra los administradores.

271. Hay una administración tan larga y tan importante como la tutela: es la del padre durante el matrimonio. ¿Está sometida á la hipoteca legal? La cuestión está controvertida. (2) Nunca debiera haber sido dudosa. Basta para decidirlo negativamente que el padre administrador no sea tutor; ¿y puede haber hipoteca legal por tutela cuando no hay tutela? Se dice en vano que hay igual razón para decidir, puesto que la administración legal es idéntica á la gerencia tutelar. Aunque hubiera analogía no podría tenerse en cuenta, pues no basta la analogía para extender una hipoteca legal. Los trabajos preparatorios de nuestra Ley Hipotecaria ministran un nuevo argumento en apoyo de esta opinión. Se había propuesto someter al padre administrador á la hipoteca legal. El informe de la comisión del Senado discute la cuestión bajo todas sus faces y concluye desechando la proposición por motivo de que la hipoteca que se daría á un hijo contra su padre atacaría la autoridad de éste ó, cuando menos, la consideración de padre; que la intervención de los parientes llamados á especificar la hipoteca y á inscribirla podría suscitar divisiones en la

1 Aubry y Rau, t. III, p. 207, y nota 7, pfo. 264 *bis*.
2 Véanse las citaciones en Pont, t. I, p. 527 y las notas. Debe agregarse, en sentido contrario, Bruselas, 22 de Mayo de 1819; Lieja, 3 de Marzo de 1821 y 28 de Marzo de 1822 (Pasicrisia, 1819, p. 385; 1821, p. 322; 1822, pág. 97).



familia y que, en fin, la experiencia no reclamaba este cambio. (1) Este último motivo nos parece terminante.

Puede suceder, sin embargo, que el menor tenga una hipoteca en los bienes de su padre administrador. Un testador hace un legado en favor de un hijo menor de edad que aun tiene á sus padres, y agrega como condición que debe ministrar hipoteca por la garantía de su gestión. No se puede contestar la validez de la condición, puesto que la administración legal y la hipoteca legal son de orden público. Suponiendo que la condición sea válida el padre tendrá que constituir una hipoteca en sus bienes, pero esta hipoteca no es legal, es convencional. (2)

Se ha presentado un caso en el que el hijo tenía una hipoteca legal en los bienes de su padre, no directamente sino como heredero de otro hijo del mismo padre que, nacido de otra madre, se había encontrado á la muerte de ésta bajo la tutela legal de su padre. Teniendo éste una hipoteca legal por todos los derechos que tenía contra su padre tutor transmite estos derechos, con la hipoteca ligada á ellos, al hijo colocado bajo la administración legal del padre común. (3)

### § II.—De los créditos garantizados por la hipoteca.

272. El art. 47, que enumera las hipotecas legales, dice que los *derechos* y *créditos* á lo que la hipoteca legal está atribuida son *los* de los menores é interdictos en los bienes de su tutor. Síguese de esto que todos los *derechos* y *créditos* que un *menor* puede tener contra su *tutor* están garantizados por la hipoteca legal; la naturaleza de los créditos está determinada y limitada por las palabras *menor* y *tutor*;

1 D'Anethán, 2.° informe (Parent, ps. 480 y siguientes).
2 Denegada, 30 de Abril de 1833 (Sirey, 1833, 1, 466). Aubry y Rau, t. III, p. 206, pfo. 264 *bis*, nota 4.
3 Burdeos, 19 de Marzo de 1875 (Dalloz, 1877, 2, 25).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

es necesario que el menor sea acreedor á título de pupilo y que el tutor sea deudor por razón de la tutela que ha girado. ¿Cuáles son los derechos que un menor puede tener contra su tutor? La Ley Hipotecaria quiere que los créditos del menor estén especificados; como base de esta especificación indica las causas de donde proceden los derechos del menor contra el tutor; constituye el capítulo de las entradas en la cuenta que el tutor debe entregar. El tutor recibe los bienes que tiene encargo de administrar, recibe los productos y los capitales que son reembolsados; éstos son las entradas. Lleva en cuenta sus gastos y es deudor del saldo. Tal es el crédito ordinario del pupilo contra su tutor; si éste descuidó de dar entrada á sumas que recibió el menor tiene una acción y una hipoteca para la garantía de los derechos que se ve obligado á reclamar en justicia. Este crédito procede directamente de la obligación que incumbe al tutor de dar cuenta de los bienes del menor y de los que tuvo la gerencia.

El art. 49 quiere también que el consejo de familia tenga en cuenta las eventualidades de la responsabilidad del tutor. Según el art. 450 del Código Napoleón el tutor debe administrar los bienes del menor como un buen padre de familia y responde por los daños y perjuicios que pudieran resultar de una mala gestión. Esta responsabilidad se aplica desde luego á los actos que el tutor tiene el derecho de hacer solo, sin el consentimiento del consejo de familia: dar ó tomar en arrendamiento, emplear capitales y frutos, perseguir el cobro de créditos. Estos son actos ordinarios de gerencia; el tutor es responsable si causa un perjuicio al menor girando mal; por ejemplo: descuida de arrendar los bienes del pupilo ó los arrienda con condiciones desventajosas; no emplea las rentas en los casos en que debe hacerlo ó hace un empleo perjudicial al menor; no demanda á los deudores y éstos se convierten más tarde en insolventes ó el crédito del



menor se extingue por prescripción por no haberla interrumpido el tutor. El tutor no deja de ser responsable aunque obre con autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal; desde que se le puede imputar una culpa de que es responsable el menor tiene acción, y toda acción que nace de una culpa cometida por el tutor está garantizada por la hipoteca legal. Con más razón el tutor es responsable cuando obró irregularmente y sin hacerse autorizar en el caso en que la autorización está requerida ó sin pedir la homologación del tribunal cuando ésta es necesaria. El menor tiene en ambos casos dos acciones: puede promover la nulidad y puede reclamar daños y perjuicios contra su tutor. Tiene elección; de que puede promover la nulidad no puede inducirse que no tiene la acción por daños y perjuicios garantizada por su hipoteca legal; el menor puede, pues, mantener la venta que hubiere hecho su tutor sin estar autorizado para ello y promover contra él por daños y perjuicios. (1) La acción de nulidad se entabla contra los terceros; si apesar de la nulificación el menor sufriera un perjuicio tendría una acción contra el tutor garantizada por la hipoteca legal, pues el perjuicio resulta de una culpa que el tutor cometió en su gerencia.

273. Tal es el principio. Daremos algunas aplicaciones tomadas de la jurisprudencia. El tutor era deudor de su pupilo antes de entrar en la gerencia ó llegó á serlo en el curso de la tutela por causas independientes á su gerencia. ¿Se pregunta si la acción que tiene el menor en este punto contra el tutor está garantizada por la hipoteca legal? Sí si la deuda se vence en el curso de la tutela; en efecto, el tutor ha debido en este caso exigirla él mismo; si no lo hace es responsable tanto como si descuidara perseguir á un terce-

1 Bourges, 28 de Abril de 1838 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1058). Grenoble, 19 de Julio de 1849 (Dalloz, 1851, 2, 10).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ro deudor de su tutoreado. Pero si la deuda vence hasta después de terminar la tutela el tutoreado sólo tiene una acción personal; en este caso la gerencia del tutor está fuera de causa, no hay ninguna culpa que imputarle; por otra parte, el tutor no estaba obligado á tener en cuenta más que la acción del menor; y esta acción el menor la conserva, acción puramente personal como la que tendría contra todo tercer deudor. La doctrina y la jurisprudencia están en el mismo sentido. (1)

274. Se ha juzgado por aplicación de estos principios que el tutor responde en sus bienes de la prescripción que los terceros han adquirido durante el curso de la tutela. (2) El primer deber del tutor es el de conservar los bienes del menor; debe, pues, interrumpir la prescripción que corre en su perjuicio; si no lo hace es responsable y cualquiera acción de responsabilidad está garantizada por hipoteca legal. Sucede lo mismo en el caso en que el tutor descuide aceptar una donación hecha al menor ó hacerla transcribir; el art. 942 dice que los menores tienen un recurso contra el tutor si no lo hace. La Corte de Casación confirmó una sentencia que admitió el ejercicio de la hipoteca legal en este punto, aunque la donación fué hecha por el tutor mismo; ya dijimos las dificultades que se presentan en este caso acerca del punto de saber si el tutor es responsable (tomo XII, núms. 261 y 263); desde que se admite la responsabilidad la hipoteca legal es la consecuencia necesaria.

275. La hipoteca existe en los bienes del padre tutor; esto es de evidencia. Pero el padre no sólo es administrador, es también usufructuario; el derecho de goce que la ley concede ¿modifica la responsabilidad que le incumbe y, por consecuencia, el ejercicio de la hipoteca legal? La negativa

1 Aubry y Rau, t. III, p. 212, nota 20, pfo. 264 *bis*.
2 Pau, 19 de Agosto 1850 (Dalloz, 1851, 2, 9).



es de jurisprudencia (1) y no nos parece contestable. El *derecho* de goce como usufructuario no impide la *obligación* que el padre tiene de administrar como buen padre de familia; luego desde que causa un perjuicio á sus hijos por una mala gerencia es responsable en sus bienes, sin que pueda oponer que tiene el derecho de gozar; su derecho de gozar es limitado, puesto que todo usufructuario debe gozar como buen padre de familia; y en la especie su derecho aun está restringido por la obligación que tiene impuesta de administrar bajo pena de ser responsable de mala gerencia. En cuanto al punto de saber si hay mala gerencia y de qué falta el tutor es responsable nos transladamos al título *De la Tutela* y á lo dicho en el título *De las Obligaciones* sobre la teoría de las culpas.

276. La cuestión de saber si los fondos son pupilarios ha dado lugar á una dificultad de derecho. Los inmuebles de la comunidad que existía entre el padre y la madre eran indivisos entre el padre supérstite y su hijo; la indivisión no cesa más que por una licitación formada después de la mayor edad del hijo. ¿Tenía éste una hipoteca legal en garantía del precio de licitación? Nó, pues su parte en el precio no constituía un crédito pupilar, habiendo nacido el derecho del hijo después de su mayor edad. En interés del hijo se decía que la licitación valía por partición y que la partición retrotraía al día en que había comenzado la indivisión. La Corte de Rennes contestó que esto era hacer una mala aplicación del art. 883; si la partición era declarativa de propiedad no resultaba que el precio de licitación se debiera en una época en que subsistía la indivisión: no puede haber crédito de precio cuando no hay venta, y el padre no puede tener en cuenta á su hijo un precio que no se le debe. (2)

1 Bruselas, 10 de Mayo de 1809 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1009). Bourges, 6 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 300).
2 Rennes, 31 de Marzo de 1841 (Dalloz, en la palabra Sucesión, número 2111).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

277. La hipoteca legal garantiza los accesorios del crédito tanto como el capital. Entre los accesorios están comprendidos los intereses vencidos durante la tutela, pero con la restricción que resulta del art. 87, la que veremos al tratar de la inscripción hipotecaria. (1) Los gastos de la cuenta son á cargo del menor; no sucede lo mismo con los gastos de los incidentes que surgieren en la instancia á la rendición de cuentas y en las que el tutor sucumbe: aunque la instancia sea posterior á la tutela el menor debe obtener sin gastos lo que ha reclamado contra su tutor, puesto que la sentencia no hace más que declarar su derecho. (2) En este sentido los gastos son un accesorio del crédito principal.

278 ¿Qué se debe decidir de los intereses que corren después de la mayor edad? La Corte de Gante juzgó que la hipoteca legal no se extendía á estos intereses. (3) Esta es una aplicación del principio que hemos establecido en el título *De la Tutela* en lo relativo á los gastos de gerencia posteriores á la tutela. El principio está controvertido (t. V, núms. 117-119), pero la aplicación al régimen hipotecario no podría ser dudosa conforme á los nuevos principios que rigen la hipoteca legal. Esta se halla sometida á la inscripción, y la inscripción no se puede hacer más que por los fondos pupilares y para garantizar la responsabilidad del tutor. Y cuando termina la tutela no hay fondos pupilares ni responsabilidad del tutor, hay un nuevo crédito distinto de aquel para el que se hizo la inscripción; y la inscripción no conserva más que los créditos por losque fué hecha. (4)

1 Bourges, 28 de Abril de 1838 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1058).

2 Pau, 19 de Agosto de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 5).

3 Gante, 3 de Febrero de 1854 (Pasicrisia, 1854, 2, 178). En sentido contrario, en cuanto á los interses, Gante, 29 de Julio de 1852 (Pasicrisia, 1853, 2, 137).

4 Compárese Martou, t. II, p. 368, núm. 785.



## § III.—De los bienes gravados por la hipoteca.—Especialización.

279. La hipoteca de los menores é interdictos grava todos los bienes del tutor, presentes y futuros (núm. 257), pero debe especializarse por consejo de familia antes de inscribirse. La deliberación que especializa la hipoteca ¿tiene por efecto hacerla convencional? Sentada así la cuestión no tiene sentido. Lo que caracteriza la hipoteca legal es que sólo existe en virtud de la ley; es decir, de pleno derecho, y sin que sea necesario el consentimiento del acreedor ó del deudor, lo que excluye cualquiera idea de convención (núm. 189). Sin embargo, los autores y la misma ley, cuando se trata de la hipoteca legal de la mujer, se sirven de expresiones de las que se podría inducir que consideran la hipoteca como convencional, como consecuencia de la especialización que se debe hacer. De este modo se dice que el consejo de familia *toma* hipoteca ó que ésta se *constituye* por él; la ley dice que la mujer *estipula* una hipoteca por su contrato de matrimonio (arts. 64 y 66). Todas estas expresiones son inexactas. Cuando la ley concede una hipoteca no se trata ya de *tomarla*, existe de pleno derecho; el consejo de familia no la constituye, la especializa; la mujer no *estipula* la htpoteca porque la estipulación implica una convención, y la hipoteca está establecida por la ley, sin convención ninguna. Lo que es verdad es que la hipoteca legal sólo es eficaz por la inscripción y no puede ser inscripta sino después de especializada; pero esta especialización no cambia la naturaleza de la hipoteca, queda lo que era por su esencia legal. ¿Se concibe que una hipoteca sea á la vez legal y convencional cuando la hipoteca es legal en el sentido de que existe sin convención?

280. Insistimos en la exactitud del lenguaje porque sería raro que el lenguaje inexacto no condujera á ideas inexactas.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

277. La hipoteca legal garantiza los accesorios del crédito tanto como el capital. Entre los accesorios están comprendidos los intereses vencidos durante la tutela, pero con la restricción que resulta del art. 87, la que veremos al tratar de la inscripción hipotecaria. (1) Los gastos de la cuenta son á cargo del menor; no sucede lo mismo con los gastos de los incidentes que surgieren en la instancia á la rendición de cuentas y en las que el tutor sucumbe: aunque la instancia sea posterior á la tutela el menor debe obtener sin gastos lo que ha reclamado contra su tutor, puesto que la sentencia no hace más que declarar su derecho. (2) En este sentido los gastos son un accesorio del crédito principal.

278 ¿Qué se debe decidir de los intereses que corren después de la mayor edad? La Corte de Gante juzgó que la hipoteca legal no se extendía á estos intereses. (3) Esta es una aplicación del principio que hemos establecido en el título *De la Tutela* en lo relativo á los gastos de gerencia posteriores á la tutela. El principio está controvertido (t. V, núms. 117-119), pero la aplicación al régimen hipotecario no podría ser dudosa conforme á los nuevos principios que rigen la hipoteca legal. Esta se halla sometida á la inscripción, y la inscripción no se puede hacer más que por los fondos pupilares y para garantizar la responsabilidad del tutor. Y cuando termina la tutela no hay fondos pupilares ni responsabilidad del tutor, hay un nuevo crédito distinto de aquel para el que se hizo la inscripción; y la inscripción no conserva más que los créditos por losque fué hecha. (4)

1 Bourges, 28 de Abril de 1838 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1058).

2 Pau, 19 de Agosto de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 5).

3 Gante, 3 de Febrero de 1854 (Pasicrisia, 1854, 2, 178). En sentido contrario, en cuanto á los interses, Gante, 29 de Julio de 1852 (Pasicrisia, 1853, 2, 137).

4 Compárese Martou, t. II, p. 368, núm. 785.



## § III.—De los bienes gravados por la hipoteca.—Especialización.

279. La hipoteca de los menores é interdictos grava todos los bienes del tutor, presentes y futuros (núm. 257), pero debe especializarse por consejo de familia antes de inscribirse. La deliberación que especializa la hipoteca ¿tiene por efecto hacerla convencional? Sentada así la cuestión no tiene sentido. Lo que caracteriza la hipoteca legal es que sólo existe en virtud de la ley; es decir, de pleno derecho, y sin que sea necesario el consentimiento del acreedor ó del deudor, lo que excluye cualquiera idea de convención (núm. 189). Sin embargo, los autores y la misma ley, cuando se trata de la hipoteca legal de la mujer, se sirven de expresiones de las que se podría inducir que consideran la hipoteca como convencional, como consecuencia de la especialización que se debe hacer. De este modo se dice que el consejo de familia *toma* hipoteca ó que ésta se *constituye* por él; la ley dice que la mujer *estipula* una hipoteca por su contrato de matrimonio (arts. 64 y 66). Todas estas expresiones son inexactas. Cuando la ley concede una hipoteca no se trata ya de *tomarla*, existe de pleno derecho; el consejo de familia no la constituye, la especializa; la mujer no *estipula* la htpoteca porque la estipulación implica una convención, y la hipoteca está establecida por la ley, sin convención ninguna. Lo que es verdad es que la hipoteca legal sólo es eficaz por la inscripción y no puede ser inscripta sino después de especializada; pero esta especialización no cambia la naturaleza de la hipoteca, queda lo que era por su esencia legal. ¿Se concibe que una hipoteca sea á la vez legal y convencional cuando la hipoteca es legal en el sentido de que existe sin convención?

280. Insistimos en la exactitud del lenguaje porque sería raro que el lenguaje inexacto no condujera á ideas inexactas.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Por esto un intérprete de la ley belga llegó hasta á decir que la hipoteca legal del menor es convencional porque el tutor la consiente, ya sea expresa ó tácitamente. (1) El error es palpable. No es cierto que el tutor consienta en la hipoteca, puesto que existe en virtud de la ley. Tampoco es cierto que consiente en la especialización. El consejo de familia es el que especializa la hipoteca del menor, la ley sólo dice que el tutor debe ser *oído ó llamado*. Que el tutor responda al llamamiento ó no, que quiera ó que no quiera, el consejo de familia especificará la hipoteca porque la ley lo obliga á ello. Aunque el tutor sea oído no consiente; lo que lo prueba es que después de haber sido oído puede hacer oposición á la deliberación (arts. 50 y 51); y apesar de su oposición el tribunal puede mantener la deliberación del consejo de familia. De este modo la hipoteca, lejos de ser convencional, no lo es siquiera como la especificación. Hay más: aunque la hipoteca fuera especificada por convención como ésta se hace para la hipoteca de la mujer, en razón de su dote y de sus convenciones matrimoniales, la hipoteca no es menos legal, porque las convenciones de las partes no pueden modificar la esencia de un derecho que es de orden público.

281. El autor que nos permitimos criticar compara el consejo de familia á un notario que recibe un contrato de hipoteca. (2) Esta es una consecuencia del primer error y de un error nuevo. El notario interviene por dar autenticidad á la convención que constituye la hipoteca, mientras que el consejo de familia interviene para especificar, llenando una misión que la ley le confía. No se puede asimilar la hipoteca legal especificada por el consejo á una hipoteca convencional que para existir debe recibirse en la forma auténtica. Cuando un derecho existe en virtud de la ley

1 Clces, Comentario, t. II, p. 173 y notas, p. 186 y *passim*.
2 Clces, Comentario, t. II, p. 293 y *passim*.



no se trata ya de formas; la hipoteca legal no es una acta solemne, esto es contradictorio en los términos: la solemnidad de la hipoteca tiende á la manifestación auténtica del consentimiento y la hipoteca legal existe sin consentimiento. No hay ninguna analogía entre el papel de notario y el de consejo de familia. El notario no está llamado á especificar, redacta las convenciones de las partes; éstas son las que deben indicar el monto del crédito para cuya seguridad se constituye la hipoteca y determinar los bienes que grava la hipoteca. La misión del consejo de familia es otra: obra como autoridad investida de su poder, poder que también es un cargo como lo son todos los poderes que se ejercen en interés público. En efecto, el consejo de familia no solamente interviene en interés del menor para dar eficacia á su hipoteca sino también en interés del tercero y, por tanto, en un interés social, pues es en interés de la sociedad por lo que la ley establece los principios de especialidad y de publicidad, y también es interés social por el que las hipotecas legales deben ser especificadas y publicadas.

Estas nociones son de teoría, pero la teoría gobierna la práctica y es casi seguro que un error en los principios más elementales conduzca á un error en la aplicación de la ley Ya hemos dado muchos ejemplos en el curso de nuestros trabajos.

*Núm. 1. ¿Por quién y cuándo se especifica la hipoteca legal?*

282. Es el consejo de familia el que está llamado á especificar la hipoteca legal del menor, del interdicto y, por consiguiente, del enajenado. En el sistema del Código Napoleón el consejo de familia estaba encargado de vigilar los intereses del menor, y como la especificación se hace en su interés pareció natural encargar al consejo el cuidado de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

resguardar los derechos de los menores. El tribunal igualmente interviene, ya por oposición formada contra las deliberaciones del consejo de familia (art. 51), ya para homologarlas (art. 60), ejerciendo una sobrevigilancia en la acción de los consejos de familia y de jueces de paz que los presiden. Esta intervención de la justicia para la conservación de los derechos que pertenecen á los menores es un elemento esencial de nuestro sistema hipotecario. En nuestro concepto es la única garantía real que asegura la eficacia de la hipoteca que la ley da á los incapaces. No se debe contar sobre los consejos de familia: la ignorancia por una parte y por otra una culpable indiferencia que paraliza su acción. A la verdad están presididos por un magistrado, pero es de temer que los jueces de paz no tengan en el ejercicio de sus funciones el celo indispensable para ilustrar á las familias y estimularlas á la actividad. El legislador obró sabiamente poniendo á los jueces de paz y á los consejos bajo la dirección de los tribunales. Toca al Gobierno cuidar de que dicha sobrevigilancia se haga real. La publicidad sería un medio poderoso para alcanzar este fin. Se da anualmente un informe acerca de la ejecución de la ley: que se la hago pública que señale á los tribunales los que no cumplen con sus deberes y que, en caso de necesidad, se recurra al poder correccional de las cortes de pelación.

283. La hipoteca legal de los menores no produce efecto sino cuando está inscripta; es la inscripción la que determina su rango. Interesa, pues, que la inscripción se haga antes que el tutor entre en la gerencia, porque desde que entra puede comprometer los intereses del tutoreado, y, por consiguiente, éste debe tener una garantía desde el instante en que la gerencia tutelar empieza. Tal es el sistema de la ley; quiere que la hipoteca sea especificada cuando el nombramiento del tutor ó antes de que entre al ejercicio de ella (art. 49); prohibe al tutor ingerirse en la gerencia antes que



se haga la inscripción (art. 52). Más adelante hablaremos de la inscripción; por ahora sólo se trata de la especificación; es necesaria para que pueda hacerse la inscripción; se necesita, pues, que la hipoteca esté especificada lo más pronto posible. Si la tutela es dativa el consejo debe especificar la hipoteca en la misma sesión en que procede al nombramiento del tutor. Tal es la disposición expresa de la ley; pero puede suceder que la ejecución sea imposible. Si el tutor no está en el lugar ó propone excusa el consejo se hallará en la imposibilidad de proceder á la especificación porque el tutor debe ser oído (art. 50), bajo pena de nulidad. En este caso se necesita una nueva reunión del consejo de familia; el juez de paz vigilará que la asamblea fije su sesión á un plazo más corto.

Amenudo la tutela será legítima, ya sea la del supérstite del padre ó de la madre, ya sea la de los ascendientes; la tutela también puede diferirse por el último que muera de los padres. En este caso la ley quiere que el consejo de familia especifique la hipoteca del menor antes de entrar á ejercer el tutor. Se necesita, pues, convocarlo á este efecto. En los términos del art. 421 del Código Napolón el tutor legítimo ó testamentario debe, antes de entrar á sus funciones, hacer convocar un concurso de familia para el nombramiento de un subrogado tutor. Este mismo consejo deberá proceder á la especificación de la hipoteca.

284. La eficacia de la hipoteca del menor depende de la especificación; importa, pues, asegurar la convocatoria del consejo de familia antes de la toma de gerencia del tutor. ¿Quién convocará el consejo? La Ley Hipotecaria guarda silencio acerca de este punto; se atiene por esto mismo al derecho común. En los términos del art. 406 el consejo de familia se convoca por requisición y á instancia de los padres del menor, de sus acreedores ó demás partes interesa-



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

das, ya sea de oficio y por promoción del juez de paz del domicilio del menor. Con el fin de advertir al juez de paz de la necesidad de convocar el consejo de familia la ley agrega que toda persona podrá denunciarle el hecho que da lugar á la apertura de la tutela. Es sobre todo cuando se trata de especificar la hipoteca legal cuando el juez de paz debe tomar la iniciativa; los terceros pueden estar interesados en que la inscripción no se haga, puesto que una hipoteca no inscripta no les puede ser opuesta, y no hay que contar con los parientes.

Se pregunta si el Procurador del Rey puede requerir la convocación del consejo. El proyecto de ley le daba este derecho, pero la disposición ha sido quitada, sin duda porque el art. 406 parecía insuficiente. Y el Procurador del Rey no está comprendido entre las personas que pueden pedir la convocación del consejo de familia (t. IV, número 453); (1) hay que confesar que los oficiales del Ministerio Público están raramente en el caso de conocer el hecho que les diera derecho á intervenir; mientras que los jueces de paz están en los lugares ó se les informa de la apertura de las tutelas que les da el derecho y les impone la obligación de obrar.

285. La ley quiere que la hipoteca esté especificada é inscripta antes de la entrada del tutor á la gerencia. Desgraciadamente no siempre se ejecuta la ley; el tutor gira sin que haya especificación ni inscripción. Se pregunta si estos actos son válidos para con los terceros. La ley no pronuncia la nulidad; el art. 49, que trata de la especificación, dice sencillamente que el consejo debe hacerlo „antes de la entrada en ejercicio de cualquiera tutela;„ no dice cuál será el valor de los actos de gerencia del tutor si la hipoteca no está especificada; ni siquiera prohibe que el tutor obre. El art. 52 contiene esta prohibición en el caso en que

1 Hay opiniones contrarias (Timmermáns, p. 28, nota 55).



el tutor no toma inscripción; lo que supone que la hipoteca ha sido especializada: „Si el tutor se inmiscua en la gerencia antes que esta formalidad haya sido cumplida el consejo de familia podrá retirarle la tutela.„ Así la ley pronuncia una sanción; no es la nulidad del acto, es la destitución del tutor, y hasta es facultativa. Síguese de esto que los actos de gerencia son válidos.

Los trabajos preparatorios confirman esta interpretación, aunque dejen una leve duda. Según el proyecto sometido á la Cámara los actos hechos por el tutor eran nulos para con los terceros; la comisión especial dice que el tutor no tiene calidad mientras que no ha dado al menor las garantías legales de la fidelidad de su gerencia. Esta disposición desapareció á consecuencia de un cambio de redacción propuesto por el Ministro de Justicia. Esto parece decisivo. Hé aquí el motivo de duda: El relator de la comisión, adhiriéndose á la reforma del Ministro, declaró que estos cambios sólo eran de redacción, que la ley permanecía la misma. De esto se concluye que el sistema propuesto por la comisión debe recibir su aplicación. Esto nos parece inadmisible. Las palabras del relator no pueden reemplazar una disposición que no existe y que en lugar de haber sido adoptada fué quitada. (1) Puede sentirse que lo haya sido; esto hubiera sido la sanción más enérgica del sistema de especificación y de publicidad introducido por la nueva ley.

*Num. 2. De la deliberación del consejo de familia.*

286. El art. 50 dice: „La deliberación del consejo de familia será motivada.„ En regla general el consejo no tiene que motivar sus decisiones, aunque deban ser homologadas.

1 Martou, t. II, p. 366, núm. 799. En sentido contrario, Cloes, t. II, p. 169, núms. 1174 y 1175.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

¿Por qué la ley hace excepción cuando se trata de la especificación de la hipoteca? La comisión especial contesta: «qué importa que el consejo de familia sólo determine después de madurado examen y con pleno conocimiento de causa.» Diremos más adelante que los consejos de familia están demasiado inclinados á decidir que no se tomará ninguna inscripción. Podría también suceder que un consejo se mostrase demasiado riguroso con el tutor exigiéndole una garantía excesiva. En toda hipótesis es bueno que el consejo esté obligado á motivar su deliberación; se detiene uno ante una mala decisión cuando se está obligado á motivarla; hay que agregar: cuando se sabe que una autoridad superior tiene el poder de examinarla. Y las deliberaciones acerca de la especificación están sujetas á oposición; esta es una razón más para exigir que las deliberaciones estén motivadas; el Relator de la Cámara lo hizo observar. (1)

¿La deliberación debe ser motivada bajo pena de nulidad? La afirmativa no es dudosa. Este es el caso de aplicar el principio de las nulidades virtuales. Hay nulidad virtual, en virtud de la intención del legislador, cuando una formalidad es substancial, y, en el caso, la ley quiere que la deliberación esté motivada por excepción al derecho común con el fin de asegurar la conservación de los derechos del menor, y toda disposición que tienda á este objeto debe ser considerada como substancial. Queda por saber cuál es el carácter de la nulidad. Está establecida por interés del menor, sobre todo, y también en interés del tutor; sólo ellos pueden, pues, prevalecerse de ella y deben hacerlo formando oposición contra la deliberación. Si ésta no está atacada se convierte en irrevocable y, en este caso, ya no puede tratarse de pedir su nulidad por falta de motivos. (2)

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 23). Leliévre, informe (Parent, p. 133).
2 Martou, t. II, p. 379, núms. 797 y 798. Cloes, t. II, p. 183, núm. 1195.



¿Basta que el consejo dé motivos cualesquiera para que la deliberación sea válida? Nó, seguramente; si la ley quiere que la decisión esté motivada es precisamente para que el consejo sólo decida por razones serias. El tribunal, en caso de oposición, podrá, pues, anular la deliberación si no está suficientemente motivada. (1)

287. El art. 883 del Código de Procedimientos dice: «Todas las veces que las deliberaciones del consejo de familia no sean unánimes la opinión de cada uno de los miembros que la componen será mencionada en el acta.» ¿Es aplicable esta disposición á la deliberación que especifica la hipoteca legal del menor? La afirmativa está enseñada por los intérpretes de la Ley Hipotecaria (2) y no nos parece dudosa. El art. 883, concebido en los más generales términos, se aplica á toda deliberación del consejo de familia; el art. 50 de la Ley Hipotecaria no lo deroga, pues prescribir que el consejo motive su decisión es decir que la decisión de la mayoría está motivada; esto no impide dar los motivos de cada uno de los miembros; es una garantía más para el menor en el negocio más importante de que tenga que ocuparse el consejo; las razones dadas por cada miembro servirán para ilustrar al tribunal en caso de oposición.

288. El art. 50 prescribe una segunda condición para la validez de la deliberación relativa á la hipoteca legal; el tutor debe ser llamado y oído. Su presencia es necesaria porque es parte en causa. La ley quiere que la hipoteca esté especificada con el fin de proteger el crédito del deudor; es, pues, necesario que éste pueda discutir los elementos de la especificación; probar, si hay lugar, que el consejo fija una suma demasiado crecida para el recurso que el menor podrá tener contra él, ó que el consejo quiere tomar inscripción en más inmuebles de lo necesario para asegurar una

1 Lieja, 12 de Julio de 1871 (Pasicrisia, 1871, 2, 370).
2 Martou, t. II, p. 380, núm. 800. Cloes, t. II, p. 182, núm. 1192.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

garantía plena al menor. El tutor debe también ser oído en interés del pupilo; aquél es ordinariamente el pariente más cercano; podrá dar á conocer al consejo la fortuna del menor y sólo él puede dar informes seguros acerca de los inmuebles que deberán ser inscriptos. (1)

La ley no exige, sin embargo, que el tutor sea siempre oído, restringe esta condición al caso previsto por el § 1.° del art. 49; el § 2 de este artículo permite al consejo declarar que no se tomará ninguna inscripción en los bienes del tutor. En este caso la presencia del tutor es inútil. Aunque el consejo decida que una inscripción será tomada la ley se contenta con llamar al tutor; éste no está obligado á contestar á este llamamiento en el sentido de que no se le puede obligar á asistir á la deliberación del consejo, pero también su negativa no puede impedir que el consejo proceda á la especificación de la hipoteca. Todo cuanto resultará de la ausencia del tutor es que el consejo, no ilustrado por sus observaciones, podrá tomar una decisión que le sea perjudicial; el tutor tiene en este caso el derecho de oposición.

Se pregunta si la deliberación es nula en el caso en que el tutor no hubiera sido llamado. Su presencia está, sobre todo, requerida en su interés y en este sentido la formalidad es substancial; el tutor podrá, pues, perder la nulidad de la deliberación probando que el consejo de familia ha lesionado sus derechos exagerando la garantía hipotecaria, ya sea en cuanto al monto del crédito eventual del menor, ya en cuanto á los inmuebles en los que ordenó tomar inscripción. Si el tutor no sufrió ningún perjucio por no haber sido oído se entiende que no podrá pedir la nulidad; este es el caso de decir con el antiguo adagio: no hay nulidad sin perjuicio. (2)

1 D'Anethán, informe [Parent, p. 415].
2 Martou, t. II, p. 382, núm. 803.



289. La deliberación del consejo que especifica la hipoteca ¿debe ser homologada? Nó, el Código no lo exige, y es de principio que las deliberaciones de los consejos de familia no tienen que ser homologadas sino en los casos que la ley determina. La ley prescribe la homologación cuando se trata de reducir las garantías por causa de exceso (número 60), no somete á la homologación la deliberación que especifica la hipoteca. El legislador pensó que el derecho de oposición basta para resguardar los intereses del menor y que, por consiguiente, la homologación hubiera ocasionado gastos inútiles; hay que evitar que los intereses del menor se perjudiquen en fuerza de quererlos garantizar (1)

290. El art. 51 permite á las partes interesadas formar oposición contra la deliberación del consejo de familia que especifica la hipoteca legal del menor. Este es el derecho común; es de principio que toda deliberación del consejo puede ser atacada por vía de oposición (Código de Procedimientos, art. 883). La oposición debía admitirse siempre en una materia en que es de temer, como lo decía el Ministro de Justicia, que el consejo sacrifique los intereses del menor al temor de molestar al tutor; pudiera suceder también que el consejo diera en el exceso contrario, por espíritu de hostilidad contra el tutor; era, pues, menester en todo caso el registro de una autoridad superior imparcial en su esencia. (2) Es por vía de oposición como se ejerce el recurso y no por vía de apelación, porque las decisiones del consejo de familia no son sentencias. Esta vía de procedimiento permite un nuevo recurso: la apelación contra la sentencia que se pronuncia en la oposición.

El art. 51 indica los motivos por los que se puede formar oposición: son la insuficiencia de garantías ó el exceso; en el

1 Sentencia del Tribunal de Bruselas de 2 de Junio de 1855 (Bélgica Judicial, t. XIII, p. 932). Martou, t. II, p. 383, núm. 802 *bis*.
2 Sesión de 7 Febrero de 1851 [Parent, pa. 319 y siguientes].

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

primer caso la oposición tiene por objeto aumentarlas y en el otro reducirlas. Puede suceder también que el consejo de familia, usando de la facultad que le da el art. 49, decida que no hay lugar á tomar inscripción en los bienes del tutor; se entiende que puede formarse oposición á esta decisión tan peligrosa para el menor como la que le quita toda garantía; y, como lo diremos más adelante, es precisamente esta resolución la que los consejos de familia están más dispuestos en tomar.

291. ¿Quién puede formar oposición? El art. 51 enumera las personas interesadas que tienen el derecho de formar oposición contra la deliberación del consejo que especificó la hipoteca. Es desde luego el tutor: tiene interés y derecho en atacar la decisión si dió al menor una garantía excesiva; semejante decisión viola el espíritu de la ley, pues al ordenar especificar la hipoteca la ley tuvo por objeto proporcionar la garantía hipotecaria al real interés del menor. Teniendo la oposición del tutor á reducir las garantías determinadas por el consejo de familia la demanda debe, pues, ser formada contra el subrogado tutor; esta es la aplicación del principio establecido por el art. 420 del Código Napoleónico, según el cual las funciones del subrogado tutor consisten en obrar por interés del menor cuando están en oposición con las del tutor.

¿El tutor podrá oponerse si cuando la deliberación se adhirio á la decisión tomada? Se enseña, con razón, la negativa. No es porque la especificación sea un contrato y que se necesite del consentimiento del tutor para proceder á ella, la ley dice que el consejo especifica y el tutor será oído.

El tutor debe, pues, protestar si tiene en ello interés; si aprueba ya no puede reclamar por su hecho. Su ahdesión hasta podría ser tácita; así pasa con toda manifestación de voluntad. (1) ¿Cuándo habrá aquiescencia tácita? Esto es una dificultad de hecho que los jueces deciden según las circunstancias de la causa.



292. El art. 51 da también el derecho de formar oposición al subrogado tutor, así como á cualquier miembro del consejo de familia. Su oposición tiene naturalmente por objeto aumentar las garantías que el consejo ha determinado en favor del menor si le parecen insuficientes; con más razón podrán atacar la deliberación por la que el consejo declaró que no se tomaría ninguna inscripción en los bienes del tutor. La oposición está formada contra el tutor; él es la parte interesada, puesto que la demanda tiende á agravar su situación hipotecaria.

¿Debe aplicarse al subrogado tutor y á los miembros del consejo lo que hemos dicho del tutor que aceptó la deliberación? (núm. 291). Es de jurisprudencia que los miembros del consejo no están ligados por la opinión que han dado en la deliberación; (2) no obran en su nombre ni en su interés, como el tutor, que es parte en la causa; su deber es garantizar los derechos del menor; si se han equivocado y si más ilustrados quieren deshacer su error, que sería perjudicial al menor, la ley les debe dar el medio; por esto dice en términos absolutos que todos los miembros del consejo pueden formar oposición.

293. ¿Puede el juez de paz formar oposición? En el título *De la Tutela* hemos decidido la cuestión negativamente en términos generales. Para las deliberaciones del consejo de familia acerca de la especificación de la hipoteca legal hay un texto especial. El art. 51 da á *todo miembro* del consejo el derecho de formar oposición. Y el juez de paz es miembro en virtud de la ley; está, pues, compren-

1 Martou, t. II, p. 383, núm. 806.
2 Véase la jurisprudencia en Martou, t. II, p. 384, núm. 808.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dido en el texto, y el espíritu de la ley no deja ninguna duda. En nuestra opinión la intervención activa del juez de paz es la garantía más fuerte del menor y muy amenudo la única; no deben, pues, restringirse sus poderes. Esta consideración prevalece á la que hemos hecho valer en el título *De la Tutela*, según los autores franceses. El juez de paz debe, sin duda, permanecer extraño á las personas que mueven al consejo de familia, pero cuando la mayoría no resguarda los derechos de un menor no debe titubear en tomar partido por éste. Tal es también la intepretación que M. d'Anethán, el relator de la comisión del Senado, ha dado de la ley; (1) la doctrina y la jurisprudencia la han consagrado. (2)

294. La oposición debe formarse en los ocho días (artículo 51). Es un plazo muy corto; la ley quiere que la garantía del menor esté fijada lo más pronto posible; esto es sobre todo necesario si ésta es insuficiente, y si es excesiva importa al tutor que la reducción se haga en seguida, pues su crédito sufre con la inscripción que se toma en sus bienes en virtud de la deliberación del consejo. La oposición, según el art. 51, no es suspensiva; la ley no podía admitir la suspensión, puesto que hubiera resultado de ella que el tutor no hubiera podido ejercer la tutela, siéndole toda gerencia prohibida mientras que la hipoteca no está inscripta (art. 52).

El plazo de ocho días corre á partir de la deliberación. Se cuenta como todos los plazos; es decir, que los ocho días deben ser completos; no se cuenta, pues, en el plazo el día en que fué tomada la deliberación; esto es el derecho común: el *dies a quo* no está comprendido en el plazo, y el *dies ad quem*, ó el último día del plazo, pertenece por entero á la parte interesada para proceder al acto que debe hacerse en un plazo determinado. Tendremos oportunidad de volver á este principio al tratar de la renovación de la inscripción hipotecaria.

1 Parent, p. 505.
2 Martou, t. II, núm. 808, p. 384. Compárense las sentencias citadas por Timmermáns, p. 25, nota 47.



Se pregunta si el plazo de ocho días es aplicable al tutor debidamente llamado que no asistió á la deliberación. El silencio de la ley decide la cuestión: el art. 51, que determina la duración del plazo, menciona al tutor y lo pone en la misma línea que al subrogado tutor y los miembros del consejo de familia. No había ninguna razón para hacer alguna excepción en su favor; fué llamado y si no asistió á la convocación la prudencia le aconseja informarse de la decisión que se hubiera tomado; es en este sentido en el que se ha explicado la ley, cuando la discusión, por el relator y el Ministro de Justicia. El tutor, dice M. Lelièvre, que se ha llamado se reputa como teniendo conocimiento de la deliberación del consejo de familia; desde luego el plazo corre contra él. El interés de los menores exige, necesariamente, esta medida. Por otra parte, la ley lo informa de que sólo tiene un plazo de ocho días para hacer oposición; por tanto, no había razón para prolongar este plazo. (1)

295. El art. 51, § 3.°, dice: «El tribunal estatuira como en *materia urgente*.» Esta última expresión, dice M. Lelièvre en su informe á la Cámara, indica claramente que se trata de un negocio sumario. Es la aplicación del art. 884 del Código de Procedimientos, en cuyos términos la oposición á las deliberaciones del consejo de familia se juzga sumariamente. Las materias sumarias, dice el art. 405, se juzgan en audiencia, después de vencidos los plazos y las citas, en una simple acta, sin más procedimientos ni formalidades. No entramos en detalles por no ser de nuestro estudio.

1 Sesión de la Cámara de 26 de Febrero de 1851 (Parent, p. 386). Marton, t. II, p. 385, núm. 812. En sentido contrario, Beckers, De las hipotecas legales, p. 65, núm. 46.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

296. El art. 51 agrega que el tribunal estatuye «después de haber oído al Procurador del Rey y en contradicción con él.» El Ministerio Público debe ser oído en materia de tutela, pero conforme al derecho común no es parte en los negocios civiles; el art. 51 deroga este principio disponiendo que el tribunal estatuirá en *contradicción* con el Procurador del Rey; es decir, que es parte principal tanto como el oponente y aquel contra el que se hace la oposición. (1) Lo cual prueba la importancia que la ley da á la especificación de la hipoteca legal; no sólo interesa al menor y al tutor, el interés público está comprometido en el debate porque es en dicho interés en el que la ley somete la hipoteca legal á los principios de especialidad y de publicidad; pero también quiso resguardar los derechos de los menores; se trataba, pues, de conciliar los distintos intereses y muy amenudo opuestos; hé aquí por qué el Ministerio Público, que es el órgano de la sociedad, es parte en el debate.

De aquí se sigue que el Ministerio Público, lo mismo que las otras partes, interpone apelación (Código de Procedimientos, art. 889) y recurre á la casación. Hay una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica en este sentido, y la cuestión no es dudosa. Cuando la causa es simplemente comunicable el Ministerio Público llena su misión tomando la palabra para contradecir las conclusiones de las partes ó para apoyarlas; mientras que en el caso en que es parte en la causa puede obrar de oficio é introducir, como parte principal y contradictor legal del tutor, las demandas que juzgare útiles en interés de los incapaces. La consecuencia de este principio es evidente en lo relativo al derecho de apelación; y en cuanto al recurso de casación el Ministerio Público tiene el derecho de formar no sólo en interés de la ley, lo que es de derecho común, sino también

1 Martou, t. II, p. 388, núm. 815. Cloes, t. II, p. 190, núm. 1208.



en interés del menor, del que es representante y protector legal. (1)

*Núm. 3 Especificación de la hipoteca legal.*

297. La hipoteca legal del menor debe ser especificada. Se debe, pues, aplicar el principio de especialidad tal como la ley lo establece para la hipoteca convencional. En los términos del art. 78 (Código Civil, art. 2129) no hay más hipoteca válida que la que declara *especialmente* la naturaleza y la situación de cada uno de los inmuebles que el deudor consiente en hipotecar en garantía del crédito; y el art. 80 (Código Civil, art. 2132) dice que la hipoteca convencional no es válida sino en tanto que la suma por la que se consintió está determinada en el acta. La hipoteca debe, pues, ser especial en cuanto al crédito y en cuanto á los bienes que están afectados á su pago. Es muy fácil especializar la hipoteca convencional, puesto que el crédito generalmente es líquido, y cuando no lo es la liquidación se puede hacer conforme á bases ciertas. No sucede lo mismo con la hipoteca legal del menor. Debe especificarse antes de que el tutor entre á la gerencia, en una época en que no conocía ni la cifra exacta de la fortuna del menor ni el crédito que podría tener por este punto en razón de la gerencia tutelar contra su tutor. ¿Cómo en estas circunstancias se podría determinar la suma por la que se debe hacer la inscripción? Y si esta suma es indeterminable, por esto mismo se hace imposible determinar los inmuebles. Vamos á ver cómo la ley belga resolvió la dificultad.

298. El art. 49 dice que el consejo de familia fijará la suma por la que se deba hacer la inscripción con relación á la fortuna de los menores. Es cierto que la garantía hipotecaria debe ser proporcional á la fortuna del incapaz

1 Casación, 19 de Marzo de 1874 [Pasicrisia, 1874, 1, 92].

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que se trata de resguardar. Pero ¿cómo conocerá esta cifra el consejo de familia? Delibera en un momento en que el tutor aun no entra á sus funciones; no hay inventario; el consejo deberá, pues, atenerse al conocimiento más ó menos imperfecto que sus miembros y el tutor tengan de los bienes del menor. Esto es de una vaguedad extremada, y, por consecuencia, la fijación de la suma por la que se haga la inscripción será necesariamente inexacta. Si el error es poco considerable el consejo, cuando estuviere mejor informado, deberá tener una nueva deliberación con el fin de aumentar ó disminuir la suma.

299. El art. 49 dice en segundo lugar que el consejo de familia tendrá presentes los valores de que se compone la fortuna del menor; es decir, que la suma que el consejo fijare variará según que la fortuna del menor sea mobiliar ó inmobiliar. La razón es que el tutor no puede disponer de los bienes inmuebles de su pupilo sino con autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal; si no observa estas formalidades los actos que haga serán nulos; la acción en nulidad será ya una garantía para el menor. Otra cosa sucede con los efectos mobiliares; en la opinión generalmente seguida el tutor puede disponer de ellos, y aun que se admitiera, como lo hemos enseñado, que el tutor no tiene el derecho de disposición los terceros posesores de buena fe estarían al abrigo de la acción en reivindicación, al menos para los muebles corporales. Nos transladamos en lo relativo á la dificultad del principio al título *De la Tutela*. Cualquiera que sea la opinión que se siga es cierto que el tutor, si se le supone de mala fe, puede fácilmente substraer y dilapidar la fortuna mobiliar de su tutoreado; mientras que si dicha fortuna es inmobiliar no puede perjudicarlo por una mala administración. De aquí se sigue que la garantía inmobiliar debe ser mayor cuando la fortuna del menor es mobiliar que cuando es inmobiliar.



300. ¿Debe el consejo de familia tener en cuenta las sucesiones por las que el menor está llamado como heredero presunto? Nó, en nuestro concepto, porque estas sucesiones no son más que una esperanza; y la ley habla de la *fortuna* del menor; es decir, de los bienes que tiene cuando se hace la especificación de la hipoteca. El mismo texto de la ley es inaplicable á los bienes futuros porque el art. 49 quiere á la vez que el consejo tenga presente la fortuna y la *naturaleza* de los valores de que está compuesta; y ¿cómo puede preveer el consejo si el menor recogerá los muebles ó inmuebles en las sucesiones á que sea llamado? La ley prevee implícitamente la hipótesis permitiendo al consejo exigir una inscripción suplementaria en el caso en que las garantías dadas al menor por la primera deliberación lleguen á ser insuficientes (art. 58). Hay sin duda un peligro para el menor en la necesidad de dichas deliberaciones repetidas, constando por experiencia que se tuvo mucho trabajo para la primera deliberación; pero la ley no podría evitar este peligro sino prescribiendo garantías para resguardar una fortuna que el menor no tiene aún. Esto habría conducido á gravar los bienes del tutor con inscripciones para seguridad de créditos que no existían; lo cual sería contrario á los principios. Vamos á ver cómo la ley permite inscribir por eventualidades de la gerencia de la tutela eventualidades que tal vez no se realizarán nunca. Esto es una derogación de los principios y, por esto mismo, no se la puede extender por vía de analogía. (1)

301. El art. 49 quiere en tercer lugar que el consejo de familia tenga presente estas eventualidades de la responsabilidad del tutor. Conforme al art. 450 el tutor es responsable de los daños y perjuicios que pudieran resultar de una

1 Compárese Martou, t. II, p. 375, núm. 790. El autor dice que sería inoportuno estipular garantías por las sucesiones futuras. En nuestro concepto no tiene derecho á ello.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mala gerencia. Dijimos antes (núms. 272-274) cuáles son las causas de responsabilidad que dan al menor un crédito garantizado por la hipoteca legal. Esto es un derecho eventual; se debe decir más: las acciones contra el tutor por mala gerencia son excepciones. La ley permite, pues, gravar los bienes del tutor de inscripciones para asegurar el pago de los créditos que tal vez el menor no tendrá. Esto es un mal, puesto que estas inscripciones comprometen el crédito del tutor; pero es un mal inevitable. En efecto, la inscripción, para ser eficaz, debe ser anterior á toda gerencia, puesto que la responsabilidad eventual comienza con la entrada á funcionar del tutor; sería absolutamente imposible hacer una inscripción á medida de la responsabilidad en que el tutor incurriera por actos de mala administración; se necesitaba, pues, que la inscripción precediera al crédito para garantizar con alguna eficacia los derechos del menor.

La aplicación de la ley debe hacerse con gran circunspección. No es preciso que el consejo de familia prevea todos los casos posibles de mala gerencia; semejante procedimiento conduciría á gravar al tutor con inscripciones hasta concurrencia de toda la fortuna del menor, si es mobiliar, y de una gran parte de los bienes inmobiliares. No es esto lo que quiere la ley. En efecto, si en la intención del legislador la inscripción debía necesariamente asegurar toda la fortuna del menor sería inútil hablar de las eventualidades de la gerencia tutelar; al exigir que el consejo tenga en vista esas eventualidades la ley decide implícitamente que la inscripción no debe hacerse más que por una fracción de la fortuna del tutoreado. Fué para determinar esta cantidad por lo que la ley indicó las bases del cálculo al que se debía atener el consejo. En definitiva, se trata de un cálculo de probabilidades; esto es muy conjetural, pero la certidumbre en esta materia es imposible.

302. Después de haber fijado la suma por la que se deba



hacer la inscripción el consejo debe designar los inmuebles sobre los que se requiere la inscripción (art. 49). En el espíritu de la ley el consejo no debe inscribir más que cuando los inmuebles presentan una garantía suficiente para los derechos del menor, tales como se les hubiere fijado; se necesita, pues, que el valor de los inmuebles responda por el monto del crédito eventual del menor, teniendo en cuenta, además, las probabilidades de disminución de valor, si las hay, y de los gastos de expropiación. Si la garantía, bajo el punto de vista de la especialidad de los inmuebles, era insuficiente ó excesiva las partes interesadas podrían oponerse (núm. 290).

Los inmuebles deben ser designados conforme á las disposiciones del art. 78 (Código Civil, art. 2129). La elección de los inmuebles, así como la especificación, suponen que el consejo conocía exactamente la situación inmobiliar del tutor. Ya no puede obtener este conocimiento sino por el tutor; si éste tiene para ello mala voluntad la ejecución de la ley será estorbada. Tal vez fuera mejor encargar á los directores de registros y á los conservadores de hipotecas transmitir las noticias que tengan de la fortuna del tutor en el caso en que el consejo se las pida.

*Núm. 4. De la inscripción.*

303. La especificación de la hipoteca legal es el preliminar necesario de la inscripción, puesto que el conservador de hipotecas no puede inscribir más que las hipotecas especializadas por presentación de la expedición de la deliberación tomada en virtud del art. 49. Esta deliberación reemplaza el acta que da nacimiento á la hipoteca (artículo 83; Código Civil, art. 2148). Para las hipotecas legales de los incapaces no hay actas, puesto que existen de pleno derecho; pero hay una deliberación respecto de los menores,



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

interdictos y enajenados; sin esta deliberación ninguna inscripción puede hacerse y es necesaria una deliberación conforme á la ley; es decir, especificando el crédito y los inmuebles. No bastaría, pues, que la especificación se hiciera en las facturas y en las inscripciones; la inscripción sólo es la manifestación del derecho: esto es el derecho hecho público; es necesario, antes que todo, que el derecho exista. Y el derecho de inscribir no existe sino en virtud de la deliberación hecha en consejo de familia; igualmente que para las hipotecas convencionales el derecho de inscripción no existe sino cuando el acta ha especificadó la hipoteca conforme á la ley. Los terceros interesados pueden pedir la nulidad de la ins[illegible]ión y su cancelación cuando el título en virtud del [illegible]s de mala [illegible]o es nulo; y en materia de hipotecas legales el título es el acta que especifica la hipoteca, puesto que la especificación sola la hace eficaz. En contra no basta que la hipoteca sea especificada, se necesita que esté inscripta; todos los efectos de la hipoteca dependen de la inscripción. Esta es una de las grandes dificultades que el legislador belga tenía que resolver sometiendo la hipoteca legal del menor al principio de publicidad. El acreedor es incapaz para vigilar sus derechos; es verdad que los incapaces pueden hacer actos conservatorios; la ley dice que la mujer casada puede requerir la inscripción de su hipoteca legal (art. 64), y debe decirse otro tanto de los menores, interdictos y enajenados. Pero no es esto una garantía; los que no estipulan hipoteca por razón de su incapacidad no requerirán la inscripción de la hipoteca legal. Se debe, pues, apartar á los incapaces: esto es lo que hizo el legislador al determinar las personas que deben ó pueden requerir inscripción.

304. «La inscripción la hará el tutor en virtud de la deliberación del consejo de familia» (art. 52). Puede parecer singular que el deudor esté obligado á tomar inscripción contra él mismo en provecho del acreedor; y el tutor tiene por misión resguardar todos los derechos del menor, aun cuando estos derechos deban ejercerse contra él. Así es como está obligado á exigirse él mismo lo que debe á su tutoreado, y por la misma razón debe inscribir la hipoteca legal, tal como haya sido especificada en el consejo de familia.



Sin embargo, la obligación, por muy imperiosa que sea, no sería una garantía contra el tutor negligente ó de mala fe. La ley lo sanciona con una pena: «Si el tutor se inmiscuye en la gerencia antes que haya llenado esta formalidad el consejo de familia convocado, ya sea para la requisición de los padres ó demás partes interesadas, ya de oficio por el juez de paz, podrá retirarle la tutela.» La pena es facultativa; el consejo puede, pues, no pronunciar la destitución, apreciará las circunstancias. ¿Se necesita que haya dolo, como lo exige el art. 421, en un caso análogo ó basta que haya negligencia? La ley da un poder discrecional al consejo de familia. No se debe esperar á que haya un perjuicio causado al menor por falta de inscripción porque, en este caso, la destitución sería una medida tardía. La ley tiene por objeto no sólo castigar al tutor sino también resguardar los intereses del menor reemplazando á un tutor negligente por un tutor capaz y diligente. (1) Pero una cosa es singular: es que los que dictan la destitución del tutor son tan culpables como el tutor mismo porque dependía de los miembros del consejo y del juez de paz convocar el consejo, especificar la hipoteca legal del menor y hacerla inscribir sin la intervención del tutor. Luego no se debía contar mucho en la sanción de la ley.

305. «El subrogado tutor está obligado, bajo su responsabilidad personal, á cuidar de que la inscripción sea váli-

1 Véanse, en sentido diverso, Martou, t. II, p. 391, núm. 822; Cloes, t. II, p. 195, núm. 1218, y Beckers, p. 73, núm. 55.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

damente tomada en los bienes del tutor, ó tomarla por sí (art. 52). Es de principio que el tutor subrogado debe obrar en interés del menor cuando éstos intereses se encuentran en oposición con los del tutor (Código Civil, art. 420); y tal es, efectivamente, el caso de la inscripción de la hipoteca legal, estando interesado el tutor en que los bienes no estén gravados con inscripciones hipotecarias, mientras que el menor permanece sin garantía cuando la hipoteca no está inscripta. La ley declara responsable al subrogado tutor por la falta de inscripción; lo es para con el menor, que no tiene acción hipotecaria contra su tutor cuando su hipoteca no está inscripta, y la acción personal puede ser ineficaz; no habiendo el tutor subrogado satisfecho la obligación que le impone la ley responde del perjuicio que resulta para el menor en cuyo interés debía obrar. De esto se sigue que el menor, antes de ejercer esta acción de responsabilidad contra el tutor subrogado, debe perseguir al tutor, pues sólo es en el caso en que el tutor es insolvente cuando la falta de garantía hipotecaria causa un perjuicio al pupilo, y la insolvencia debe constar para promociones legales y embargo de sus bienes.

306. «El consejo de familia podrá especialmente comisionar á uno de sus miembros ó á otra persona para requerir la inscripción» (art. 53). ¿El que está encargado de este cuidado será responsable si no lo hace? La afirmativa no es dudosa, puesto que se trata de un mandato, y todo mandatario responde por la inejecución de lo que tenía obligación de hacer. Es necesario, naturalmente, que el mandato esté aceptado, puesto que se forma por concurso de consentimientos. Así pasa con los miembros del consejo, pues no están obligados á tomar inscripción en virtud de la ley, lo están sólo en virtud de una *comisión* que les da el consejo; es decir, en virtud de un mandato.

Martou aconseja encargar al secretario tomar la inscripción y siente que la ley no lo haya hecho; otro intérprete de la ley belga objeta que hay muchos secretarios incapaces. Se puede preguntar por qué el legislados no impuso esta obligación á los jueces de paz, como lo hizo para la hipoteca legal de la mujer (art. 70). Es, en definitiva, en este magistrado en quien descansa la ejecución de la ley en lo se refiere á la hipoteca legal del menor; sólo él conoce la ley y la importancia de la garantía hipotecaria para el menor, él es quien invoca el consejo, amenudo de oficio; él quien cuida de que la hipoteca esté regularmente especificada, pues para esto se necesitan algunos conocimientos jurídicos. ¿No quedaba designado también para tomar la inscripción? Para esto es necesario igualmente el conocimiento de la ley y la práctica de los negocios, pues es por las facturas entregadas al conservador por lo que éste redacta la inscripción de modo que la irregularidad de las facturas puede arrastrar la nulidad de la inscripción hipotecaria. ¿No es natural confiar este cuidado al magistrado que preside el consejo de familia?

307. La ley impone á los secretarios de los juzgados de paz una obligación con el fin de asegurar la ejecución de la ley: «No pueden, bajo pena de responsabilidad personal y de destitución, si hay lugar, entregar ninguna copia de las deliberaciones de los consejos de familia, con excepción de las que son relativas á los nombramientos de tutores ó subrogados tutores ó que determinan la hipoteca antes de que haya debidamente justificado que la inscripción fué tomada contra el tutor por la suma y en los inmuebles designados por el consejo de familia» (art. 54). Se pudiera creer que esta disposición traerá forzosamente la inscripción de la hipoteca, puesto que la tutela no puede funcionar si el secretario no entrega copia de las deliberaciones del consejo; en realidad esta garantía será amenudo ineficaz. Desde luego supone que hay deliberaciones de que el tutor de-



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

be tener una copia. Y hay muchas tutelas en el curso de las cuales el consejo de familia no está llamado á deliberar ó no toma deliberación alguna de que el tutor deba tener copia; en efecto, se trata de deliberaciones que autorizan al tutor para hacer actos que sobrepasan de la administración, y puede suceder que no se presente ninguno de estos actos. Además, el perjuicio que la falta de inscripción causa al menor puede estar consumado en el momento en que el consejo toma determinaciones; si en este momento el tutor ha hipotecado sus bienes ó si los vendió ¿de qué serviría la negativa del secretario de entregar copia? Servirá para operar una inscripción tardía é ineficaz.

La ley declara al secretario responsable; hay que aplicar á esta responsabilidad lo que hemos dicho de la del subrogado tutor (núm. 305). En cuanto á la destitución es una amenaza que se cumple raramente; sería preciso que hubiera dolo para que el Gobierno se decidiera á castigar al culpable.

El art. 63 impone también al secretario otra obligación mucho más importante y cuya ejecución sería la mayor garantía para los menores. Volveremos á ello.

*Núm. 5. De las determinaciones que puede tomar el consejo de familia en lo relativo á la hipoteca legal del menor.*

308. ¿Puede el consejo de familia renunciar la hipoteca legal del menor? Así presentada la pregunta no tiene sentido, pues implica una herejía. La ley es la que da al menor una hipoteca en razón de su incapacidad. En este sentido la hipoteca es de orden público en el sentido propio de esta expresión, pues las leyes de orden público son las que se refieren al estado de incapacidad de las personas (t. I, núms 47-49); y es de principio que los particulares no pueden derogar las leyes de orden público. Esto decide



nuestra cuestión, si es que la hay. El consejo de familia menos que cualquiera puede renunciar á una garantía que la ley concede á los incapaces, pues su misión es la de cuidar de que esta garantía sea eficaz; él es quien especifica la hipoteca y puede encargar á uno de sus ministros de requerir su inscripción. ¿Se concibe que la autoridad que está encargada de proteger á los incapaces los despoje de una garantía que tiene obligación de hacer efectiva? Es inútil insistir, puesto que nadie pensó jamás en sostener lo contrario; si decimos algo de ello es para recordar un principio fundamental, aunque elemental, que prohibe á los particulares derogar las leyes de orden público; diremos más adelante que las autoridades conocen cuando se trata de la hipoteca legal de la mujer.

309. Otra es la cuestión zanjada por el art. 9: «El consejo de familia podrá, según las circunstancias, declarar que no se tomará ninguna inscripción en los bienes del tutor. Esta declaración tendrá efecto sólo hasta su revocación.» Hay una diferencia esencial entre la declaración de que no se tomará ninguna inscripción y la renuncia de la hipoteca. La renuncia de la hipoteca arrastra su extinción (art. 108, 2.°; Código Civil, art. 2180); mientras que la declaración de que la hipoteca no será inscripta deja subsistir esta hipoteca, la que siempre podrá inscribirse, puesto que la deliberación del consejo de familia es revocable. Sin embargo, de hecho la decisión de que ninguna inscripción será tomada equivaldrá amenudo á una sentencia; subsistiendo durante el curso de la tutela las razones, buenas ó malas, que inclinaron al consejo á no especificar la hipoteca el consejo no volverá sobre su determinación; resultará de esto que la hipoteca, aunque subsistiendo en teoría, será ineficaz, puesto que todos los efectos de la hipoteca dependen de su inscripción. La facultad que la ley da al consejo de no tomar inscripción es, pues, muy

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

peligrosa. ¿Por qué se la concedió? ¿Y en qué casos debe usarla?

310. El texto da al consejo el poder de renunciar á la inscripción según las circunstancias. Esto es muy vago. ¿Cuáles son estas circunstancias? La disposición fué propuesta por el Ministro de Justicia; la comisión de la Cámara la adoptó y justificó así: «Pueden existir hipotecas en que la inscripción sea inútil; por ejemplo, si el menor no posee más que inmuebles.

Por otra parte, es posible que el menor tenga un haber tan poco importante que su interés bien entendido exija que se dispense de una medida que arrastra gastos inútiles cuando el tutor presenta, por lo demás, por su posición y su moralidad, suficientes garantías. La comisión es de opinión que debe dejarse en este punto al consejo de familia cierta latitud de apreciación, tanto más que su determinación podrá siempre ser diferida al tribunal de primera instancia.»

Esta explicación no nos parece del todo exacta. ¿Es verdad que el consejo de familia deba dispensar de la inscripción cuando la fortuna del menor es inmobiliar? De seguro la ley no dice esto, más bien dice lo contrario. El artículo 49 dice que el consejo fija la suma por la que debe tomarse la inscripción en relación á la naturaleza de los valores de que se compone la fortuna del menor; es decir, según que es mueble ó inmobiliar (núm. 299); debe, pues, tomarse inscripción siempre que la fortuna del menor consista en muebles ó en inmuebles, sólo que la suma será menor en la primera hipoteca porque el perjuicio posible es menor. Lo mismo pasa con la hipoteca legal de la mujer: si se casa sin contrato tendrá una hipoteca por su dote inmobiliar, como lo diremos más adelante, aunque el marido no pueda, así como el tutor, disponer de los inmuebles y que además tenga el goce de ellos; pero es irresponsable de su administración,



como el tutor; y desde que hay responsabilidad tiene que haber hipoteca. (1)

El único caso en el que el consejo de familia deba usar de la facultad que le da el art. 49 es cuando la fortuna del menor es muy módica y que, además, el tutor presenta garantías personales que hacen inútil la garantía hipotecaria. Pero así limitada la facultad de dispensar de la inscripción es peligrosa. Los consejos de familia han abusado de ella; en los primeros años que siguieron á la publicación de la ley la cláusula de renuncia era casi de estilo, y así interpretada la ley merecería que se la criticase, como lo ha sido por un magistrado alemán. (2) El legislador no es responsable de la mala aplicación que los consejos de familia hacen de una inscripción muy racional; la garantía puede ser inútil; desde luego la inscripción se hace frustratoria. Pero es sobrepasar la ley y violarla el decidir, como se ha hecho, que no hay lugar á inscripción porque la fortuna del menor es inmobiliar y que su tutor presenta garantías suficientes por su posición. Cuando un consejo toma semejante determinación el deber del juez de paz es formar oposición y el deber de los tribunales es ejecutar la ley.

311. Mucho menos aún puede el consejo de familia dispensar al tutor de ministrar hipoteca por motivo de «que el tutor inspira confianza.» Los consejos de familia piensan que la hipoteca es una medida de desconfianza y que el temor que la motiva no tiene razón de ser cuando por su honorabilidad y su fortuna el tutor inspira entera confianza. La ley no se conforma con las garantías morales, que podrán dar lugar á amargas decepciones; quiere una seguridad real, inmobiliar, desde que el menor tiene intereses que cuidar. En el caso en que esta determinación se to-

1 Compárese Martou, t. II, p. 372, núm. 788.
2 Véanse los detalles en Timmermans, ps. 13 y siguientes. Cloes, t. II, página 175, núm. 1183.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mara los menores tendrían una fortuna relativamente considerable y la solvencia de la madre tutora estaría expuesta á todas las eventualidades del comercio. La deliberación fué anulada. (1) ¡Cosa singular! La circunstancia de que el tutor era comerciante fué invocada por otro miembro de la familia para decidir que no había lugar á tomar inscripción en sus bienes. «Visto que el tutor debe inspirar una confianza absoluta y que una inscripción hipotecaria podría perjudicar el interés de sus hijos atacando su crédito.» Sin duda que la hipoteca legal disminuye el crédito del tutor. Esto no impidió que el legislador la decretara; trató de conciliar los intereses del tutor con los del menor, ordenando la especificación; ir más allá es sobrepasar la ley y violarla. La determinación fué igualmente anulada. (2)

Preferimos estas decisiones, aunque menos severas, á una sentencia de la Corte de Lieja. Un consejo de familia dispensó al padre tutor de toda garantía, fundándose en su solvencia y en su honorabilidad bien reconocidas. Por oposición del juez de paz el tribunal mantuvo la decisión. Apelación del juez de paz, á la que se adhirió el Procurador del Rey. La Corte de Lieja reconoce que la decisión del consejo de familia no estaba suficiente motivada. Debía decirse más: tal cual estaba motivada constituía una violación de la ley, pues si el motivo banal invocado por el consejo bastaba para renunciar la inscripción ya no había hipoteca legal. Para ilustrarse la Corte oyó al tutor en cámara de consejo; la sentencia dice que las explicaciones del tutor ministran la prueba de la necesidad de la declaración hecha por el consejo. ¿Y qué importa? ¿Acaso sólo establece la ley una garantía real para la falta de garantía personal? Es, al contrario, porque no tiene en cuenta estas garantías

1 Sentencia del Tribunal de Namur de 21 de Diciembre de 1871 (Pasicrisia, 1872, 3, 165).

2 Sentencia del Tribunal de Namur de 19 de Julio de 1876 (Pasicrisia, 1876, 3, 346).



personales, por lo que quiere una garantía real. La Corte agrega que resultaba de las mismas explicaciones que el tutor tenía seriamente el *proyecto* de adquirir, en nombre del pupilo, valores inmobiliares y emplear á este objeto las sumas propias de la menor hasta concurrencia de unos 500,000 ó 600,000 francos. Si la Corte entiende decidir que no hay lugar á tomar inscripción cuando la fortuna mobiliar se emplea en inmuebles se equivoca (núm. 310); la ley dice implícitamente lo contrario. (1) Y en el caso sólo existía un *proyecto* de adquisición. La fortuna de la menor era, pues, mobiliar cuando la deliberación; por tanto, el consejo debía, bajo todos conceptos, tomar inscripción; el juez de paz había apreciado bien la situación formando oposición é interponiendo apelación y la Corte hubiera debido mantener la fuerza de la ley.

312. El art. 49 dice que la declaración del consejo que dice que no hay lugar á inscripción es siempre revocable. Así es con toda deliberación acerca de la hipoteca legal del menor. Por una parte el monto de la suma por la que la inscripción se tomará depende de la fortuna del menor y de la naturaleza de los valores de que se compone; y la fortuna del menor puede aumentar y algunas veces también disminuir; y la naturaleza de los bienes puede igualmente cambiar: de mobiliar que era la fortuna puede convertirse en inmobiliar; y cuando los elementos por los que se determina la extensión de la garantía hipotecaria llegan á modificarse la hipoteca tiene también que ser modificada. La ley pone dos hipótesis: la en que las garantías se vuelven insuficientes y la en que se convierten en excesivas. En uno y otro caso hay lugar á revocar la primitiva deliberación, pero las condiciones difieren.

313. «En el caso en que las garantías dadas al menor se hicieran insuficientes el consejo de familia *podrá* exigir un

1 Lieja, 12 de Julio de 1871 (Pasicrisia, 1871, 2, 370).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

aumento en la suma que debía garantizar la hipoteca, ó la extensión de esta hipoteca á otros inmuebles» (art. 58). Si la ley dice que el consejo *podrá* exigir un suplemento de hipoteca esto no quiere decir que sea una facultad para esto: es una obligación, á no ser que se encuentre en las circunstancias que permiten renunciar á una inscripción suplementaria (núm. 310); el consejo tuvo un cargo: el de cuidar los intereses del menor. El suplemento de hipoteca puede consistir en un aumento de la suma por la que se tomó inscripción; esto bastará si el inmueble no está gravado por todo su valor. Si las inscripciones absorbieran el valor de los inmuebles el consejo tendría que tomar inscripción nueva en otros inmuebles del tutor.

La ley supone que la inscripción primitiva se convierte en insuficiente á consecuencia del aumento de fortuna del menor. La insuficiencia puede proceder también de la pérdida ó deterioro de los inmuebles en los que se tomó la inscripción. En este caso la suma queda la misma, pero hay lugar á tomar inscripción en otros inmuebles del tutor. Es en vista de esta eventualidad por lo que el art. 58 admite una alternativa; en una de la hipótesis hay que aumentar la suma mientras que en la otra hay que tomar inscripción en nuevos inmuebles.

Aun hay una causa de insuficiencia que la ley no prevee y que se debe presentar muy amenudo. El consejo de familia especifica la hipoteca en un momento en que no tiene conocimiento exacto de la fortuna del menor; la apreciación que hiciera sería necesariamente conjetural; habrá, por consiguiente, insuficiencia ó exceso de la garantía que estipuló y, por lo mismo, la inscripción se deberá modificar (número 298).

Cuando há lugar á extender la inscripción á otros inmuebles el consejo puede ser estorbado por una imposibilidad. Si el tutor no posee otros inmuebles, ó si los posee,



pero de un valor insuficiente, será imposible hacer una inscripción suplementaria. Esta garantía se reemplazará por el depósito de los capitales del menor en la caja de la oficina de depósito. Dijimos en el título *De la Tutela* que así es el derecho común, con arreglo á la nueva ley, en el caso en que el tutor no posea inmuebles ó que los que posea sean insuficientes para responder por la totalidad de la gerencia (arts. 55-57).

314. Hay todavía una hipótesis en la cual la inscripción es insuficiente desde el principio cuando el tutor no poseyera inmuebles suficientes; y cuando no poseyera ningunos el consejo no podría especificar la hipoteca. Si en este caso llega á tener inmuebles el tutor durante el curso de la tutela la ley quiere que se proceda como se dice en los artículos 49 y siguientes; es decir, que el consejo de familia será convocado para especificar la hipoteca y para vigilar que se haga incripción de los bienes del tutor, ya sea primera inscripción, ya suplementaria.

En el espíritu de la ley el menor debe tener una garantía real; desde que sea posible realizarlo el consejo de familia debe ser convocado para proceder á la especificación. Toca naturalmente al tutor convocar al consej, pero está colocado entre su conveniencia y su deber. En esta situación el subrogado tutor debe obrar, puesto que la ley le impone el deber de intervenir en el caso en que haya conflicto entre el tutor y su tutoreado (art. 420). Se dijo cuando la discusión que se debe aplicar la ley en este sentido. (1) Estas declaraciones, aunque emanadas del Ministro y del relator de la comisión, desgraciadamente no tienen ninguna autoridad legal, y cuando se trata de imponer una obligación se necesita una ley. En la especie se puede invocar la disposición general del art. 420.

1 Sesión de la Cámara de 7 de Febrero de 1851 (Parent, p. 327). Compárese Cloes, t. II, p. 413, núm. 1257; y Martou, t. II, p. 411, núm. 850.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Si el depósito del capital del menor en la caja de la oficina de depósito se ha hecho con arreglo á los arts. 55 y 56 y que después llegue á tener inmuebles el tutor en los que se haga inscripción suficiente el depósito no tiene ya razón de ser, puesto que sólo fué ordenado para suplir la hipoteca. En el espíritu de la ley la hipoteca reemplaza la garantía y hace, por consiguiente, inútiles las garantías subsidiarias que la ley prescribe cuando llega á ser imposible la inscripción hipotecaria juzgada suficiente por el consejo. Todos se hallan de acuerdo acerca de este punto. Sólo que para regularizar la posición del tutor la ley habría debido exigir una deliberación del consejo que la autorizara para retirar el capital. En el silencio de la ley los autores recomendaban al consejo que especificara la hipoteca de revocar la decisión que tomó relativa al depósito en la caja de depósitos. (1)

315. La inscripción puede también llegar á ser excesiva: «si las garantías ministradas por el tutor se hicieran *evidentemente excesivas* durante el curso de la tutela el consejo de familia podría, después de haber oído al subrogado tutor, restringir por una deliberación motivada las seguridades primitivamente exigidas» (art. 60). La inscripción es excesiva cuando sobrepasa la garantía real á la que el menor tiene derecho; el excedente puede recaer en la suma por la que se hizo la inscripción, ya de los inmuebles gravados de la inscripción en virtud de la decisión del consejo. Hay excedente en cuanto á la suma si la fortuna del menor, desconocida cuando la especificación, es menor que lo que se había creído, hallándose la sucesión á la que fué llamado cargada de deudas que no se esperaban. Aun hay exceso cuando la fortuna mobiliar del menor se convierte en inmuebles y que la suma por la que se ha hecho la inscripción se ha fijado en razón de la naturaleza de los

1 Martou, t. II, p. 413, núm. 853. Cloes, t. II, p. 211, núm. 1255.



valores. En fin, la naturaleza del menor puede disminuir por accidentes, un siniestro, una quiebra. En cuanto al crédito eventual del menor disminuye también y há lugar á reducir la inscripción en cuanto á los bienes si se ha hecho sobre varios inmuebles; podrá reducirse de manera de dejar libres los inmuebles que sea inútil gravarlos. El crédito del tutor se aumentará sin perjuicio para el menor.

La ley prescribe las condiciones bajo las que se debe hacer la reducción. Hay más dificultad cuando se trata de reducir las garantías que cuando se trata de aumentarlas. Reduciendo la inscripción se quita al menor una garantía en la que había adquirido un derecho; lo cual sólo se debe hacer cuando está probado que la reducción no ocasiona ningún perjuicio al menor; en este caso constituye un derecho al tutor, porque no debe á su pupilo una garantía excesiva; es para proporcionar la hipoteca sin la garantía que es necesaria al menor por lo que la ley quiere que sea especificada. Desde luego se necesita que la *garantía* sea *evidentemente* excesiva, lo que implica que el exceso sea de alguna importancia; una ligera disminución de fortuna no bastaría para reducir la reducción, porque por una parte no aumentaría en nada el crédito del tutor y por otra sería perjudicial al menor en el caso en que los bienes hipotecados perdieran su valor. En segundo lugar, se necesita que el subrogado tutor sea oído; esto es de derecho común, porque tendiendo la demanda del tutor á la reducción de la inscripción levanta un conflicto entre él y su pupilo; y desde que hay oposición de intereses el subrogado tutor debe intervenir para garantizar al menor contra el tutor que, puesto entre su deber y su conveniencia, podría olvidar su deber. En tercer lugar, la deliberación debe ser motivada; toda deliberación relativa á la hipoteca legal del menor debe estar motivada (núm. 286); con mayor razón la que tiende á disminuir la garantía de que gozaba.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

316. Tales son la condiciones requeridas para la validez de la deliberación del consejo de familia. El art. 60 agrega que debe estar sometida á la homologación del tribunal. Esta es una excepción al derecho común; está fundada en la gravedad de la decisión. La ley tiene razón de no fiarse en los consejos de familia que muy amenudo obran por consideraciones personales; cuando el legislador tiende á la imparcialidad debe dirigirse á la autoridad judicial. Los jueces también podrían ser engañados si no oyeran más que á los defensores del cosejo de familia; para ilustrarlos la ley quiere que el Ministerio Público dé su opinión y además el Procurador del Rey sea parte en causa, porque la ley dice que el tribunal estatuirá contradictoriamente con él. Se debe, pues, aplicar lo que hemos dicho antes de la oposición (núm. 296).

Se ha pretendido que las palabras *y contradictoriamente con él* aun tenían otra consecuencia; esto es, que el tribunal debe pronunciar su sentencia en audiencia pública. El Tribunal de Bruselas ha desechado esta interpretación en una sentencia muy bien motivada. (1) Es de principio que las sentencias de homologación se hacen en cámara de consejo; y la ley de 1851 guarda silencio en el procedimiento; se translada por esto mismo al derecho común. Si dice que el tribunal debe estatuir contradictoriamente al Ministerio Público es para marcar que el Ministerio Público es parte en el proceso; esto no tiene nada de común con la publicidad.

317. ¿Puede el consejo de familia decidir que la inscripción se cancele totalmente? Se supone que toda la fortuna del menor llegará á perecer: la inscripción será, en este caso, reducida ó cancelada. En teoría la solución no es dudosa; el menor no tiene derecho á ninguna garantía cuando no

1 Sentencia de 24 de Febrero de 1855, informe por Martou (t. II, p. 418, número 860), y por Cloes (t. II, p. 219, núm. 1271).



puede tener crédito contra su tutor; luego si el crédito eventual que tenía se desvanece la inscripción no tiene razón de ser; por tanto, el tutor tiene el derecho de pedir la cancelación. Queda por saber si la ley deroga estos principios. Se opone el art. 49, en cuyos términos el consejo de familia puede declarar que no se hará ninguna inscripción en los bienes del tutor, pero ningún texto autoriza al consejo á hacer la cancelación de la inscripción que se ha tomado; el art. 60 implica, al contrario, que no tiene este derecho, puesto que sólo permite reducir la inscripción. El argumento nos parece débil. Desde luego hay que separar el art. 60, que prevee el caso en que la inscripción es excesiva, mientras que nosotros suponemos que no tiene razón de ser. El art. 49 da una razón de analogía en favor de nuestra opinión; si el consejo puede decidir que no se hará ninguna inscripción aunque el menor tuviere alguna fortuna, con mayor razón puede y debe hacer cancelar la inscripción cuando no hay derechos que garantizar. En realidad la ley no prevee la cuestión; debe decidirse conforme á los principios; y conforme al art. 95 (Código Civil, art. 2160) el tribunal debe ordenar la cancelación cuando la cancelación no está fundada en ningún título ó, como dice la ley, cuando el título se extingue. ¿Y cuál es en el caso el título en virtud del cual se ha hecho la inscripción? La ley obliga al consejo á especificar la hipoteca que concede al menor para sus *derechos* y *créditos*, lo que supone que tiene derechos y créditos que garantizar. Si no hay obligación principal á cargo del tutor ¿puede haber una garantía accesoria? (1)

318. ¿Cuál será el efecto de la reducción ó, si há lugar, de

1 Martou, t. II, p. 416, núm. 855 *bis*. Cloes, t. II, p. 226, núms. 1281 á 1283. En sentido contrario, Beckers, núms. 80 y 156; Timmermáns, p. 161, número 111.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la cancelación consentida por el consejo de familia y homologada por el tribunal. Es el efecto de toda reducción ó cancelación de una inscripción hipotecaria. La inscripción cancelada no produce ya ningún efecto, de manera que la hipoteca se hace ineficaz; la inscripción reducida no tiene efecto más que en los límites de la reducción; la hipoteca es, pues, parcialmente ineficaz. En uno y otro caso la hipoteca subsiste, á menos que la radiación estó fundada en la extinción de la hipoteca. Y la hipoteca del menor no puede extenderse, puesto que es legal; subsiste por tanto tiempo como dura la causa por la cual la ley la estableció; en tanto que hay tutela hay necesariamente una hipoteca legal en provecho del menor. Esta hipoteca puede perder su eficacia en todo ó en parte si la inscripción está cancelada ó reducida, pero no deja de subsistir y puede perder su fuerza en virtud de una nueva deliberación del consejo de familia, como vamos á decirlo.

El art. 108, 3.°, se expresa, pues, inexactamente al decir que las hipotecas se *extinguen* por los efectos de las *sentencias* en los casos previstos por los párrafos 1 y 2 de la 1.ª sección del capítulo III; es decir, en los casos de los arts. 60 y 72. No es cierto decir que la *hipoteca* del menor se extingue por efecto de las sentencias que restringen ó desvanecen la inscripción hipotecaria. El legislador se ha colocado en el punto de vista práctico considerando como extinguida una hipoteca que no produce ningún efecto. Pero si no lo produce para el menor puede llegar á ser eficaz por una nueva deliberación del consejo. Toda deliberación del consejo relativa á las garantías hipotecarias del menor es esencialmente revocable (núm. 312). Sucede lo mismo cuando el tribunal la ha homologado: la homologación es un acto de jurisdicción gratuita; el juez aprueba lo que el consejo ha hecho, pero su aprobación no liga al consejo y no tiene la autoridad de cosa juzgada. El consejo puede, pues, tener una deliberación nueva por la que requerirá inscripción de los bienes del tutor.



Esto no se ha contestado. Pero parece á primera vista que para revocar la decisión que ha reducido ó quitado la inscripción se necesita que haya un cambio en el estado de fortuna del menor. Generalmente pasará así, pero se debe tener cuidado de poner una condición. Esto es lo que la Corte de Gante había hecho. La sentencia fué casada, y debía serlo, porque sometía la deliberación del consejo á una condición que la ley no exige. La ley dice, en verdad, que los miembros del consejo pueden hacer oposición á la deliberación y fija el plazo en el que deben hacerlo; pero el derecho de oposición nada tiene de común con el derecho del consejo de determinar en el curso de la duración de la tutela las garantías hipotecarias del menor con una completa libertad. Esto también está fundado en razón. El consejo se puede engañar y su deliberación puede inducir al tribunal al error; interesa, pues, con relación al menor, que el consejo pueda revocar sus deliberaciones, aunque en nada hubiere cambiado la situación del menor. (1)

319. Se pregunta si el último que muere de los padres y madres que nombran un tutor por testamento puede restringir la hipoteca legal del menor. Esta es una cuestión que no debía sentarse; está decidida negativamente por el texto y por el espíritu de la ley. La ley establece la hipoteca, y es la que determina para quién no la hipoteca, sino la inscripción se especifica y reduce si há lugar. Y la hipoteca legal es de orden público. ¿Con qué derecho, pues, el padre la restringiría? Tiene el mismo afecto, al menos, se dice, por su hijo que un consejo de familia. Sin duda, ¿pero el derecho es una cuestión de afecto? Se agrega que con arreglo á la nueva ley el testador puede constituir una hi-

1 Casación, 19 de Marzo de 1874 [Pasicrisia, 1874, 1, 92].

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

poteca. (1) La razón también es mala porque el art. 44 no da ese poder al testador sino para los legados que hace. Y la hipoteca testamentaria depende de la voluntad del testador. ¿Acaso la hipoteca legal depende, sobre lo que sea, de la voluntad de las partes interesadas? No insistimos más; si hemos hablado de la cuestión es para enseñar á lo que conduce el lenguaje inexacto en esta materia. Se empieza por asimilar la hipoteca legal á la hipoteca convencional, después se da al testador un poder que le niegan la ley y los principios, confundiendo la hipoteca legal con las hipotecas que dependen de la voluntad del deudor (núm. 320).

320. ¿Puede reemplazarse la hipoteca legal por otras garantías? Se asombra uno de ver sentadas tales cuestiones y más aún el ver que las resuelven afirmativamente. En la especie se trataba de la tutela de un interdicto. El tutor había empleado una gran parte de la fortuna del interdicto en compras de inmuebles y en rentas del Estado. En cuanto al excedente de las rentas, dice el tribunal, está bastantemente protegido por la posición social del tutor, extraño á las operaciones comerciales, por las medidas del empleo y entrega de estados anuales prescriptos para el tutor, agregándose á la oferta subsidiaria de éste de consignarles los créditos ó valores de la Bolsa hasta concurrencia de 2000 francos en garantía de su gerencia. El tribunal acepta dicha oferta y decide que en la especie una inscripción hipotecaria sería una medida negatoria. ¿Cómo motivan los jueces esta decisión? La inscripción hipotecaria forma el principio, pero el tribunal aprecia las circunstancias particulares que puedan dispensar la hipoteca legal. (2) Aquí hay una confusión de ideas. La facultad de dispensar supone que el menor no tiene necesidad de una garantía; y en la especie

1 Clocs, t. II, p. 229, núm. 1285, según Pont, t. I, p. 598, núm. 545.
2 Sentencia del Tribunal de Namur de 5 de Julio de 1875 (Pasicrisia, 1876, 3, 49).



el tribunal prescribía garantías; las juzgaba, pues necesarias; queda por saber si le toca á él contentarse con otras garantías que las que la ley da á los menores é interdictos. Sentar la cuestión es resolverla. La hipoteca legal es esencialmente de orden público, puesto que está establecida en garantía del interés de los incapaces (núms. 187–243). Y sólo el legislador puede establecer las garantías que juzgue necesarias á las personas que en razón de su incapacidad no puedan por sí vigilar sus intereses. El texto mismo de la Ley Hipotecaria lo prueba. Cuando el tutor no tiene inmuebles ó los que tenga sean insuficientes no puede haber hipoteca legal ó la hay insuficiente; ¿en este caso no se trasporta la ley á los tribunales para determinar las seguridades que deba ministrar el tutor? Nó, el legislador mismo las ha organizado. El sistema de la ley, es pues, éste. Há lugar á inscribir los bienes del tutor; el consejo de familia debe hacerlo, no puede aceptar ninguna otra garantía. La inscripción hipotecaria es inútil, no há lugar á exigir otras seguridades. Es insuficiente; la ley ordena lo que debe hacerse.

### § IV.—Del estado de las tutelas y de la vigilancia de la autoridad judicial.

*Núm. 1. Del estado de las tutelas.*

321. El art. 63 hace intervenir la autoridad judicial para asegurar la ejecución de las medidas que prescribe para la especificación de la inscripción de la hipoteca del menor. Esto es una disposición de la más alta importancia. No se puede contar con los consejos de familia; la indiferencia de los parientes iguala su ignorancia. Al imponer los deberes múltiples en materia de tutela el legislador, por su parte, contrae la obligación de cuidar de que los hombres estén interesados en sus deberes y que sus sentimientos morales

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

poteca. (1) La razón también es mala porque el art. 44 no da ese poder al testador sino para los legados que hace. Y la hipoteca testamentaria depende de la voluntad del testador. ¿Acaso la hipoteca legal depende, sobre lo que sea, de la voluntad de las partes interesadas? No insistimos más; si hemos hablado de la cuestión es para enseñar á lo que conduce el lenguaje inexacto en esta materia. Se empieza por asimilar la hipoteca legal á la hipoteca convencional, después se da al testador un poder que le niegan la ley y los principios, confundiendo la hipoteca legal con las hipotecas que dependen de la voluntad del deudor (núm. 320).

320. ¿Puede reemplazarse la hipoteca legal por otras garantías? Se asombra uno de ver sentadas tales cuestiones y más aún el ver que las resuelven afirmativamente. En la especie se trataba de la tutela de un interdicto. El tutor había empleado una gran parte de la fortuna del interdicto en compras de inmuebles y en rentas del Estado. En cuanto al excedente de las rentas, dice el tribunal, está bastantemente protegido por la posición social del tutor, extraño á las operaciones comerciales, por las medidas del empleo y entrega de estados anuales prescriptos para el tutor, agregándose á la oferta subsidiaria de éste de consignarles los créditos ó valores de la Bolsa hasta concurrencia de 2000 francos en garantía de su gerencia. El tribunal acepta dicha oferta y decide que en la especie una inscripción hipotecaria sería una medida negatoria. ¿Cómo motivan los jueces esta decisión? La inscripción hipotecaria forma el principio, pero el tribunal aprecia las circunstancias particulares que puedan dispensar la hipoteca legal. (2) Aquí hay una confusión de ideas. La facultad de dispensar supone que el menor no tiene necesidad de una garantía; y en la especie

1 Clocs, t. II, p. 229, núm. 1285, según Pont, t. I, p. 598, núm. 545.
2 Sentencia del Tribunal de Namur de 5 de Julio de 1875 (Pasicrisia, 1876, 3, 49).



el tribunal prescribía garantías; las juzgaba, pues necesarias; queda por saber si le toca á él contentarse con otras garantías que las que la ley da á los menores é interdictos. Sentar la cuestión es resolverla. La hipoteca legal es esencialmente de orden público, puesto que está establecida en garantía del interés de los incapaces (núms. 187–243). Y sólo el legislador puede establecer las garantías que juzgue necesarias á las personas que en razón de su incapacidad no puedan por sí vigilar sus intereses. El texto mismo de la Ley Hipotecaria lo prueba. Cuando el tutor no tiene inmuebles ó los que tenga sean insuficientes no puede haber hipoteca legal ó la hay insuficiente; ¿en este caso no se trasporta la ley á los tribunales para determinar las seguridades que deba ministrar el tutor? Nó, el legislador mismo las ha organizado. El sistema de la ley, es pues, éste. Há lugar á inscribir los bienes del tutor; el consejo de familia debe hacerlo, no puede aceptar ninguna otra garantía. La inscripción hipotecaria es inútil, no há lugar á exigir otras seguridades. Es insuficiente; la ley ordena lo que debe hacerse.

### § IV.—Del estado de las tutelas y de la vigilancia de la autoridad judicial.

*Núm. 1. Del estado de las tutelas.*

321. El art. 63 hace intervenir la autoridad judicial para asegurar la ejecución de las medidas que prescribe para la especificación de la inscripción de la hipoteca del menor. Esto es una disposición de la más alta importancia. No se puede contar con los consejos de familia; la indiferencia de los parientes iguala su ignorancia. Al imponer los deberes múltiples en materia de tutela el legislador, por su parte, contrae la obligación de cuidar de que los hombres estén interesados en sus deberes y que sus sentimientos morales

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

estén desarrollados á la vez que su inteligencia. ¿Por qué debe agregarse que nuestros legisladores han descuidado enteramente la necesidad de la instrucción y de la educación nacionales? En Bélgica la han abandonado á la Iglesia; es decir, al clero, interesado en mantener la ignorancia, fundamento de su dominio; y en cuanto á la educación estos singulares maestros no tienen más cuidado que crear hombres que sean ciegos instrumentos de su poder. ¡Después de esto se tiene gracia en apelar á la conciencia y abnegación de las familias! Es porque estas conciencias no están ilustradas por lo que los consejos de familia sacrifican tan fácilmente los intereses de los incapaces á consideraciones personales.

Debe tenerse esta teoría en consideración. Los autores de la Ley Hipotecaria han hecho más bien en someter á los consejos de familia y aún á los jueces de paz al registro de la autoridad judicial. Este es el único medio de dar á los menores garantías serias.

322. «En la secretaría de cada juzgado de paz se llevará un estado, bajo la vigilancia y responsabilidad personal del secretario, para todas las tutelas abiertas en el cantón» (núm. 63). La ley declara responsable al secretario. ¿Para con quién? Sólo puede ser para con el menor. Si el secretario descuida de cumplir los deberes que la ley le impone la vigilancia y la acción de la autoridad judicial no podrán ejercerse útilmente en favor de los menores; éstos no gozarán, por tanto, de las garantías hipotecarias que la ley quiso asegurarles. De ahí una acción en responsabilidad. La ley no declara responsable al juez de paz; sin embargo, en caso de negligencia el magistrado es el verdadero culpable, pues debe conocer las leyes y se le enseña respetarlas, mientras que los secretarios la ignoran amenudo. Si los jueces de paz no incurren en responsabilidad civil son moralmente responsables; es necesario que los tribunales los llamen



á la orden si se descuidan. Volveremos á este punto, uno de los más delicados en la aplicación de la ley.

323. «Este estado contendrá la fecha de la apertura de las tutelas, los nombres, apellidos y domicilios de los menores, interdictos y tutores y subrogados tutores.» La ley no habla de los dementes colocados en un hospicio ó en una casa de salud; como el administrador que se les nombre reemplaza al tutor está comprendido en todas las disposiciones de la ley relativas á los interdictos y menores. Hubiera sido bueno haberlo dicho. El Gobierno puede llenar el vacío, puesto que tiene el derecho de promulgar decretos por la ejecución de la ley.

El estado de las tutelas debe indicar «la fecha y el resumen de las deliberaciones de los consejos de familia relativos á la hipoteca legal de los menores é interdictos, la fecha de las inscripciones que se habían tomado ó la mención de las causas por las que no se hubieren tomado.» Cuando la discusión de la ley se hizo observar que los secretarios no pueden saber si fué tomada la inscripción, á no ser de ir á verlo á la oficina de conservación de hipotecas; lo que hubiera complicado la ejecución de la ley. Una circular de 11 de Marzo de 1852 rectificó la objeción ordenando á los secretarios comunicar en el corriente del último mes de cada trimestre el estado de las tutelas al conservador de hipotecas de la jurisdicción en que están situados los inmuebles gravados con la garantía de los menores. Los conservadores indicarán en ellos las fechas de las inscripciones tomadas.

Falta un pormenor que se puede fácilmente obtener por la comunicación del estado de tutelas de los secretarios de los tribunales de primera instancia: es la mención de las oposiciones hechas contra las determinaciones de los consejos de familia y las decisiones pronunciadas por los tribunales. Como se reconoce á los jueces de paz el derecho de formar oposición es bueno comprobar, si hacen uso de él,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la causa de su oposición y las decisiones que recibiera. Esto sería una comprobación de la acción de los jueces de paz y, lo repetimos, es sólo con los tribunales con los que se puede contar.

324. Cada año, en el corriente de Diciembre, el secretario dirigirá, bajo su responsabilidad, al Procurador del Rey de su jurisdicción copia entera del estado de las tutelas abiertas en el año, y para los demás la simple indicación de los cambios sobrevenidos en el año corriente relativos á la hipoteca legal, á su inscripción ó á los depósitos que la falta ó insuficiencia de inmuebles hubiera necesitado.»

Nos parece que mejor hubiera sido enviar estos informes en el mes de Enero para el año venidero; según la ley pudiera suceder que se abrieran tutelas después de mandado el estado; de modo que no se harán menciones de éstos ni en el año ni en el siguiente.

325. «Los secretarios de los juzgados paz que no cumplan con el presente artículo, independientemente de las penas disciplinarias, serán castigados con una multa que no excederá de 100 francos. Podrá doblarse en caso de reincidencia. Estas penas se aplicarán por los tribunales civiles.»

326. Es el Procurador del Rey quien requiere la aplicación de las penas. ¿Pero esta demanda debe hacer constar la contravención y exigir el estado de tutelas? ¿Y si el Procurador General descuida recordarle su deber? Estas suposiciones están permitidas, puesto que llegamos á saber por la tesis de un joven magistrado que en la jurisdicción de tal tribunal no hay casi ningunas inscripciones hipotecarias en favor de los menores. (1) En una circular de 30 de Diciembre de 1856 el Ministro de Justicia ha pedido que se le mande un cuadro con informes acerca de la aplicación de

1 Timmermáns, p. 18, nota 30. Clees y Bonjeán, Jurisprudencia de los tribunales, t. XXV, p. 910.



los arts. 49 y siguientes de la Ley Hipotecaria. ¿Le fueron enviados estos cuadros? ¿Por qué no se publicaron? ¿Se exige el envío anual de estos informes? Deberá hacerse esta información permanente y regularmente, y para que fuera eficaz debiera publicarse sin ninguna reserva; no se debe tener consideración para los que descuidan sus deberes, y se trata de deberes que interesan á la sociedad, puesto que el objeto del art. 63 es dar una garantía seria á los incapaces.

*Núm. 2. De la comprobación de la autoridad judicial.*

327. El art. 63, después de haber dicho que los secretarios deben enviar una copia del estado de tutelas al Procurador del Rey en el corriente de Diciembre, agrega: «En el mes de Enero siguiente el Procurador del Rey someterá este estado al tribunal que, por informe de uno de sus miembros en Sala de Consejo, estatuirá lo que sea de derecho, tanto de oficio como de requisición del Ministerio Público.» Esta disposición suscita muchas dificultades. Hay desde luego una cuestión preliminar: ¿es todo el tribunal ó sólo la Sala Civil la que está llamada á examinar los estados de tutelas y á estatuir? La ley está interpretada en diversos sentidos por varios tribunales. Es de desear que el tribunal pronunciara en salas reunidas; la comprobación tendría así una autorización mayor. Pero la ley no lo exige; desde luego hay que tomar la palabra *tribunal* en su sentido habitual; es decir, como sinónimo de sala civil. (1)

328. Hay una dificultad más grave: el art. 60 dice que el tribunal *estatuirá lo que sea de derecho*. ¿Qué sentido tiene esta disposición? ¿Qué poder da al tribunal? ¿Estatuye el tribunal por vía de disposición general y reglamentaria aplicable á todos los jueces de paz y obligatoria aun en el

1 Timmermáns, p. 89, núm. 151.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

porvenir? Acerca de este primer punto no hay ninguna duda. El art. 5 del Código Napoleón prohibe á los jueces pronunciar por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que estén sometidas á ellos; esta es una prohibición de orden público, porque tiende á la división del poder; sólo el legislador y el Rey, en el límite de sus atribuciones, pueden formar leyes y reglamentos; es de la esencia del poder judicial disponer por vía de decisión individual y particular. ¿Se puede admitir que el art. 63 deroga una regla tan fundamental? Seguramente el texto no da este poder á los tribunales; dice que los jueces estatuirán lo que sea de derecho; es decir, conforme á la ley que rige la hipoteca legal de los menores; aplican la ley, no la hacen. Hay un camino general, el tribunal puede señalar la necesidad y llamar la atención del Gobierno sobre lo que sería útil hacer, pero no puede hacer reglamentos. El artículo 63 quiere que se transmita una expedición de la *decisión* á los jueces de paz relativos; esto implica que se trata de una decisión especial relativa al estado de la tutela de tal cantón; si el tribunal procediera por vía de disposición general debería comunicar las medidas reglamentarias que diera á los jueces de paz de las jurisdicciones; esto ya no sería una *decisión* sino un reglamento, y la ley le da sólo el poder de dar *decisiones*. Este es el sentido en que los tribunales han interpretado la ley. (1)

329. Los tribunales no deben, pues, dar decisiones particulares é individuales. ¿Tienen en sus límites un poder discrecional? Esto es dudoso; la ley dice que estatuirán lo que es de *derecho;* ¿pero qué cosa es de *derecho?* Es muy difícil precisarlo. Se lee en el informe de M. Lelièvre. «El tribunal de primera instancia estará llamado á ejercer una *sobre vigilancia regular* en los actos de los jueces de paz y *asegu-*

1 Timmermáns, p. 91, núms. 152 y 153. Hay una sentencia en sentido contrario de M. Schuermáns (Timmermáns, núm. 154).



*rarse* de la ejecución escrupulosa de la ley.» Esto también es muy vago. ¿Cuando esté seguro el tribunal de que la ley no ha sido ejecutada qué decisión tomará? M. Lelièvre ha contestado en el curso de la decisión: «El art. 63 impone una vigilancia al juez de paz, pudiendo hacérsele *observaciones* si no cumple de un modo conveniente con las obligaciones que la ley le impone, si ha obrado con negligencia al vigilar los actos de su secretario.» (1) ¿Son estos extrañamientos un reproche? Sería esto el ejercicio del poder disciplinario, y los tribunales no tienen en principio este poder sobre los jueces de paz. Y si la ley ha querido dárselo en nuestra materia ¿no debió haberlo dicho de un modo terminante? Somete á los secretarios á una multa y á la acción disciplinaria y no habla de la acción disciplinaria ni de pena en lo relativo á los jueces de paz. ¿Se debe concluir que el legislador se transladó al derecho común?

330. El tribunal debe, pues, limitarse á dar decisiones en interés de los menores cuyos derechos no han sido suficientemente resguardados. De este modo el estado de las tutelas le enseña que los consejos de familia no han deliberado sobre la especificación de la hipoteca legal; ordenará al juez de paz convocar los consejos y vigilar que se cumpla la ley. El estado menciona las dispensas de inscripción que no están suficientemente justificadas; el tribunal ordenará además al juez de paz provocar una nueva deliberción. (2) ¿Se debe ir más lejos y permitir al tribunal decidir por sí mismo? Se sostuvo esta opinión ante la Corte de Casación por el Abogado General M. Mesdach. (3) En principio se la puede admitir, pues se dice que el tribunal *estatuirá* lo que sea de *derecho;* la ley da el poder de decidir en interés del menor.

1 Lelièvre, informe (Parent, p. 132). Discursos en la sesión de 7 de Febrero de 1851 (Parent, p. 329). Timmermáns, p. 95. Beckers, 112, núm. 98.
2 Cloes, t. II, p. 241, núms. 1308 á 1310. Timmermáns, p. 98, núms. 157 y 158.
3 Pasicrisia, 1874, 1, 95 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Pero de hecho el tribunal estará muy amenudo en la imposibilidad de decidir indirectamente, porque no posee los elementos legales en los que deba apoyar su decisión. Lo que pasará en todos los casos en que no haya habido deliberación; ¿decidirá el tribunal que se deba hacer una inscripción? No sabe si há lugar á hacerla ni si el tutor tiene bienes ni sobre cuáles conviene requerir la inscripción. Sucede lo mismo si el consejo de familia ha decidido que no había lugar á especificar la hipoteca; el tribunal puede declarar que se haga la inscripción, pero ¿por qué cantidad y sobre qué bienes? No teniendo el tribunal los antecedentes necesarios; estará forzado á transladarse al consejo de familia y al juez de paz, salvo que se exija que éste dará cuenta de la deliberación al consejo.

331. El art. 63 supone que el tribunal hace su comprobación cuando el examen que hace cada año del estado de las tutelas. ¿Es esto una condición del ejercicio del poder con que la ley inviste á los tribunales? Nó, seguramente; la condición no tendría razón de ser. Si por la homologación pedida el tribunal se apercibe que no se ha ejecutado la ley puede y debe estatuir inmediatamente, porque cuando se trata de una garantía hipotecaria la eficacia depende de la fecha de la inscripción; interesa, pues, especificar é inscribir la hipoteca lo más pronto posible. Hay una sentencia en este sentido de la Corte de Gante. (1)

332. El art. 63 contiene además otra disposición relativa á la ejecución de las decisiones tomadas por el tribunal. Si há lugar se dará una copia á los jueces de paz á que corresponda; la ley agrega que la copia puede comprender toda la decisión ó una parte de ella. ¿Por qué la ley dice *si há lugar?* Si el estado de las tutelas se ha llevado exactamente y se ha ejecutado la ley como debe ser en interés de los menores el tribunal se limitará á aprobar lo que

1 Gante, 14 de Marzo de 1873 (Pasicrisia, 1873, 2, 219).



se ha hecho y, por consiguiente, no hay ninguna comunicación que dirigir al juez de paz; el tribunal no tiene por misión distribuir elogios, como tampoco la de infligir penas disciplinarias. Se ha preguntado en qué sentido se deben entender las palabras del art. 63 *en todo ó en parte*. Si el tribunal toma una decisión relativa á todos los estados de la tutela que se le han remitido en este caso es inútil comunicar la decisión entera á cada uno de los jueces de paz de los departamentos; se mandará á cada uno de ellos la parte de la decisión que le corresponda. Si el tribunal estatuye por una decisión particular en cada estado enviará copia de toda la decisión á cada uno de los jueces de paz, á menos que haya consideraciones generales destinadas á ser comunicadas al Ministro de Justicia. (1)

## *ARTICULO 3.—De la hipoteca legal de la mujer casada.*

### § I.—De los derechos garantizados por la hipoteca legal.

333. El art. 47 dice que las mujeres casadas tienen una hipotec alegal sobre los bienes de su marido, por sus *derechos* y *créditos*. Es un principio común á todas las hipotecas legales; pero los derechos y créditos varían naturalmente conforme á las diferentes hipotecas. El principio es idéntico en lo relativo á las mujeres y á los menores; es decir, que todo derecho de mujer casada tiene, como tal, contra su marido la garantía de la hipoteca legal; de igual modo que todo derecho que el menor tome, como tal, contra su tutor está garantizado por hipoteca que la ley le da. Los arts. 64 y 67 enumeran los derechos más usuales que la mujer tiene contra su marido. Esta enumeración no es limitativa, no es ni una enumeración; la ley tiene por objeto

1 Cloes, t. II, p. 244, núm. 1311. Timmermáns, p. 106, núm. 166.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Pero de hecho el tribunal estará muy amenudo en la imposibilidad de decidir indirectamente, porque no posee los elementos legales en los que deba apoyar su decisión. Lo que pasará en todos los casos en que no haya habido deliberación; ¿decidirá el tribunal que se deba hacer una inscripción? No sabe si há lugar á hacerla ni si el tutor tiene bienes ni sobre cuáles conviene requerir la inscripción. Sucede lo mismo si el consejo de familia ha decidido que no había lugar á especificar la hipoteca; el tribunal puede declarar que se haga la inscripción, pero ¿por qué cantidad y sobre qué bienes? No teniendo el tribunal los antecedentes necesarios; estará forzado á transladarse al consejo de familia y al juez de paz, salvo que se exija que éste dará cuenta de la deliberación al consejo.

331. El art. 63 supone que el tribunal hace su comprobación cuando el examen que hace cada año del estado de las tutelas. ¿Es esto una condición del ejercicio del poder con que la ley inviste á los tribunales? Nó, seguramente; la condición no tendría razón de ser. Si por la homologación pedida el tribunal se apercibe que no se ha ejecutado la ley puede y debe estatuir inmediatamente, porque cuando se trata de una garantía hipotecaria la eficacia depende de la fecha de la inscripción; interesa, pues, especificar é inscribir la hipoteca lo más pronto posible. Hay una sentencia en este sentido de la Corte de Gante. (1)

332. El art. 63 contiene además otra disposición relativa á la ejecución de las decisiones tomadas por el tribunal. Si há lugar se dará una copia á los jueces de paz á que corresponda; la ley agrega que la copia puede comprender toda la decisión ó una parte de ella. ¿Por qué la ley dice *si há lugar?* Si el estado de las tutelas se ha llevado exactamente y se ha ejecutado la ley como debe ser en interés de los menores el tribunal se limitará á aprobar lo que

1 Gante, 14 de Marzo de 1873 (Pasicrisia, 1873, 2, 219).



se ha hecho y, por consiguiente, no hay ninguna comunicación que dirigir al juez de paz; el tribunal no tiene por misión distribuir elogios, como tampoco la de infligir penas disciplinarias. Se ha preguntado en qué sentido se deben entender las palabras del art. 63 *en todo ó en parte*. Si el tribunal toma una decisión relativa á todos los estados de la tutela que se le han remitido en este caso es inútil comunicar la decisión entera á cada uno de los jueces de paz de los departamentos; se mandará á cada uno de ellos la parte de la decisión que le corresponda. Si el tribunal estatuye por una decisión particular en cada estado enviará copia de toda la decisión á cada uno de los jueces de paz, á menos que haya consideraciones generales destinadas á ser comunicadas al Ministro de Justicia. (1)

## *ARTICULO 3.—De la hipoteca legal de la mujer casada.*

### § I.—De los derechos garantizados por la hipoteca legal.

333. El art. 47 dice que las mujeres casadas tienen una hipotec alegal sobre los bienes de su marido, por sus *derechos* y *créditos*. Es un principio común á todas las hipotecas legales; pero los derechos y créditos varían naturalmente conforme á las diferentes hipotecas. El principio es idéntico en lo relativo á las mujeres y á los menores; es decir, que todo derecho de mujer casada tiene, como tal, contra su marido la garantía de la hipoteca legal; de igual modo que todo derecho que el menor tome, como tal, contra su tutor está garantizado por hipoteca que la ley le da. Los arts. 64 y 67 enumeran los derechos más usuales que la mujer tiene contra su marido. Esta enumeración no es limitativa, no es ni una enumeración; la ley tiene por objeto

1 Cloes, t. II, p. 244, núm. 1311. Timmermáns, p. 106, núm. 166.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

no determinar los casos en que la mujer tiene una hipoteca legal sino el modo de cómo se ha de especificar esta hipoteca. En cuanto á los créditos garantizados por la hipoteca legal es el art. 47 el que establece su principio. Siendo la regla que toda acción de la mujer contra su marido está seguida de una hipoteca era inútil enumerar estos derechos. La enumeración es una cuestión de interpretación, no es del dominio del legislador, toca á la doctrina interpretar la ley.

De esto resulta que toda hipoteca de la mujer casada es legal. Los autores distinguen, sin embargo, una hipoteca convencional y una legal propiamente dicha. En nuestro concepto dicha distinción no es exacta; volveremos á tratarla. Por ahora se trata de determinar el caso en el que la mujer tiene un recurso contra su marido; este es el recurso que la ley quiere asegurar con una garantía hipotecaria. De aquí la hipoteca legal.

*Núm. 1. De la dote.*

334. El primer crédito de que se habla en el § 2, título *De las Seguridades de las Mujeres Casadas*, es el de la dote. ¿Significa que la mujer casada tenga una hipoteca legal en todos los casos en que haya una dote? Hay dote bajo todos los regímenes. En efecto, el Código, según la clasificación legal, no admite más que dos regímenes: la comunidad legal ó convencional y el régimen dotal; dice: «La dote bajo *este régimen*, como el *del capítulo II*, es el que la mujer aporta al marido para soportar los cargos del matrimonio.» Y la mujer aporta siempre una dote cualquiera, aunque sólo sea el de su trabajo personal. Pero se debe uno guardar de concluir que la mujer tiene siempre una hipoteca legal en garantía de su dote. Toda hipoteca es una garantía accesoria de una obligación principal; para que la mujer tenga una



hipoteca por su dote se necesita que haya una acción en razón de la dote contra el marido, y puede suceder, como vamos á verlo, que la mujer no tenga acción contra su marido por su dote; en este caso no se podría tratar de hipoteca legal ni convencional.

335. Bajo el régimen de la comunidad legal todos los bienes de la mujer son dotales en el sentido de la definición que el art. 1540 da de la dote (núm. 334). El mobiliario de la mujer, presente ó futuro, entra en el activo de la comunidad, así como los frutos y rentas de sus propios inmuebles. Sin embargo, la mujer no tiene hipoteca por su dote mobiliar, porque no tiene acción, acerca de este punto, contra su marido. La fortuna mobiliar de la mujer está comprendida en el activo de la comunidad. Si la mujer renuncia á la comunidad pierde todo derecho sobre el mobiliar que entró en ella por su parte (art. 1492); y no teniendo ninguna acción contra su marido no podría tener ninguna hipoteca. Si la mujer acepta la comunidad toma la mitad en el estado en en que se halla, y sin tener ningún derecho que ejercer contra su marido; luego no tiene hipoteca legal, y ni aun podría estipular una porque no hay hipoteca sin crédito principal al pago de que está afectado. (1)

La Corte de Casación lo juzgó así en una sentencia apenas motivada. (2) Se han hecho objeciones que no tienen sentido. El art. 2121 (Ley Hipotecaria, art. 47), dicen, atribuye la hipoteca legal á los derechos y créditos de la mujer, disposición general que no se aplica á todos los casos. Sí, pero con una condición: que tenga la mujer un derecho ó un crédito contra su marido y, por consiguiente, en sus bienes. ¿Y cuál es el derecho de la mujer comunera contra su marido? Es inútil insistir, puesto que

1 Martou, t. III, p. 11, núm. 884. Pont, t. I, p. 460, núm. 435.
2 Denegada, 15 de Junio de 1842 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 689, 4.° Compárese núm. 887).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

los más sencillos elementos del derecho bastan para decídir la cuestión, si la hay. La Corte agrega que la mujer no puede reclamar más que su privilegio de copartícipe con la condición de conservarlo. Esto es obvio decirlo, puesto que lo dice la ley (art. 1476). Hay dos sentencias en el mismo sentido, de la Corte de Burdeos, que se limitan á citar la sentencia de la Corte de Casación. (1) Sin embargo, hubo una corte que decidió que la mujer tenía una hipoteca legal en garantía de su dote mobiliar. Fué una corte del Mediodía la que pronunció tan singulares sentencias; sin duda confundió la dote bajo el régimen dotal y la dote bajo el régimen de comunidad. (2) La Corte de Aix trató de motivar su decisión, invocando los términos generales del art. 2135 que menciona, como el art. 64 de nuestra Ley Hipotecaria, la dote entre los créditos por los que la mujer tiene hipoteca á contar desde el día del matrimonio. Basta con leer estas disposiciones para convencerse de que tienen por objeto no determinar los casos en que la mujer tiene una hipoteca legal sino el lugar de esta hipoteca; arreglando el lugar de la dote la ley supone que la mujer tiene hipoteca por este punto, pero no dice que la mujer tiene hipoteca únicamente porque tiene dote; es el art. 2121 (Ley Hipotecaria, artículo 471) el que decide la cuestión; y el buen sentir basta para decidirlo, puesto que no se concibe hipoteca sin un derecho que tenga por objeto garantizarlo.

En cuanto á la dote inmobiliar la mujer puede tener una acción contra su marido, puesto que éste administra los bienes y es responsable de su administración (art. 1428). Teniendo la mujer una acción contra su marido en razón de la administración que la ley le confía esta acción está garantizada por la hipoteca en virtud del principio general del art. 47 (Código Civil, art. 2121).

1 Burdeos, 2 de Marzo de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 78), y 2 de Junio de 1875 (Dalloz, 1876, 2, 143).
2 Aix, 16 de Agosto de 1872 [Dalloz, 1874, 2, 131].



336. Bajo la comunidad convencional la cuestión de saber si la mujer tiene una acción por su dote mobiliar y, por consiguiente, una hipoteca depende de las convenciones matrimoniales. Si la mujer estipula la devolución de su mobiliario dotal, total ó parcialmente, tiene un crédito por este punto contra el marido, luego una hipoteca. Sucede lo mismo con la comunidad reducida á los gananciales y en la cláusula de realización. Pero la mujer no tiene hipoteca por la parte de su dote mobiliar que entra al activo de la comunidad convencional, puesto que por este punto no tiene acción contra su marido. También puede suceder que no tenga acción por su dote inmobiliar; si todos sus inmuebles se han hecho muebles, ó si algunos de ellos lo están, la mujer no tendrá ya derecho por este punto de sus inmuebles más que por el de su fortuna mobiliar, sólo tiene derecho por la comunidad, y sin acción no hay hipoteca.

337. Bajo el régimen de exclusión de comunidad el marido sólo tiene el goce de los bienes de la mujer, muebles ó inmuebles; debe hacer la restitución á la disolución del régimen. La mujer tiene, pues, una acción por el punto de su dote mobiliar ó inmobiliar y, por consiguiente, una hipoteca en garantía de su crédito.

338. Bajo el régimen de separación de bienes la mujer contribuye á los cargos del matrimonio hasta concurrencia del tercio de sus productos. Esta es la dote que aporta al marido; no tiene hipoteca por este punto y no podría estipularla, á menos de modificar el régimen, porque el tercio de los productos que la mujer debe entregar al marido se convierte en propiedad de éste, dispone de ellos como quiere y por este punto no está obligado á ninguna restitución.

En cuanto á los dos tercios de los productos que quedan á la mujer están á su disposición; es también ella la que administra sus bienes y quien los goza. Si el hecho res-



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ponde al derecho, es decir, si el marido no interviene en la administración de los bienes de la mujer, ésta no tiene ninguna acción contra de él, porque el marido no puede ser responsable de una gerencia á la que es extraño. Si interviene en la administración se hace responsable, y toda acción en responsabilidad contra el marido está garantizada con la hipoteca legal. Pero es ajeno á la dote, puesto que bajo el régimen de separación los bienes de la mujer no son dotales. Trataremos de la hipoteca que tiene la mujer en seguridad de las acciones ajenas á su dote que le pertenecen bajo los distintos regímenes.

339. Bajo el régimen dotal la mujer tiene dos especies de bienes. Sus bienes parafernales están regidos por los principios de la separación de bienes; se aplica, pues, lo que acabamos de decir (núm. 338). En cuanto á los bienes dotales el marido solamente tiene el goce y la administración; está, pues, sometido á dos obligaciones: la de administrar como buen padre de familia y la de restituir el dote; la mujer tiene, bajo este doble punto de vista, una acción contra su marido y, por consiguiente, una hipoteca legal.

El régimen dotal presenta una dificultad particular en lo relativo á la hipoteca legal. «Los inmuebles constituidos en dote no pueden enajenarse ni hipotecarse, durante el matrimonio, ni por el marido, ni por la mujer, ni por ambos conjuntamente» (art. 1554). Si apesar de esta prohibición se enajena el fundo dotal la mujer puede revocar la enajenación, puede promover la revocación después de la separación de bienes (art. 1560). Cuando ha hecho la enajenación el marido la mujer tiene dos acciones: una de revocación contra el tercero adquirente, la otra en daños y perjuicios contra su marido; ésta la garantiza la hipoteca legal. ¿Se pregunta si la mujer tiene la elección entre los dos derechos que el Código le reconocía? La cuestión ha sido muy controvertida en doctrina y en jurisprudencia; nosotros, con



la Corte de Casación, creemos que la mujer tiene la elección entre las dos acciones que le da la ley. Este es el derecho común; la dificultad es saber si los principios que rigen la inalienabilidad del fundo dotal están derogados. La mujer no puede confirmar la enajenación del fundo dotal, y sería confirmarla indirectamente si en vez de promover la revocación persiguiese su crédito contra su marido por la acción hipotecaria. Se contesta que generalmente la mujer promoverá contra su marido ó sus herederos hasta después de disuelto el régimen, y, en este caso, la mujer puede confirmar la venta y, por consiguiente, renunciar á la acción revocatoria.

Si la mujer se presenta durante el matrimonio en orden abierto de los bienes de su marido se la colocará provisoriamente. No se puede decir que eligiendo el recurso contra su marido renuncie al recurso contra el tercero adquirente, porque durante el matrimonio no puede hacer ninguna renuncia que comprometa su acción revocatoria; esta renuncia sería una confirmación indirecta y la mujer no puede confirmar. Pero de que no pueda renunciar á la acción revocatoria no se puede concluir que no tiene acción contra su marido; la ley se la da y no se la puede uno quitar. Se deben, pues, conciliar los dos principios contradictorios colocando á la mujer provisoriamente; la mujer conservará su acción revocatoria y después de la disolución del matrimonio hará su elección; bien entendido que deberá restituir las sumas que haya percibido en la orden si se decide á promover la revocación porque no puede, al mismo tiempo, reivindicar el inmueble y retener su precio. Esta es la opinión que tiende á prevalecer; no hay duda acerca del punto de saber si la colocación de la mujer es provisoria ó definitivamente. Si se admite el principio de que la mujer no puede durante el matrimonio renunciar á la acción revocatoria no hay otro medio para conciliar la acción hipote-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

caria que da la ley con su derecho de revocación más que el de declarar la colocación provisoria. (1) Nos transladamos, en cuanto á los principios, al título *Del Contrato de Matrimonio* sobre la inalienabilidad de la dote.

340. Aun se presenta una dificultad en lo relativo á los intereses de la dote bajo el régimen dotal. En los términos del art. 1570 corren de pleno derecho después de la disolución de la sociedad matrimonial. Se ha concluido que los intereses están garantizados por la hipoteca legal tanto como el capital de la dote. Sin duda, pero la cuestión es saber si se debe aplicar á la mujer la disposición del art. 87 (Código Civil, art. 2151), conforme á la cual el acreedor inscripto por un capital que produce interés tiene derecho de ser colocado, sólo por tres años, con el mismo rango que su capital, sin perjuicio de las inscripciones particulares por hacer, formando hipoteca desde su fecha para los demás intereses. La jurisprudencia francesa separa el artículo 2151 cuando se trata de la hipoteca legal de la mujer, en razón de que supone la inscripción de la hipoteca; y con arreglo al Código Civil la hipoteca de la mujer es válida sin inscripción. (2)

Ya no pasa lo mismo con nuestra Ley Hipotecaria; desde luego se aplica el art. 87 á la hipoteca de la mujer como á las demás hipotecas. La circunstancia de que los intereses se deben de pleno derecho no tiene ninguna relación con la cuestión y no puede influir en la decisión.

Estos principios no se aplican á los intereses de los intereses. Los intereses vencidos y capitalizados forman una deuda nueva distinta de la dote. De aquí se sigue que esta deuda no está garantizada por la hipoteca legal; la mujer

1 Pont, t. I, p. 459, núm. 435 y los testimonios que cita. Compárese Casación, 21 de Diciembre de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 137 y la nota del sentencista).

2 Burdeos, 10 de Agosto de 1849 (Dalloz, 1852, 2, 102). Casación, 26 de Enero de 1875 (Dalloz, 1875, 1, 52). Pont, t. I, p. 461, núm. 436. Compárese Martou, t. III, p. 13, núm. 884, que parece seguir la jurisprudencia francesa.



no tendría seguridad hipotecaria si no lo había estipulado por el contrato que capitaliza los réditos. No podría inscribir en virtud del art. 87 (Código Civil, art. 2151); esta disposición no es aplicable más que á los intereses que son accesorios del capital; no se aplica á los créditos de los intereses, los que no son el accesorio de la deuda antigua sino de la nueva, formada por la capitalización de ellos. (1)

341. La dote de que habla el art. 64 (Código Civil, artículo 2135) es la que se estipuló y que se debe en virtud del contrato de matrimonio: es el bien que porta la mujer al casarse para ayudar á su marido á sufrir los cargos del matrimonio. La mujer también puede constituir su dote en bienes futuros, los que, igualmente, están garantizados por una hipoteca si, como lo suponemos, la mujer está casada bajo un régimen que obliga al marido á restituir la dote. No hay diferencia entre el caso en que la dote se apartó cuando el matrimonio y el caso en que se vence en el curso del matrimonio más que en lo relativo al lugar de la hipoteca legal; volveremos á tratar de este punto al ver la especificación de la hipoteca de la mujer.

*Núm. 2. De las convenciones matrimoniales.*

342. Por convenciones matrimoniales se entienden las convenciones expresas ó tácitas que los futuros cónyuges estipulan antes del matrimonio para arreglar sus derechos sobre los bienes que entran en la asociación que forman, Esta es la definición del art. 1387; supone que los esposos se asocien en cuanto á los bienes. Tal es, en efecto, el régimen de derecho común; hay también otros regímenes bajo los cuales los esposos están separados de bienes. La comunidad puede existir sin contrato notariado, mientras que los demás regímenes deben estipularse por acta auténtica. En

1 Casación, 28 de Marzo de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 170).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

lo que concierne á la hipoteca legal la forma de convenciones matrimoniales es indiferente; siempre hay convenciones matrimoniales expresas ó tácitas, y desde que éstas dan un derecho á la mujer contra el marido este derecho está garantizado por la hipoteca legal.

Generalmente se toma la expresión *convenciones matrimoniales* en un sentido más restringido: cuando se trata de la hipoteca legal de la mujer; comprende, dicen, las donaciones que hace el marido á la mujer y las demás ventajas que el contrato estipula en favor de ella, tales como el *preciput* y gananciales de supervivencia. (1) Estas, en efecto, son convenciones matrimoniales, pero para que las garantice la hipoteca legal es preciso, como lo vamos á decir, que resulte de ellas un derecho de la mujer contra el marido y sus bienes. Además las convenciones de donde resulta una liberalidad para la mujer no son las únicos que dan lugar á la hipoteca legal. Siempre se debe uno atener al principio general del art. 47 (Código Civil, art. 2121); desde que la mujer tiene un derecho en virtud de sus convenciones matrimoniales contra el marido y sus bienes tiene una hipoteca en seguridad de su crédito. Y el marido tiene generalmente la administración de los bienes de la mujer en virtud del contrato de matrimonio ó de las convenciones tácitas de los esposos, y es responsable como administrador; de aquí una acción de la mujer que resulta de las convenciones matrimoniales, y esta acción está garantizada por la hipoteca que da la ley á la mujer en seguridad de sus derechos y créditos. (2)

343. Todas las ventajas matrimoniales que las convenciones de matrimonio dan á la mujer no están garantizadas por una hipoteca legal. Aquí aun se debe aplicar el art. 47 (Código Civil, art. 2121). No hay hipoteca sin obli-

1 Martou, Comentario, t. III, p. 14, núm. 887.
2 Aubry y Rau, t. III, p. 220, nota 19, pfo. 264 *ter*.



gación, y toda obligación implica que hay un deudor y un acreedor. Si la mujer tiene un crédito contra su marido y sus bienes en virtud de las ventajas matrimoniales que estipula el contrato en su favor, este crédito estará asegurado por la hipoteca legal. Pero si la mujer ejerce su derecho en la masa común que debe dividirse entre ella y su marido no tiene hipoteca en razón de que no tiene crédito. Tal es el *preciput*; es una ventaja matrimonial, puesto que la mujer toma por antelación, antes de toda partición, cierta suma ó cantidad de efectos mobiliares; pero esta ventaja no le da, en general, una acción contra el marido; en los términos del art. 1515 el *preciput* sólo se ejerce sobre la masa divisible y no sobre los bienes del esposo que murió primero. No teniendo la mujer acción contra el marido en razón del *preciput* no se puede tratar de hipoteca. Pero si el contrato de matrimonio da á la mujer derecho al *preciput* aun renunciándolo entonces tiene un derecho contra su marido y, por tanto, una hipoteca. El *preciput* cambia, en este caso, de naturaleza; ya no es una prelación en la masa porque por su renuncia la mujer pierde todo derecho sobre los bienes que forman el activo de la comunidad; deja de estar asociada y se le considera como no haberlo estado nunca; dejando de ser mujer comunera, si tiene un derecho contra su marido, es como acreedora, y su crédito nace del matrimonio y de las convenciones matrimoniales; no se halla en el texto del art. 47; la mujer tendrá la hipoteca legal en seguridad de su *preciput*. Así, pues, una sola y misma ventaja da á la mujer una acción hipotecaria ó no la da según que tenga ó no acción contra su marido. (1)

344. La aplicación de estos principios da lugar á una cuestión muy controvertida. Se pregunta si la mujer tiene hipoteca para las gananciales de supervivencia, aun pura-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 221, y nota 20, pfo. 264 *ter*. Martou, t. III, p. 15, núm. 888.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mente eventuales; tal es la institución contractual y la donación de una cantidad de dinero á tomar sobre los bienes que el donante dejara al morir. Examinamos en el título *De las Donaciones* las serias dificultades á que dan lugar dichas donaciones; ¿cuándo constituye una donación de bienes presentes? ¿cuándo una de bienes futuros? (t. XII, núms. 418-429). Cuando se trata de una donacion hecha por el marido á la mujer es válida en cualquiera hipótesis, puesto que los esposos pueden dar sus bienes futuros por contrato de matrimonio. Queda por saber si la mujer tiene una hipoteca legal en seguridad de sus donaciones. La jurisprudencia está dividida, (1) lo mismo que la doctrina. (2) En nuestro concepto se debe aplicar el principio que acabamos de establecer. Si la mujer tiene una acción contra el marido también tiene una hipoteca en seguridad de sus derechos y créditos (art. 47): si no tiene acción no puede tratarse de hipoteca. De ordinario no tiene acción cuando sólo ejerce su derecho sobre los bienes que el donante dejara á su muerte, porque si el donante no deja bienes la mujer no tiene derecho. Pero la mujer puede tener una acción contra la sucesión del donante. Esto no es dudoso cuando la dación sólo es á plazo; es decir, que sólo se puede exigir á la muerte del donante; por lo que el derecho de la mujer no deja de ser cierto é irrevocable. Sucede lo mismo si el derecho es condicional: tales son los derechos estipulados en favor del supérstite; la supervivencia es la condición, pero el derecho, aunque condicional, da una acción á la mujer, lo cual es decisivo, en lo relativo á la hipoteca legal. Hay más, aunque el derecho fuera eventual la mujer tendrá un crédito eventual, y cualquier crédito de la mujer está asegurado por una hipoteca (1) Tal es la institución contractual: cuando el donante enajena los bienes á título oneroso, que los disipa, la mujer no tiene acción contra los adquirentes porque el marido tenía el derecho de enajenar; la mujer es heredera y toma la sucesión en el estado en que se halle; si no hay bienes no recoge nada. Pero si el marido hace daciones mobiliares que no tuviera el derecho de hacer la mujer puede pedir la nulidad y también tiene una acción de indemnización contra la sucesión; esta acción, como cualquier crédito de la mujer que resulte de las convenciones matrimoniales, está garantizada por su hipoteca legal. Más adelante diremos que, en nuestra opinión, la controversia se decidió en este sentido por la ley belga (artículo 64).

1 Denegada, 19 de Agosto de 1840 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 886). Compárese Denegada, 16 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 245); Burdeos, 21 de Febrero de 1851 (Dalloz, 1854, 2, 150); Tolosa, 24 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 104); Burdeos, 15 de Diciembre de 1868 (Dalloz, 1869, 2, 244).

2 Aubry y Rau, t. III, p. 221, nota 23, pño. 264 *ter.* Pont, t. I, p. 462, número 438.



345. Hay otras ventajas que la ley concede á la mujer y que en realidad resultan de las convenciones matrimoniales, puesto que el Código no hace más que preveer lo que los esposos entienden estipular; las disposiciones de la ley no son, pues, más que convenciones tácitas. Tal es el luto de la mujer. Ha sucedido que la mujer estipulara que en caso de supervivencia tendría derecho á la ropa de luto; se contestó á la mujer una hipoteca legal por el punto de este crédito; la Corte de Ruen se la reconoció, y no había la menos duda, puesto que se trataba de una convención matrimonial que daba un derecho á la mujer contra la sucesión del marido. (2) Pero la mujer no tiene necesidad de estipular su luto de un modo expreso; el art. 1570 se lo concede bajo el régimen dotal; dice que la ropa de luto debe ministrarse á la mujer por la sucesión del marido; era, pues, inútil que los esposos la hicieran el objeto de una estipula-

1 Bruselas, 4 de Octubre de 1823 [Pasicrisia, 1823, p. 502].

2 Riom, 20 de Julio de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 358).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ción. Esta es una de las convenciones tácitas que el legislador consagra como fundada en la voluntad de las partes contrayentes, y toda convención matrimonial está garantizada por la hipoteca legal. La Corte de Casación lo juzgó así. (1) Merlín se engañó; se inclinaba á creer que la mujer tenía un privilegio para su luto en virtud de la ley que privilegia los gastos de funerales, y le negaba la hipoteca legal por este punto porque la ley no lo concede. (2) Esto era razonar mal bajo todos conceptos; el privilegio de los gastos fúnebres no se puede extender al duelo ó luto, porque los privilegios son de estricta interpretación (t. XXIX, núm. 358); y para la hipoteca legal no hay necesidad de una disposición expresa, puesto que la ley no enumera y no limita los créditos de la mujer por los que tiene hipoteca; sienta como principio que la mujer tiene una hipoteca por todos los derechos que tiene contra el marido, luego también por el crédito de luto (núm. 333).

¿Tiene también la mujer comunera una hipoteca por su duelo? En los términos del art. 1481 la mujer, aunque lo renuncie, tiene derecho al luto á expensas de los herederos del marido. Decir que el luto es á expensas de los herederos es decir que es un derecho contra el marido y que resultando de las convenciones matrimoniales tácitas se debe decidir que el art. 47 (Código Civil, art. 2121) es aplicable. (3)

346. Hay alguna dificultad para los alimentos; bajo el régimen dotal ¿la mujer tiene la elección de exigir los intereses de su dote durante el año de duelo ó de hacerse ministrar los alimentos durante dicho tiempo á expensas de la

1 Denegada, 29 de Agosto de 1838 (Dalloz, en la palabra Contrato de Matrimonio, núm. 4202).

2 Merlín, Repertorio, en la palabra Duelo, pfo. 1.°, núm. 8. Véanse, en el mismo sentido, las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. III, p. 222, nota 25, pfo. 264 *ter*.

3 Martou, t. III, p. 16, núm. 889. Compárese Pont, t. I, p. 462, número 437).



sucesión del marido ». Este derecho á los alimentos deriva de una convención tácita; por tanto, está garantizada por hipoteca legal. (1) Troplong objeta que los alimentos no son en este caso ni los réditos ni el fruto de la dote. (2) ¿Y qué importa? No es un crédito dotal el que ejerce la mujer, invoca una convención de matrimonio, tácita, es verdad, pero que ciertamente está fundada en la intención de las partes contratantes.

La Corte de Bruselas negó la hipoteca legal á la mujer por los alimentos que se le deben en virtud del art. 214 y que puede reclamar cuando se separe de bienes. Invoca el texto de los arts. 2121 y 2135, reproducidos en substancia por nuestra Ley Hipotecaria (arts. 47 y 64). (3) El argumento repite que los alimentos no están comprendidos en la enumeración que la ley hace de los créditos garantizados por la hipoteca legal. De antemano hemos contestado á esta mala interpretación de la ley (núm. 333); la ley no enumera los créditos por los que tiene hipoteca la mujer y menos los limita; el art. 2135 (Ley Hipotecaria, art. 64) no tiene por objeto determinar los casos en los que la mujer tiene una hipoteca, se refiere únicamente al rango de la hipoteca legal. Renovamos la crítica porque el error surge á cada paso; se aplican las leyes de una manera mecánica, sin preguntar el objeto, y por esto muy amenudo sucede que se haga una mala aplicación extendiéndola á un orden de cosas para el que no se hizo.

La Corte de Lieja se pronunció en el mismo sentido que la Corte de Bruselas, por una consideración que á lo menos es más especiosa. Dice que el art. 214 establece la obligación de alimentación entre esposos, abstracción hecha de toda convención matrimonial; es un deber que se desprende

1 Aubry y Rau, t. III, p. 223, nota 26, pfo. 264 *ter*.

2 Troplong, núm. 418 *bis*, seguido por Aubry y Rau, t. III, p. 217, nota 6, pfo. 264 *ter*. Compárese Martou, t. III, p. 16, núm. 890.

3 Bruselas, 19 de Febrero de 1829 (Pasicrisia, 1829, p. 65).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

del matrimonio considerado como unión de personas y no del contrato de matrimonio. (1) Creemos que la distinción es contraria á los términos generales del art. 47 (Código Civil, art. 2121). ¿El derecho de la mujer á los alimentos es un crédito que pertenece á la mujer, como tal, contra su marido? Sí, pues el art. 47 es aplicable. ¿Qué importa que el art. 214 se halle en el título *Del Matrimonio?* No por eso deja de consagrar un derecho contra el marido y sus bienes, y toda acción de la mujer contra el marido está asegurada por una garantía hipotecaria.

347. También es en virtud de las convenciones matrimoniales expresas y, lo más amenudo, tácitas por las que la mujer tiene acción contra el marido administrador de sus bienes. Bajo el régimen de la comunidad se llama el marido administrador legal de los bienes de la mujer; es verdad que es la ley (art. 1428) la que dispone que el marido tiene la administración de los bienes personales de la mujer; pero esta disposición, como todas las de la comunidad legal, no está impuesta á los esposos por la ley, aunque las disposiciones del título *De la Venta* no estén impuestas á las partes contratantes, porque la comunidad legal no es más que una asociación tácitamente convenida por los futuros esposos. La acción en responsabilidad que la mujer tiene contra el marido administrador está, pues, fundada en las convenciones matrimoniales; de donde se sigue que está garantizada por la hipoteca legal. Hemos visto una aplicación del principio al tratar de la dote (núm. 335).

348. Se ha presentado un caso bastante raro. Un marido hizo una donación á su mujer y descuidó el transcribirla; por consecuencia, la donación no podía oponerse á los terceros. Este era un perjuicio que sufría la mujer por la negligencia de su marido administrador; el art. 942 le da un recurso por este punto contra el marido. ¿Está dicha acción ga-

1 Lieja, 29 de Marzo de 1862 (Pasicrisia, 1862, 2, 203).



rantizada por la hipoteca legal? La afirmativa es cierta, puesto que la primera obligación del marido administrador es la de conservar los derechos de la mujer, y está obligado á hacerlo aunque estos derechos procedan de su parte. Si, pues, deja perecer una donación hecha á la mujer por falta de actos conservatorios la mujer tiene contra él una acción de indemnización fundada en las convenciones matrimoniales; por lo tanto, una hipoteca legal. En la especie había una duda que extravió á la Corte de Poitiérs. Los terceros detentores de los inmuebles gravados con la hipoteca legal oponían á la mujer que no habiendo sido inscripta la donación no se les podía oponer; que, por consecuencia, la mujer no tenía ninguna acción contra ellos por el punto de la donación. Esto era confundir dos órdenes de ideas muy distintas: el efecto de la donación con relación á los terceros y la acción de responsabilidad de la mujer contra su marido; acción garantizada por la hipoteca legal. La mujer no oponía su donación á los terceros; no había, pues, lugar á prevalecerse de la falta de transcripción; intentaba la acción hipotecaria en virtud de las convenciones matrimoniales y de la responsabilidad en que incurrió el marido. La sentencia de la Corte de Poitiérs fué casada en este punto, la Corte de Angérs se colocó con la opinión de la Suprema Corte. (1)

349. Hay un régimen bajo el cual el marido no es administrador de los bienes de la mujer: es el régimen de separación de bienes y el régimen dotal en lo relativo á los bienes parafernales. La mujer misma administra su patrimonio; parece, pues, que no puede tener ninguna acción contra su marido por el punto de sus bienes ni, por consiguiente, ninguna hipoteca. Sucede así cuando el hecho está en harmonía con el derecho; el marido permanece extraño á

1 Casación 10 de Marzo de 1840, y Angèrs, 10 de Marzo de 1841 (Dalloz, en la palabra Disposiciones, núm. 1595, 2.°)

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

toda gerencia de los bienes de la mujer. Pero muy amenudo el hecho está en oposición con el derecho, la mujer deja la administración de sus bienes al marido. ¿Tendrá, por este punto, una hipoteca legal? Tiene una acción, luego una hipoteca legal. Hay, sin embargo, un motivo de duda; no es en virtud de las convenciones matrimoniales por lo que la mujer obra, puesto que, según dichas convenciones, el marido no tiene derecho ni obligación; si el marido administra los bienes de la mujer, es ó en virtud de un mandato ó apesar de la mujer; en ningún caso el marido es responsable como tal, lo es como mandatario ó en virtud de una inmixtión ilegal (arts. 1577-1579). La objeción no tiene en cuenta las relaciones que el matrimonio establece entre los esposos; si la mujer abandona al marido la gerencia de sus negocios no es por un mandato ordinario, es porque es natural que el marido vigile los derechos de su mujer; esta gerencia es, pues, como la administración llamada legal, una consecuencia del matrimonio, y, por consecuencia, el art. 47 (Código Civil, art. 2121) se hace aplicable. Si el marido gira apesar de la oposición de la mujer hay abuso de potestad marital; luego aun es en virtud del matrimonio por lo que el marido se atribuye una administración que no le pertenezca; seguramente la mujer no sufriría que un tercero usurpara una gerencia y un goce á los que no tenía ningún derecho; si tolera la inmixtión ilegal del marido apesar de la oposición que haga ella es que no es libre; es, pues, justo que tenga la garantía que la ley le concede precisamente en razón de su incapacidad legal. Esta es la doctrina casi unánime de los autores y de la jurisprudencia. (1)

1 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. III, p. 218, notas 13 y 14, párrafo 264 *ter*, y las sentencias en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 881.



*Núm. 3. De las devoluciones.*

350. El art. 64, después de haber dicho en el § 1.° que la mujer tendrá una hipoteca para sus convenciones, dice en el segundo párrafo que la mujer podrá igualmente *estipular*, por su contrato de matrimonio, una hipoteca especial para sus *devoluciones de toda naturaleza*, aun *condicionales ó eventuales*. Esta disposición da lugar á una primera dificultad: ¿la palabra *estipular* de que se sirve la ley implica que la hipoteca para las devoluciones es *convencional?* Volveremos á la cuestión al tratar de la especificación de la hipoteca legal. Por ahora tenemos que ver lo que se entiende por *devoluciones*.

La palabra *devoluciones* se encuentra en el capítulo que trata de la partición de la comunidad. Cuando la mujer acepta la comunidad se procede á varias operaciones preliminares á la partición, de las cuales las más importantes son las de las prelaciones. Cada esposo toma por prelación: 1.° sus bienes personales, si existen en naturaleza, ó los que se adquirieron en reemplazo; 2.° el precio de los inmuebles que fueren enajenados durante la comunidad y de los cuales no se hizo reemplazo; 3.° las indemnizaciones que le debe la comunidad. La mujer tiene ciertos privilegios para el ejercicio de estas prelaciones; según el art. 1472 «el marido no puede ejercer sus *devoluciones* más que en la *masa*; la mujer y sus herederos ejercen sus *devoluciones* en los bienes personales del marido.» Esto es porque la mujer tiene un recurso contra el marido para el ejercicio de sus devoluciones, por lo que la ley le da una hipoteca para la garantía de sus derechos. La mujer renunciante ejerce siempre sus devoluciones contra el marido (art. 1495), tiene el derecho de *recoger* todo lo recoge en caso de aceptación (art. 1493). La razón es que las devoluciones comprenden los bienes propios de la mujer, los bienes adquiridos en reemplazo de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sus propios, el precio de los propios enajenados y las indemnizaciones que se deben á la mujer en el caso en que la comunidad se haya enriquecido á expensas de sus propios; las devoluciones recaen en los bienes ó en los valores que no entran en la comunidad; ya hemos dicho en el título *Del Contrato de Matrimonio* por qué la mujer tiene, por este punto, una acción contra el marido.

La palabra *devolución* se encuentra también en el artículo 1443 que determina las causas por las cuales la mujer puede pedir la separación de bienes; tiene este derecho cuando el desorden de los negocios del marido da lugar á temer que los bienes de éste no sea suficientes para cubrir los *derechos* y *devoluciones* de la mujer. Se entiende que la mujer tiene una hipoteca para el ejercicio de sus devoluciones en caso de separación de bienes como en los demás casos en que la comunidad llega á disolverse. Esta es la más material y más indispensable garantía, puesto que se trata de resguardar el patrimonio de la mujer.

351. El art. 64 dice que la mujer tiene una hipoteca para sus *devoluciones de cualquiera naturaleza*. Esto supone que hay devoluciones diversas. Bajo el régimen de la comunidad legal la fortuna mobiliar de la mujer entra en el activo de la sociedad de bienes formada por los esposos; la mujer no la recobra; no tiene, por este punto, ninguna acción contra su marido; luego no tiene hipoteca. Pero la mujer puede estipular la devolución de su mobiliar en todo ó en parte; tal es el objeto de las cláusulas de realización, así como la comunidad de gananciales. La ley califica también de *prelación* ó de *devolución* el derecho que la mujer ejerce en virtud de estas cláusulas en el mobiliar que queda excluido de la comunidad (arts. 1498 y 1503). Este derecho es idéntico al que la mujer ejerce bajo la comunidad legal; la mujer tiene acción contra su marido y esta acción está garantizada con una hipoteca. Esto es el derecho común consagrado por el artículo 47 (Código Civil, art. 2121). Era inútil haber hablado de él en el art. 64; si la ley habla de él es para decir que la mujer tiene una hipoteca en los casos en que la devolucion es condicional ó eventual.



¿Cuándo la doctrina es *condicional?* Hay un ejemplo en la cláusula prevista por el art. 1514: la mujer puede estipular que en caso de renuncia á la comunidad recogerá todo ó parte de lo que había traído, ya sea cuando el matrimonio, ya después. La devolución es condicional, puesto que la mujer sólo tiene derecho á ella cuando renuncia. En este caso tiene una hipoteca para la garantía de sus devoluciones, puesto que los derechos de la mujer renunciante se ejercen necesariamente contra el marido. La devolución estipulada en virtud del art. 1514 también es eventual en tanto que recae en el mobiliar que vencerá á la mujer durante la comunidad á título de sucesión ó de donación.

Se califica también el *preciput* ó *mejora* de devolución. El art. 1515 dice que la mujer no ejerce esta *prelación* sino cuando acepta la comunidad, puesto que la ley da el nombre de *devolución* á las prelaciones que hacen los esposos (núm. 350); también al *preciput* se puede llamar *devolución*. Es un derecho *condicional*: la supervivencia es la condición ordinaria bajo la cual se estipula. Es también un derecho *eventual*, puesto que, en general, se ejerce en la masa, pero en este caso no da acción á la mujer contra el marido y, por tanto, no le da hipoteca. Para que la mujer tenga una acción garantizada por una hipoteca es necesario que estipule la mejora, aun para el caso en que renunciara á la comunidad (núm. 343).

Las cláusulas de partición desigual de la comunidad no dan, en general, lugar á la hipoteca legal, puesto que los esposos se reparten la comunidad en el estado en que se halla, sin que la mujer tenga una acción contra su marido; y



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sin acción no hay hipoteca. Sin embargo, cuando los esposos estipulan que la totalidad de la comunidad pertenecerá al supérstite ó á uno de ellos el otro esposo ó sus herederos hacen la *devolución* de lo aportado y de los capitales caídos en la comunidad por su parte. Si es la mujer la que ejerce esta devolución tendrá una hipoteca legal. Esto es una devolución *condicional* y *eventual*, en lo que se refiere á los bienes que vencerán á la mujer durante la comunidad. Lo que decimos de la mujer se aplica á sus herederos; esto es el derecho común.

352. Se lee una sentencia de la Corte de Riom, pronunciada bajo la Presidencia de Grenier, que siempre se ha entendido con la palabra *devolución* el recobro de la dote bajo el régimen de la comunidad. (1) Las disposiciones del Código que acabamos de citar (núms. 349 y 350) confirman este significado tradicional. Todos los bienes de la mujer común son dotales: unos se vuelven propiedad de la comunidad y, por este punto, la mujer no puede tener hipoteca, puesto que no tiene acción; los otros la mujer los recobra y para la garatía de estas devoluciones tiene una hipoteca legal.

Los intérpretes de la Ley Hipotecaria dan un sentido más extenso á la palabra *devoluciones*. Entienden con esto las sumas que por varios títulos tiene la mujer derecho de reclamar á su marido cuenta y reembolso. (2) Esto es confundir las *devoluciones* con lo que el art. 47 (Código Civil, art. 2121) llama *derechos* y *créditos*. Tal no es el lenguaje del Código, pero tal parece ser el lenguaje de la Ley Hipotecaria. El § 2 del art. 64 califica de *devoluciones* los derechos *condicionales* ó eventuales de la mujer, y el art. 67 dice que la mujer puede tomar inscripción durante el matrimonio por

1 Riom, 4 de Marzo de 1822 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 881, p. 241).
2 Martou, Comentario, t. III, p. 18, núm. 893.



*toda clase de recurso* que pueda tener contra su marido; lo que en la interpretación generalmente admitida se refiere á las *devoluciones* de que se trata en el § 2 del art. 64. Según esto toda causa de recurso de la mujer contra su marido sería una *devolución*.

Esto importa poco por lo que se refiere á la cuestión que ahora examinamos, la de saber para cuáles derechos tiene la mujer una hipoteca legal. Es seguro que la mujer tiene una hipoteca por cualquiera causa de recursos que tiene contra su marido; que se llamen á estos derechos unas *devoluciones* esto es bastante indiferente. Pero no sucede lo mismo cuando se trata de determinar el lugar de la hipoteca legal. Si se confunden las devoluciones con los *derechos* de la mujer, cualesquiera que estos sean, se llega á una consecuencia que nos es difícil admitir; á saber, que la mujer puede hacer especificar en su contrato de matrimonio, en virtud del art. 64, toda clase de créditos eventuales que pueda adquirir contra su marido durante el matrimonio. Así las sucesiones y donaciones á las que puede ser llamada la mujer durante el matrimonio serían unas *devoluciones*, para cuya garantía la mujer podría hacer especializar su hipoteca por contrato de matrimonio é inscribirla inmediatamente. Esto nos parece dudoso; la ley da á la mujer una hipoteca para la garantía de sus *derechos*, no se la da para sus *esperanzas*; y las sucesiones ó donaciones futuras no son más que esperanzas. Volveremos á este punto.

353. Las devoluciones en el lenguaje del Código suponen convenciones matrimoniales expresas ó tácitas en virtud de las que la mujer *recobra* ciertos bienes por *prelación*. Esto implica, como lo dice la Corte de Riom, que la mujer es común en bienes. Bajo los demás regímenes no puede tratarse de *prelaciones*, puesto que no hay masa que repartir; los esposos están separados de bienes; los bienes de la mujer son generalmente bienes dotales cuyo goce tiene el marido: la

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mujer los aparta al matrimonio para ayudar al marido á soportar los cargos; cuando el régimen está devuelto el marido los restituye. La restitución de la dote reemplaza á la devolución bajo el régimen de exclusión de comunidad y bajo el régimen dotal, en lo que se refiere á los bienes dotales. En cuanto á los bienes cuya administración y goce conserva la mujer no tiene en principio devolución ni restitución que reclamar, puesto que no deja de tener su propiedad y posesión. Sólo cuando el marido de hecho los administre y goce es cuando la mujer tiene un crédito contra él por este punto y, por tanto, una hipoteca (núm. 349).

*Núm. 4. De los derechos nacidos durante el matrimonio.*

354. El Código Napoleón distingue los derechos que nacen durante el matrimonio de los que nacen antes de la celebración á consecuencia de las convenciones matrimoniales. ¿Mantiene esta distinción la Ley Hipotecaria? Según la interpretación generalmente admitida la distinción queda abolida. Creemos que esto es ir demasiado lejos. Importa siempre determinar cuándo los derechos de la mujer toman nacimiento, puesto que la hipoteca no podría existir sin derecho. En el sistema de la nueva ley la hipoteca de la mujer debe ser especificada é inscripta; de modo que no tiene lugar más que desde su inscripción, como las hipotecas convencionales, y la época en que puede ser inscripta depende de la fecha en que nació. Ya hemos recogido los derechos que nacen antes del matimonio; nos queda por ver cuáles son los derechos que nacen durante el matrimonio. El art. 67 de la ley los enumera (Código Civil, art. 2135). ¿Es esta una enumeración restrictiva? Ya hemos contestado á la pregunta. El objeto del art. 67 no es el de determinar, limitándoles, los derechos que la mujer adquiere contra su marido durante el matrimonio: la ley sólo fija el modo de especificar la hipoteca de la mujer. En cuanto á los derechos para cuya garantía tiene una hipoteca se aplica el art. 47; todo derecho que da acción á la mujer contra su marido está garantizado por una hipoteca legal.



355. El art. 67 está concebido en este sentido. Pone en principio que la mujer puede requerir inscripción por toda *causa* de recursos que pueda tener contra su marido. Después la ley da ejemplos: «Tales como los que resultan de donaciones ó de sucesiones á que fuera llamada.» Acabamos de decir (núm. 352) que las sucesiones y donaciones que la mujer recoge durante el matrimonio no son *devoluciones eventuales* en el sentido del art. 64. Sin duda que es el régimen adoptado por los esposos en su contrato el que determina si los bienes que vencen á la mujer durante su matrimonio le quedan en propios ó si se vuelven propiedad del marido entrando en el activo de la comunidad. Es, por consiguiente, el contrato de matrimonio el que establece el principio de las devoluciones que la mujer tiene el derecho de ejercer; pero las convenciones matrimoniales no pueden especificar estas devoluciones y las donaciones ni siquiera son una esperanza.

Por esto es que el artículo 67 menciona las sucesiones y donaciones entre los derechos por los que la mujer puede tomar inscripción durante el matrimonio. Esto está también fundado en razón: no puede haber hipoteca mientras que la mujer no tiene un derecho, cuando menos eventual, que resguardar, y el heredero y el donatario no tienen ningún derecho antes de la apertura de la sucesión ó antes que la donación esté perfeccionada. Cuando una sucesión vence á la mujer ó que se le hace una donación hay que ver si los bienes que recoge le quedarán en propios; en este caso tendrá una acción por *devolución* ó una acción de restitución y, por consiguiente, una hipoteca legal. Si, al contrario, los bienes deben volvetse propiedad del marido sin que éste esté obligado á una restitución á la mujer, no

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

teniendo ésta ninguna acción contra el marido no tendrá tampoco una hipoteca.

356. El art. 67 da también, como ejemplo de derechos nacidos durante el matrimonio, el recurso que la mujer tiene contra su marido por el punto de la enajenación de sus *propios*. Esta palabra de *propios* sólo se usa en el régimen comunal, porque bajo este régimen hay bienes que quedan en propio á la mujer: es el mobiliar que entra por su parte en la comunidad y que hace parte de la masa de que el marido es señor y dueño durante el matrimonio; en la disolución de la comunidad la mujer no recoge su mobiliar, recoge la mitad de los bienes que componen el activo. Si un propio de la mujer está enajenado sin reemplazo la mujer tiene una compensación, es decir, una devolución, la que está garantizada por una hipoteca. La mujer tiene también derecho á una recompensa y á una devolución «cuando la comunidad ha sacado un partido con sus bienes;» esta es una de las causas de indemnización por las que la mujer tiene una acción contra el marido en caso de insuficiencia de la comunidad (arts. 1470-1472) y, por consiguiente, tiene por este punto una hipoteca.

Bajo los otros regímenes no hay *propios* por razón de que los esposos están separados de bienes; la mujer conserva, pues, la propiedad de todo lo que posea al casarse y de todo lo que adquiera durante el matrimonio. ¿Si enajena un bien tendrá por ello una hipoteca? Sí, cuando el marido gozó del precio, pues se volverá propietario en virtud de su cuasiusufructo y, por tanto, está obligado á la restitución; y para garantía de esta restitución la mujer tiene una hipoteca. Bajo el régimen de separación de bienes la mujer es quien percibe el precio y quien tiene el goce del dinero; no tiene, pues, en principio crédito ni hipoteca en caso de enajenación. Pero si el marido percibiera el precio y lo empleara en provecho suyo la mujer tendría una acción por



indemnización y, por tanto, una hipoteca. Transladamos á lo que hemos dicho en el núm. 338. Lo mismo pasa cuando la mujer vende uno de sus parafernales bajo el régimen dotal. En cuanto á la enajenación de los inmuebles dotales la mujer tiene igualmente una acción contra su marido, como lo hemos dicho al hablar de la dote (núm. 339).

357. El tercer ejemplo que da el art. 67 de los derechos que nacen durante el matrimonio se refiere al recurso que tiene la mujer contra el marido por punto á obligaciones que inscribiera. Esto supone que la mujer se obliga en interés del marido ó de la comunidad. Cuando lo hace en su propio interés no puede tener recurso ni, por tanto, hipoteca; siendo deudora ella es quien soporta la deuda; no puede, pues, tratarse de un recurso ni de una hipoteca. (1) Pero cuando se obliga con su marido para negocios de la comunidad ó del marido se la reputa, según el art. 1431, por haberse obligado sólo como cauciónante, aunque se hubiera obligado solidariamente; por consiguiente, debe ser indemnizada de la obligación que contrajo. Es esta acción de indemnización la que está garantizada por una hipoteca.

La Corte de Casación ha deducido de este principio una consecuencia muy importante. Ordinariamente las indemnizaciones de la mujer sólo se ejercen en la disolución de la comunidad por vía de prelaciones y devoluciones. Pero siendo considerada la mujer como cauciónante en virtud del art. 1431 puede invocar el beneficio del art. 2032. En los casos previstos por esta última disposición el cauciónante, aun antes de haber pagado, puede promover contra el deudor para que se le indemnice; tiene este derecho especialmente cuando el deudor quebró civil ó mercantilmente. Cuando, pues, se abre una orden en los bienes del marido la mujer puede presentarse en virtud de su hipoteca legal por el monto de la indemnización que la ley le concede co-

1 Caen, 29 de Noviembre de 1872 (Dalloz, 1874, 2, 107).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mo caucionante de su marido. Esta indemnización, dice la Corte, constituye en favor de la mujer un crédito líquido y exigible, por el que está fundada á proceder hipotecariamente aun durante la comunidad y antes de la liquidación de las devoluciones propiamente dichas que resultan de sus aportes matrimoniales y de la enajenación de sus bienes.

En el caso la mujer había subrogado un acreedor en el beneficio de su hipoteca legal; ejerciendo el subrogado todos los derechos del subrogante la Corte decidió que el acreedor podía ejercer los derechos de la mujer en la orden abierta en los bienes del marido. Esto no tenía ninguna duda. (1)

358. ¿Qué debe decidirse si la mujer paga voluntariamente una deuda de su marido? Hay un motivo de duda: es que no se encuentra uno en el caso del art. 67, el que supone una obligación contraída por la mujer. Fundándose en una disposición análoga del art. 2135 del Código Napoleón la Corte de Grenoble había negado la hipoteca á la mujer que había pagado sin estar obligada. La sentencia fué casada. La Corte de Casación dice, con razón, que debe aplicarse el art. 2121 (Ley Hipotecaria, art. 47) que dispone de un modo general y absoluto que la mujer tiene una hipoteca legal en los bienes del marido para la seguridad de sus *derechos* y *créditos*; y por estas palabras debe necesariamente entenderse todo lo que la mujer tiene el derecho de reclamar contra su marido por cualquiera causa que sea. Cuando, pues, la mujer paga una deuda de su marido no hay que distinguir, en cuanto á la hipoteca legal, si pagó como codeudora, como mandataria ó como gerente de negocios. Estas distinciones tienen importancia cuando se trata de determinar si la mujer tiene los derechos de un codeudor ó de un caucionante, si su acción nace de un mandato ó de una gerencia de negocios. Pero cuando se pregunta si la mujer tiene una hipoteca legal sólo es de verse una cosa: ¿tiene acción contra el marido resultante de las relaciones que el matrimonio establece entre los esposos en cuanto á sus bienes? Y es bien sabido que la mujer que paga las deudas de su marido lo hace como esposa, en interés de los negocios del marido; debe, pues, gozar de su garantía hipotecaria para obtener el reembolso de sus anticipos. (1)

1 Casación, 26 de Enero de 1875 (Dalloz, 1875, 1, 52).



359. Hay un caso en que la mujer, aunque obligada, no tiene el recurso de hipoteca: esto es cuando está obligada con su marido para defraudar los derechos de sus acreedores. La Corte de Bruselas lo sentenció así (2) y la solución no es dudosa: la ley protege á la mujer contra su debilidad y su incapacidad; no protege el fraude.

*Núm. 5. De las costas.*

360. La mujer casada hace gastos en justicia; si tiene un recurso, por este punto, contra su marido ¿su acción será garantizada por la hipoteca legal? Se admite generalmente la afirmativa. En la opinión que hemos enseñado acerca de la hipoteca legal de la mujer esta solución no es dudosa. La ley nada dice de los gastos; pero esto importa poco, pues no enumera y no limita los derechos para los que concede una hipoteca á la mujer; los arts. 64 y 67 son extraños á la cuestión, sólo se refieren á la especificación de la hipoteca; es decir, al lugar que le pertenece. Es el art. 47 el que es el sitio de la materia, y esta disposición, tomada del Código Civil, está concebida en los más generales términos: la Corte de Casación acaba de decirnos que debe comprenderse todo cuanto la mujer tiene derecho á reclamar contra su marido (núm. 358). Hay que agregar para completar el

1 Casación, 29 de Agosto de 1870 (Dalloz, 1870, 1, 353).
2 Bruselas, 26 de Diciembre de 1859 (Pasicrisia, 1860, 2, 327).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

pensamiento de la Corte: siempre que sea una acción en los bienes del marido, resultando del matrimonio; poco importa que sea del matrimonio considerado como unión de las personas ó de las convenciones matrimoniales relativas á los bienes, pues la ley no distingue y no hay lugar á distinguir. La razón por la que la ley concede una hipoteca á la mujer es su incapacidad, su dependencia; esta razón es general y se aplica á toda acción que es consecuencia directa ó indirecta del matrimonio.

361. La mujer, por negativa de su marido en autorizarla para un acto jurídico, se dirige al juez, quien le concede la autorización. ¿Tiene un recurso contra su marido por los gastos que está obligada á hacer? Sí, dice la Corte de Agén; el poder del marido no es un poder despótico; si el marido abusa de él negando á la mujer su autorización por espíritu de vejación debe sufrir la pena que la ley inflige al litigante temerario; mejor dicho, debe sufrir los gastos que la mujer se ve obligada á hacer por abuso de la potestad marital. Esto decide la cuestión de la hipoteca. (1) El principio, tal como lo acabamos de formular, es aplicable (núm. 360); es como mujer casada y por razón de su incapacidad por lo que tuvo que ocurrir á la justicia. Es verdad que es por razón de la potestad marital que es esencialmente relativa á la persona de la mujer; pero esta potestad reacciona también en los bienes, puesto que la incapacidad de la mujer, que es su consecuencia, consiste precisamente en la necesidad de obtener la autorización marital para los actos jurídicos que se ve en el caso de hacer.

362. El principio es también aplicable á los gastos que la mujer está obligado á hacer para la liquidación de sus derechos de devolución. Tales son especialmente los gastos de instancia de separación de bienes. En este punto la doctrina y la jurisprudencia están acordes, pero importa precisar cuál es el verdadero motivo de decidir. Grenier dice que los gastos son accesorios del crédito principal y que están garantizados por la hipoteca en virtud del principio que asegura á los intereses el mismo lugar de preferencia que al capital. (1) La jurisprudencia está en el mismo sentido. La Corte de Lieja, al decidir que la hipoteca legal de la mujer garantiza los gastos á título de accesorios, parte de un principio falso; considera la hipoteca legal como una excepción en el sentido de que estuviera concedida á la mujer sólo para los derechos enumerados en los arts. 64-67. (2) Contestamos con la Corte de Casación (núm. 358) que el principio está sentado por el art. 47 (Código Civil, art. 2121) y en términos tan generales que es imposible encontrarle la menor restricción; basta que se trate de los *derechos* de la *mujer casada*. Si se admitiera el principio de la Corte de Lieja habría que concluir que la mujer no tiene hipoteca para las costas, pues éstas no son un accesorio del derecho principal que le pertenece; no hay más accesorios de un crédito que los intereses y garantías que están ligadas á él. Es, además, inútil recurrir á principios imaginarios para decidir la cuestión de costas; el art. 47 (Código Civil, art. 2121), tal cual lo interpreta la Corte de Casación, zanja toda dificultad.

363. Hay una duda para los gastos de la demanda de separación de cuerpos y con más razón por la acción de divorcio. El objeto de estas acciones es extraño á los bienes de los esposos en el sentido de que la causa de la demanda es la violación de las obligaciones que el matrimonio, considerado como unión de las personas, impone á los cónyugas; los efectos que la separación de cuerpos y el divorcio producen en cuanto á los bienes sólo son secundarios; esto es

1 Agén, 15 de Diciembre de 1847 [Dalloz, 1848, 2, 29]. Aubry y Rau, t. III, p. 218, nota 11, pfo. 263 *ter*, y los autores que citan.



1 Grenier, De las Hipotecas, núm. 231.
2 Lieja, 29 de Marzo de 1862 (Pasicrisia, 1862, 2, 203).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

una consecuencia del relajamiento ó de la ruptura del lazo conyugal; no es este el objeto que la mujer se propuso. No obstante, creemos que el principio del art. 47 debe recibir su aplicación: es como mujer casada como la demandante intenta la acción, y la sentencia que obtiene se ejecuta en los bienes del marido en lo que se refiere á los gastos. Esto es decisivo. No hay que limitar la protección que la ley concede á la mujer cuando entendió darle una garantía para todos los derechos que tiene contra su marido. (1)

### § II.—De los bienes gravados con la hipoteca legal.

364. Las mujeres casadas tienen, así como los menores é interdictos, una hipoteca que es á la vez general y especial. Es general, pues según el art. 47 recae en los *bienes* del marido, sin ninguna restricción; luego en sus bienes presentes y futuros. Es especial, puesto que la ley quiere que esté especificada, ya por el contrato de matrimonio, ya durante el matrimonio, por orden del presidente. La especificación tiene por objeto limitar la inscripción á los inmuebles necesarios para dar á la mujer una garantía completa. Cuando se hace por el contrato de matrimonio el marido puede resguardar sus intereses él mismo, puesto que es parte en el contrato. Cuando es el presidente quien especifica la hipoteca el marido no concurre á esta especificación, pues si la inscripción requerida por la mujer es excesiva puede pedir su reducción. Por contra la mujer puede, durante el matrimonio, requerir una inscripción suplementaria y aun una primera inscripción en los bienes que el marido adquiere después de celebrado el matrimonio; en este sentido los bienes futuros del marido están sometidos á la hipoteca de la mujer. Pero no puede haber inscripción en estos bienes sino

1 Véanse, sobre las costas en general, Aubry y Rau, t. III, p. 218, notas 9 y 12, pfo. 264 *ter*; Pont, t. I, p. 463, núm. 439, y las notas 2 y 3, y la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Privilegios, núms. 892 y 893.



después que el marido los haya adquirido; así el marido no podría, cuando el contrato de matrimonio, pedir que se hiciera la incripción en sus bienes venideros. Se ha propuesto darle este derecho: esto era volver al sistema del Código Civil que el legislador belga quiso modificar. Para que la hipoteca legal de la mujer esté pública es necesario que la inscripción dé á conocer á los terceros cuáles son los bienes del marido que tienen gravamen y cuáles están libres; por consiguiente, la hipoteca debe ser especificada en cuanto á los bienes, y sólo puede serlo si está establecida en los bienes que pertenecen al marido cuando el acta que la especifica. (1)

365. La ley dice que la mujer tiene hipoteca en los bienes del marido. Síguese de esto que si el marido está en sociedad y que la sociedad posee inmuebles estos bienes no están gravados con la hipoteca de la mujer ó quedan gravados según que la sociedad forma ó no persona civil. Transladamos, en cuanto al principio, al título *De la Sociedad*; la aplicación no presenta ninguna dificultad. La ley declara que las sociedades de comercio son personas civiles; es, pues, la sociedad como cuerpo moral la que es propietaria de los inmuebles que posee; por tanto, la mujer no tiene hipoteca en estos inmuebles, pues el marido asociado no tiene en ellos ningún derecho, ni siquiera el de copropiedad. (2) Pasa de otro modo con las sociedades civiles; en la opinión que hemos enseñado estas sociedades no forman personas civiles; por tanto, los bienes pertenecen á los asociados; están, por consiguiente, gravados de hipoteca legal en favor de la mujer, como todos los bienes indivisos de los que el marido es propietario.

1 Sesión de 7 Febrero de 1851 [Parent, pa. 331 y 332].
2 Véase la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Privilegios, núms. 774 y 935. Debe agregarse Denegada, 29 de Mayo de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 380).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

una consecuencia del relajamiento ó de la ruptura del lazo conyugal; no es este el objeto que la mujer se propuso. No obstante, creemos que el principio del art. 47 debe recibir su aplicación: es como mujer casada como la demandante intenta la acción, y la sentencia que obtiene se ejecuta en los bienes del marido en lo que se refiere á los gastos. Esto es decisivo. No hay que limitar la protección que la ley concede á la mujer cuando entendió darle una garantía para todos los derechos que tiene contra su marido. (1)

### § II.—De los bienes gravados con la hipoteca legal.

364. Las mujeres casadas tienen, así como los menores é interdictos, una hipoteca que es á la vez general y especial. Es general, pues según el art. 47 recae en los *bienes* del marido, sin ninguna restricción; luego en sus bienes presentes y futuros. Es especial, puesto que la ley quiere que esté especificada, ya por el contrato de matrimonio, ya durante el matrimonio, por orden del presidente. La especificación tiene por objeto limitar la inscripción á los inmuebles necesarios para dar á la mujer una garantía completa. Cuando se hace por el contrato de matrimonio el marido puede resguardar sus intereses él mismo, puesto que es parte en el contrato. Cuando es el presidente quien especifica la hipoteca el marido no concurre á esta especificación, pues si la inscripción requerida por la mujer es excesiva puede pedir su reducción. Por contra la mujer puede, durante el matrimonio, requerir una inscripción suplementaria y aun una primera inscripción en los bienes que el marido adquiere después de celebrado el matrimonio; en este sentido los bienes futuros del marido están sometidos á la hipoteca de la mujer. Pero no puede haber inscripción en estos bienes sino

1 Véanse, sobre las costas en general, Aubry y Rau, t. III, p. 218, notas 9 y 12, pfo. 264 *ter*; Pont, t. I, p. 463, núm. 439, y las notas 2 y 3, y la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Privilegios, núms. 892 y 893.



después que el marido los haya adquirido; así el marido no podría, cuando el contrato de matrimonio, pedir que se hiciera la incripción en sus bienes venideros. Se ha propuesto darle este derecho: esto era volver al sistema del Código Civil que el legislador belga quiso modificar. Para que la hipoteca legal de la mujer esté pública es necesario que la inscripción dé á conocer á los terceros cuáles son los bienes del marido que tienen gravamen y cuáles están libres; por consiguiente, la hipoteca debe ser especificada en cuanto á los bienes, y sólo puede serlo si está establecida en los bienes que pertenecen al marido cuando el acta que la especifica. (1)

365. La ley dice que la mujer tiene hipoteca en los bienes del marido. Síguese de esto que si el marido está en sociedad y que la sociedad posee inmuebles estos bienes no están gravados con la hipoteca de la mujer ó quedan gravados según que la sociedad forma ó no persona civil. Transladamos, en cuanto al principio, al título *De la Sociedad*; la aplicación no presenta ninguna dificultad. La ley declara que las sociedades de comercio son personas civiles; es, pues, la sociedad como cuerpo moral la que es propietaria de los inmuebles que posee; por tanto, la mujer no tiene hipoteca en estos inmuebles, pues el marido asociado no tiene en ellos ningún derecho, ni siquiera el de copropiedad. (2) Pasa de otro modo con las sociedades civiles; en la opinión que hemos enseñado estas sociedades no forman personas civiles; por tanto, los bienes pertenecen á los asociados; están, por consiguiente, gravados de hipoteca legal en favor de la mujer, como todos los bienes indivisos de los que el marido es propietario.

1 Sesión de 7 Febrero de 1851 [Parent, pa. 331 y 332].
2 Véase la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Privilegios, núms. 774 y 935. Debe agregarse Denegada, 29 de Mayo de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 380).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

366. El marido puede enajenar é hipotecar la propiedad que tiene en una herencia ó cualquiera otra masa indivisa; por consiguiente, esta propiedad queda también gravada con hipoteca legal en favor de la mujer, salvo la aplicación del principio del art. 883. Si cuando la partición el inmueble no cae en el lote de su marido se desvanece la hipoteca, puesto que el inmueble se considerará como no haber sido nunca propiedad del marido. Por contra, si el inmueble se pone en su lote el marido se considerará como haber sido propietario exclusive; por tanto, la mujer tendrá una hipoteca en todo el inmueble. Queda por saber cuáles son las actas que la ley considera como una partición; transladamos, en este punto, á lo que fué dicho en el título *De las Sucesiones.* (1)

367. Según el art. 2125 (Ley Hipotecaria, art. 74) «los que sólo tienen en un inmueble un derecho pendiente de una condición, ó resoluble en ciertos casos, ó sujeto á rescisión, no pueden consentir más que una hipoteca sometida á las mismas condiciones ó á la rescisión.» Este principio se aplica también á la hipoteca legal. Si el marido es propietario bajo condición suspensiva la mujer puede tomar inscripción, pero su derecho quedará suspendida por la misma condición, y si ésta es resolutoria su derecho se desvanecerá si la condición llega á realizarse. Hay dos casos en los cuales el Código Civil deroga este principio. El derecho de restitución estipulado por el donante es una condición resolutoria; no obstante, cuando la condición se cumple la hipoteca de la dote y de las convenciones matrimoniales subsiste en el caso en que la donación ha sido hecha en el mismo contrato de matrimonio del que resulta la hipoteca; pero ésta no puede ser ejercida contra el donante más que

1 Véase la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Privilegios, núms. 938 á 940. Debe agregarse Angérs, 27 de Mayo de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 152).



si los demás bienes del esposo donatario no bastan para garantizar los derechos de la mujer (art. 952). Hay una segunda excepción en materia de substitución: cuando ésta se abre en favor de los llamados los derechos consentidos por el gravado quedan resueltos; sin embargo, la mujer del gravado conserva una hipoteca subsidiaria en los bienes por devolver, en caso de insuficiencia de los bienes libres, para el capital del dinero dotal si el testador lo ordenó así (art. 1054). Estas disposiciones anómalas dan lugar á muchas dificultades; ya las hemos examinado en el título *De las Donaciones y Testamentos.* (1)

368. ¿La mujer común en bienes puede tomar inscripción en las gananciales? Esta cuestión está muy controvertida. A primera vista sorprende. El art. 47 (Código Civil, art. 2121) dice que la mujer tiene una hipoteca legal en los *bienes del marido*, y cuando los esposos están casados bajo el régimen de la comunidad la ley distingue los propios del marido, que son sus bienes, y los bienes de la comunidad, que llevan el nombre de gananciales y de los que la mujer es copropietaria: ¿puede la mujer tener una hipoteca en bienes de que es copropietaria? Sin embargo, la afirmativa prevalece en la doctrina y en la jurisprudencia, y en principio no nos parece dudosa. Se lee en una sentencia de la Corte de Lieja: «El marido, según la expresión de las antiguas costumbres, es señor y dueño de los bienes de la comunidad; es, pues, con justo título como la doctrina y la jurisprudencia aplican la hipoteca legal de la mujer á las gananciales tanto como á los propios del marido.» (2) Se objeta, pues todos están controvertidos en estos debates, que el Código Civil no dice que el marido sea señor y dueño de la comunidad. (3) Esto es verdad, pero el Código no

1 Compárese Valette, ps. 248 y siguientes.
2 Aubry y Rau, t. III, p. 225, nota 29, pfo. 264 *ter.*
3 Véase, en este sentido, Valette, ps. 251 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

reproduce la fórmula, reproduce la cosa; en efecto, según el art. 1421 el marido puede vender los bienes de la comunidad, puede hipotecarlos sin el concurso de la mujer. Esto es seguramente la señoría que nuestras costumbres reconocían al marido, jefe de la comunidad. Si puede enajenar é hipotecar es propietario, los bienes están en su dominio; luego son, como suena, los bienes del marido, y, como tal, deben estar gravados por la hipoteca legal. No se puede contestarlo sin llegar á una extraña anomalía: los bienes que pueden ser hipotecados por convención pueden también ser hipotecados por la ley; ¿por qué singular excepción tendría el marido el derecho de hipotecar las gananciales sin que la ley tuviera el derecho de gravarlas con hipoteca?

369. Pero si el principio es incontestable la aplicación del principio no deja de tener dificultades. Debe desde luego distinguirse si las gananciales en las que la mujer tomó inscripción han sido ó no enajenadas ó hipotecadas. Suponemos, primero, que los bienes se hallan libres y se encuentran aún en la masa común cuando la disolución de la comunidad. La mujer puede aceptar ó renunciar. Si acepta los inmuebles están comprendidos en la partición. Si se ponen en su lote la hipoteca cae, no pudiendo la mujer tener hipoteca en su propia cosa; además, por efecto de la partición (art. 883) el marido está considerado como no haber tenido nunca ningún derecho en los bienes puestos en el lote de su mujer; estos bienes no fueron nunca suyos; luego nunca pudieron ser gravados con hipoteca legal de la mujer. Si, por el contrario, los bienes caen en el lote del marido siempre fué propietario de ellos; los bienes en los que la mujer tomó inscripción son los bienes del marido, en virtud del texto terminante del art. 883; luego están gravados con la hipoteca de la mujer. En este punto no podría haber duda seria. La mujer puede también renunciar: aquí comienza la duda. ¿Cuál es el efecto de la renuncia? Es



que la mujer renunciante deja de ser mujer común y, en realidad, no lo fué nunca. Si el principio es verdadero decide la cuestión. El marido siempre fué propietario de los bienes de la comunidad, estos bienes siempre fueron suyos; la consecuencia es evidente; no hay ya diferencia entre los propios y las gananciales: se confunden en un solo y mismo patrimonio y, por consiguiente, las gananciales, como los propios, están gravados por la hipoteca legal de la mujer. Se hacen objeciones que vamos á encontrar en la hipótesis en que la mujer está en concurso con un tercer adquirente ó con un acreedor hipotecario. En la hipótesis que examinamos por ahora la mujer sólo está en conflicto con los acreedores quirografarios del marido; y la mujer puede oponerles su hipoteca legal como los acreedores hipotecarios del marido pueden oponerles su hipoteca convencional. En este punto reina el acuerdo. (1)

370. La cuestión que discutimos sólo se hace dudosa cuando el marido enajena ó hipoteca los bienes en los que la mujer tomó inscripción. Hay que distinguir de nuevo si la mujer acepta ó renuncia. Se admite generalmente que si la mujer acepta la hipoteca cae, mientras que subsiste si la mujer renuncia. La solución depende del punto de saber cuál es el efecto de la aceptación y de la renuncia; los mismos principios están controvertidos.

Cuando la mujer acepta es definitivamente asociada y lo fué siempre. Como socio se la considera como haber concurrido en los actos que el marido ha hecho durante la comunidad. ¿Cuál es el efecto de este concurso en lo relativo á la hipoteca legal? Se supone que el marido enajenó el inmueble en el cual la mujer tomó inscripción. Si realmente la mujer había concurrido á la venta como parte en el contra-

1 Denegada, Sala Civil, 1.° de Agosto de 1848 [Dalloz, 1848, 1, 189]. Valette, p. 252, 1.° Pont, t. I, p. 559, núm. 521.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

to este concurso habría tenido por efecto la renuncia de la mujer á su hipoteca, mejor dicho, á su inscripción hipotecaria con relación al adquirente, lo que es la aplicación del art. 71 de que tratamos. Este primer punto no fué contestado; arrastra, en nuestro concepto, la decisión del asunto. En efecto, la aceptación de la mujer equivale á su concurso; aceptando la comunidad acepta todos los actos del marido como asociada, se la considera como haber figurado en todos esos actos como parte, luego en el que el marido enajenó el ganancial en lo que había inscripto; por tanto, no puede oponer su hipoteca al adquirente. ¿Se dirá que esta argumentación es una ficción y que no hay ficción sin ley? Es verdad que no hay texto que diga que á la mujer aceptante se la considera como haber concurrido á los actos de su marido, pero no era necesario el texto porque no se trataba de una ficción sino, al contrario, de la realidad. La mujer aceptante es asociada, siempre lo ha sido, y en la sociedad que se llama comunidad la mujer está representada por el marido; mejor dicho, la absorbe; todo lo que hace está hecho por la sociedad que se concentra en el marido; basta, pues, que el marido enajene un ganancial para que la mujer aceptante se considere vendedora con su marido; esto es tan cierto que la mujer es garante, al menos por mitad; según otros, por todo. De cualquier modo que sea no invocamos la garantía, invocamos el concurso de la mujer al acta, que no se podría contestar, y desde que forma parte en ella renuncia tácitamente á prevalecerse de su hipoteca contra el tercero adquirente. Lo que decimos de la enajenación se aplica á la hipoteca; la mujer que concurre al acta por la que el marido hipoteca el ganancial renuncia al beneficio de su inscripción en favor del acreedor hipotecario, y cuando acepta es parte en el acta, ha concurrido. Lo que decide la cuestión. (1)

1 Aubry y Rau, t. III, p. 226, nota 21, pfo. 264 *ter*, y en sentido diverso



371. Contrariamente la mujer que renuncia se la considera como nunca haber estado en común de bienes; jamás ha estado asociada, no se puede decir que haya concurrido á los actos del marido; éste ha dispuesto de los bienes de los que, á consecuencia de la renuncia, era propietario exclusivo, como habría dispuesto de uno propio; no hay ninguna diferencia entre los propios y los adquiridos; luego la mujer conserva su hipoteca en los adquiridos como la conserva en los propios. (1)

Se contesta el principio; la ley no dice de la mujer que renuncia lo que ha dicho del heredero que renuncia; éste se considera como no haber sido heredero, pero esta ficción es extraña á la mujer, ha estado realmente asociada, su marido ha obrado como dueño y señor en nombre de su mujer, á la que representa; como tal tuvo el poder de enajenar é hipotecar: ¿puede la mujer por, su renuncia, hacer decaer los actos que su marido tenía el derecho de hacer en su nombre? ¿En qué se convierte entonces el poder absoluto; la señoría que la ley concede al marido? ¿Se puede decir que el marido tiene el derecho de enajenar y de hipotecar cuando la mujer, al renunciar, hiciera decaer las enajenaciones y las hipotecas?

Hay una respuesta á estas objeciones, y la creemos perentoria. Nó, la ley no dice, en términos formales, que la mujer renunciante nunca haya sido asociada, pero sí lo dicen la tradición y los principios. Dumoulín, en su estilo enérgico, decía que la mujer, en el curso de su matrimonio, no estaba asociada, que sólo tenía esperanza de llegar á estarlo. ¿Cuándo? Cuando acepta. Si renuncia jamás lo ha sido. Hé aquí lo que dice la tradición. ¿Es verdad que el Código dice

las autores que citan. Debe agregarse Burdeos, 28 de Junio de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 99).

1 Bruselas, 26 de Julio de 1817 (Pasicrisia, 1817, p. 473). Denegada, Sala Civil, Febrero 4 de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 161). Compárese Aubry y Rau, t. III, p. 225, nota 30, pfo. 264 *ter*, y las autoridades en sentido diverso que citan.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

lo contrario? Se cita el art. 1492, en cuyos términos la mujer que renuncia *pierde* toda clase de derecho en los bienes de la comunidad; decir que *pierde* todo derecho es decir que ha tenido uno; ha estado, pues, asociada y deja de estarlo por su renuncia. Sin duda la mujer, de hecho, ha estado asociada: ¿es decir que ha concurrido á los actos del marido cuando renuncia? Tal es la verdad y la única dificultad: y la ley y los principios contestan que la mujer renunciante no ha formado parte en los actos hechos por el marido, porque no estaba obligada con las obligaciones que resultaban; y decir que no es deudora es decir que no ha hablado en el contrato, que no ha comunicado, que ha sido extraña; lo que es decisivo.

Lo que se agrega no es serio. Que la hipoteca de la mujer estorbe el derecho de disposición del marido ¿quién duda? ¿Pero qué prueba esto? La hipoteca que la mujer tiene sobre los propios del marido estorba también el ejercicio de su derecho de propiedad; lo que no impide el derecho de la mujer; y esto no nulifica el derecho de propiedad del marido, solamente es un derecho limitado, desmembrado por la hipoteca. Lo cual sucede con toda hipoteca. El derecho del marido como señor y dueño no se haya estorbado más que como propietario de sus propios. La objeción es, pues, de las que prueban mucho y que no prueban nada.

372. Queda una dificultad en la que hay igualmente controversia. Se abre una orden durante el matrimonio en un ganancial gravado con una inscripción en favor de la mujer. ¿La mujer puede producir y será colocada? Es imposible que sea colocada definitivamente, puesto que la existencia de su hipoteca está subordinada á la parte que tomará cuando la disolución de la comunidad, y no puede tratarse de aceptar ni de renunciar en tanto que la comunidad no esté disuelta. Pero se admite una colocación provisoria cuando el derecho del acreedor es eventual; se ha juzgado



que la mujer puede invocar este principio y hacerse colocar provisoriamente. La decisión es una consecuencia lógica del principio, si se admite la opinión general que acabamos de enseñar. Si la mujer tiene una hipoteca en caso de renuncia debe tener el derecho de conservarla haciendo actos conservatorios. No se le puede objetar que no tiene hipoteca porque en el curso de la comunidad los gananciales sobre los que ha inscripto son de la propiedad del marido; su derecho actual de presentarse en la orden no se podría contestar; solamente la colocación no puede ser definitiva, puesto que la hipoteca se puede desvanecer. Se concilian todos los derechos colocándola provisoriamente. (1)

## § III.—Especificacion de la hipoteca de la mujer.

### *Núm. 1. Objeto de la especificación.*

373. La hipoteca legal de la mujer, lo mismo que la de los menores é interdictos, estaba dispensada de la inscripción bajo el imperio del Código Civil en el sentido de que producía efecto aunque no había sido inscripta. También era general. De esta manera todos los bienes del marido, presentes y futuros, aun aquellos que adquiriera después de la disolución del matrimonio, estaban gravados con hipoteca en favor de la mujer. Los terceros que trataban con el marido podían saber, en verdad, que sus bienes estaban sometidos á la hipoteca legal, puesto que la ley se los decía, pero les era imposible conocer la extensión de estos cargos; y cuando los bienes se enajenaran se haría difícil, después de muchas mutaciones, asegurar que habían sido poseídos por un hombre casado, y más difícil todavía informarse del monto de los créditos garantizados por esa hipoteca oculta. Una gran parte del suelo estaba gravada

1 Bastia, 25 de Enero de 1862 (Dalloz, 1868, 2, 147). En sentido contrario, Metz, 31 de Diciembre de 1867 (Dalloz, 1868, 2, 145).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

lo contrario? Se cita el art. 1492, en cuyos términos la mujer que renuncia *pierde* toda clase de derecho en los bienes de la comunidad; decir que *pierde* todo derecho es decir que ha tenido uno; ha estado, pues, asociada y deja de estarlo por su renuncia. Sin duda la mujer, de hecho, ha estado asociada: ¿es decir que ha concurrido á los actos del marido cuando renuncia? Tal es la verdad y la única dificultad: y la ley y los principios contestan que la mujer renunciante no ha formado parte en los actos hechos por el marido, porque no estaba obligada con las obligaciones que resultaban; y decir que no es deudora es decir que no ha hablado en el contrato, que no ha comunicado, que ha sido extraña; lo que es decisivo.

Lo que se agrega no es serio. Que la hipoteca de la mujer estorbe el derecho de disposición del marido ¿quién duda? ¿Pero qué prueba esto? La hipoteca que la mujer tiene sobre los propios del marido estorba también el ejercicio de su derecho de propiedad; lo que no impide el derecho de la mujer; y esto no nulifica el derecho de propiedad del marido, solamente es un derecho limitado, desmembrado por la hipoteca. Lo cual sucede con toda hipoteca. El derecho del marido como señor y dueño no se haya estorbado más que como propietario de sus propios. La objeción es, pues, de las que prueban mucho y que no prueban nada.

372. Queda una dificultad en la que hay igualmente controversia. Se abre una orden durante el matrimonio en un ganancial gravado con una inscripción en favor de la mujer. ¿La mujer puede producir y será colocada? Es imposible que sea colocada definitivamente, puesto que la existencia de su hipoteca está subordinada á la parte que tomará cuando la disolución de la comunidad, y no puede tratarse de aceptar ni de renunciar en tanto que la comunidad no esté disuelta. Pero se admite una colocación provisoria cuando el derecho del acreedor es eventual; se ha juzgado



que la mujer puede invocar este principio y hacerse colocar provisoriamente. La decisión es una consecuencia lógica del principio, si se admite la opinión general que acabamos de enseñar. Si la mujer tiene una hipoteca en caso de renuncia debe tener el derecho de conservarla haciendo actos conservatorios. No se le puede objetar que no tiene hipoteca porque en el curso de la comunidad los gananciales sobre los que ha inscripto son de la propiedad del marido; su derecho actual de presentarse en la orden no se podría contestar; solamente la colocación no puede ser definitiva, puesto que la hipoteca se puede desvanecer. Se concilian todos los derechos colocándola provisoriamente. (1)

## § III.—Especificacion de la hipoteca de la mujer.

### *Núm. 1. Objeto de la especificación.*

373. La hipoteca legal de la mujer, lo mismo que la de los menores é interdictos, estaba dispensada de la inscripción bajo el imperio del Código Civil en el sentido de que producía efecto aunque no había sido inscripta. También era general. De esta manera todos los bienes del marido, presentes y futuros, aun aquellos que adquiriera después de la disolución del matrimonio, estaban gravados con hipoteca en favor de la mujer. Los terceros que trataban con el marido podían saber, en verdad, que sus bienes estaban sometidos á la hipoteca legal, puesto que la ley se los decía, pero les era imposible conocer la extensión de estos cargos; y cuando los bienes se enajenaran se haría difícil, después de muchas mutaciones, asegurar que habían sido poseídos por un hombre casado, y más difícil todavía informarse del monto de los créditos garantizados por esa hipoteca oculta. Una gran parte del suelo estaba gravada

1 Bastia, 25 de Enero de 1862 (Dalloz, 1868, 2, 147). En sentido contrario, Metz, 31 de Diciembre de 1867 (Dalloz, 1868, 2, 145).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

con cargos que los terceros no podían conocer, resultando que las transacciones inmobiliares serían estorbadas en gran perjuicio de los propietarios, que no encontrarían el crédito al que su fortuna les daba derecho ó lo obtendrían en condiciones ruinosas. La clandestinidad y la generalidad de la hipoteca legal de la mujer eran incompatibles con el principio de la ley nueva; el legislador belga la sometió á la regla general de la publicidad y de la especialidad. Para que la hipoteca legal pueda ser inscripta debe previamente estar especificada; es decir, que el monto de los créditos debe estar fijado y que una acta determine en los inmuebles que se debe inscribir.

374. El principio de la especificación es común á las hipotecas de la mujer y de los menores, pero su organización difiere. Cuando se trata de menores la ley quiere que las garantías hipotecarias les sean aseguradas desde la apertura de la tutela y antes de la toma de la gerencia del tutor. De aquí la necesidad de especificar y de inscribir la hipoteca en el momento en que el menor aun no tiene derechos contra su tutor y en que es imposible precisar el monto de los créditos que pudiera tener. Lo que no deja de tener inconvenientes. En principio la hipoteca no puede existir en tanto que no haya obligación principal, puesto que no podría haber garantía accesoria en tanto que no hubiera derecho que deba y pueda garantizar. Además hay peligro de que la inscripción que se toma antes de la entrada á la gerencia del tutor sea excesiva ó insuficiente; de aquí la necesidad de reducirla ó de aumentarla, lo que demanda nuevas deliberaciones del consejo de familia cuando ya es difícil obtener una sola.

¿La especificación de la hipoteca legal de la mujer de qué manera se hace? En teoría hay una diferencia entre los derechos de la mujer y los de los menores. Estos tienen acción contra el tutor por el punto de su gerencia; la garantía del menor debe, pues, existir desde que comienza la gerencia. De aquí la necesidad de especificar la hipoteca legal de los menores antes de la entrada á funcionar del tutor, y dar lugar á la hipoteca antes que exista el crédito. Pasa lo mismo con la mujer. Los derechos que la hipoteca legal está destinada á garantizar nacen en épocas distintas; unos antes del matrimonio, que resultan de las convenciones matrimoniales de los futuros esposos; los otros durante el curso del matrimonio. En cuanto á los derechos que nacen cuando el matrimonio es fácil especificarlos é inscribir la hipoteca antes de la celebración del matrimonio, puesto que los esposos que tienen bienes hacen regularmente un contrato ante un notario; siendo de este contrato del que proceden los derechos que la mujer tiene contra el marido era natural especificar la garantía hipotecaria por la misma acta que da nacimiento á los derechos que tiene por objeto asegurar. Pero es imposible especificar antes del matrimonio los derechos que nacen durante el curso de la unión conyugal; son esperanzas, tales como las sucesiones y las donaciones que la mujer recogerá, pero esperanzas no son derechos; ó si son obligaciones que la ley contrae con el marido ¿cómo preveer antes del matrimonio las necesidades que comprometen á la mujer á obligarse? Sucede lo mismo con las recompensas debidas á la mujer en caso de enajenación de propios: dependen de eventualidades que es imposible preveer. Se debió, pues, organizar, para los derechos de la mujer que nacen durante el matrimonio, un modo de especificación distinto del que se sigue para especificar la hipoteca de la mujer en el momento en que se redactan las convenciones matrimoniales. En el último caso la especificación se hace cuando los derechos nacen, aunque no se hagan ciertos más que por la celebración del matrimonio. En el primer caso la especificación no se puede hacer más que á medida que los créditos de la mujer nazcan: cuando



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nace una sucesión, cuando contraen una obligación en interés de su marido ó cuando la comunidad saca provecho de los propios de la mujer.

375. ¿Es esta teoría la de la Ley Hipotecaria? Era la del Código Civil (art. 2135). En cuanto al menor el Código no hacía ninguna distinción: le daba una hipoteca el día de la aceptación de la tutela por todos los derechos que tenía contra el tutor por el punto de la gerencia de éste. Pero en cuanto á la mujer el art. 2135 distinguía; para la dote y convenciones matrimoniales, es decir, para los derechos que nacen cuando el matrimonio, la mujer tenía hipoteca á contar desde el día en que se celebró el casamiento. Sin embargo, en lo relativo á la dote la mujer no tenía hipoteca por las cantidades dotales que provenían de sucesiones vencidas ó de donaciones hechas durante el matrimonio más que á contar desde la apertura de las sucesiones ó del día en que habían tenido efecto las donaciones. Luego el rango de la hipoteca legal dependía de la fecha en la que el crédito dotal daba nacimiento. Sucedía lo mismo con la hipoteca por indemnización de las deudas que la mujer contraía con su marido y para el reempleo de sus propios enajenados; tenía rango á partir del día de la obligación ó de la venta.

¿Ha derogado la ley belga el Código Napoleón? Lo ha derogado en un punto muy importante: en que la hipoteca de la mujer no existe de pleno derecho, debe ser especificada é inscripta, y su lugar depende de la fecha de la inscripción. Hé aquí por qué la ley belga no se ocupa ya del rango de la hipoteca legal; ésta se halla sometida al derecho común, no tiene lugar ó rango sino á partir de su inscripción. Queda por saber cuándo puede inscribirse. La ley contiene tres disposiciones á este respecto. Primero, la del art. 64, que permite á la mujer especificar su hipoteca por su dote y sus convenciones matrimoniales por el contrato de matrimonio; la hipoteca especificada debe ser



inmediatamente inscripta antes de la celebración del matrimonio y tiene efecto á partir de su inscripción. Este es el sistema del Código Civil, salvo que la hipoteca de la mujer tenía lugar sin inscripción á partir del día del matrimonio (art. 2135-2.°)

El art. 64, § 2, agrega que la mujer puede igualmente estipular en su contrato de matrimonio una hipoteca especial para garantía de sus devoluciones, de cualquiera naturaleza, aun *condicionales ó eventuales*, que podría ejercer contra su marido. Esta disposición da lugar á una primera dificultad: la hipoteca por devoluciones debe ser *estipulada*; es decir, es *convencional* ó es *legal*; y ¿solamente se hace por convención la especificación? Esta última opinión es la nuestra; volveremos á ella. Hay otra dificultad. ¿Qué se entiende por devoluciones *de cualquiera naturaleza, condicionales ó eventuales?* En nuestro concepto son las estipuladas por contrato de matrimonio, luego derechos contractuales; poco importa que sean *condicionales ó eventuales*, porque un derecho condicional ó eventual puede ser garantizado por una hipoteca. Si las devoluciones son derechos contractuales se confunden con las convenciones matrimoniales mencionadas en el § 1.° ¿Por qué la ley, después de haber hablado de las convenciones matrimoniales en general, habla de las devoluciones que, en nuestra opinión, también resultan de las convenciones matrimoniales? Los trabajos preparatorios no nos dicen nada del objeto del § 2 del artículo 64; debemos, pues, recurrir á la tradición. Y bajo el imperio del Código Civil la cuestión de saber si la mujer tenía una hipoteca legal por las devoluciones condicionales y eventuales estipuladas por el contrato de matrimonio fué discutida; los autores de la nueva ley han zanjado la controversia, como generalmente lo hacen con las dificultades que se presentaren en la aplicación del Código Napoleón (núms. 351-355).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

376. Los arts. 66 y 67 confirman nuestra interpretación. El art. 66 prevee el caso en que la hipoteca no ha sido estipulada, es decir, especificada por el *contrato*, y el caso en que las garantías determinadas por el *contrato* son insuficientes. Esta disposición se refiere al art. 64, como lo dice terminantemente el final del art. 66. Se supone desde luego que el contrato de matrimonio guarda silencio sobre la hipoteca legal de la mujer; lo que no impide que dicha hipoteca exista, puesto que existe en virtud de la ley; la ley debía, pues, dar un medio á la mujer de hacerla eficaz especificándola é inscribiéndola durante el matrimonio; lo cual se hace, como lo diremos en lo de adelante, con la autoridad del presidente del tribunal.

La hipoteca estipulada por el contrato puede también ser insuficiente. En este caso la ley permite á la mujer, siempre autorizada por el presidente, hacer una inscripción suplementaria.

En fin, puede no haber contrato de matrimonio ante notario; las convenciones matrimoniales de los esposos se arreglan en este caso por la ley. Es imposible en esta hipótesis especificar la hipoteca de la mujer antes del matrimonio, puesto que la especificación sólo se puede hacer por acta notariada. Se hará durante el curso del matrimonio con autorización del presidente. El art. 66 al final dice que en todo caso la mujer podrá requerir una inscripción *en seguridad de los derechos enumerados en el § 1 del art. 64.* ¿Lo que quiere decir que la mujer no puede inscribir durante el matrimonio para seguridad de sus devoluciones de que se habla en el § 2 del art 64? La ley, interpretada así, no tendría sentido. En efecto, las devoluciones del § 2 son derechos de igual naturaleza que las *convenciones matrimoniales* del § 1°; están comprendidas entre los derechos y créditos en seguridad de los que el art. 47 concede una hipoteca á la mujer; esta hipoteca es, pues, legal, como lo diremos



más lejos, y no convencional. Luego si la hipoteca legal para las devoluciones no está especificada por el contrato la mujer debe tener el derecho de hacerla especificar é inscribir durante el matrimonio. No sólo hay identidad de motivos, hay un argumento *a fortiori*. Cuando los derechos de la mujer son ciertos no hay ninguna razón para no especificar la hipoteca por el acta misma que le da nacimiento; mientras que pudiendo no realizarse los derechos condicionales ó eventuales el interés de la mujer es menor, puede hacerse más probable durante el matrimonio; la ley sería soberanamente ilógica é incomprensible si negara á la mujer el derecho de inscribir, durante el matrimonio, por las devoluciones condicionales ó eventuales cuando le permite hacerlo por derechos ciertos que resultan de las convenciones matrimoniales, en el caso en que por una causa cualquiera la mujer no hizo especificar su hipoteca por su contrato de matrimonio. Se preguntará por qué la ley en lugar de decir: para la seguridad de los derechos enumerados en el ar. 64, lo que habría comprendido terminantemente á las *devoluciones*, dijo: para seguridad de los derechos enumerados en el § 1° del art. 64, lo que parece excluir las devoluciones convencionales ó eventuales. Esta aparente restricción no se encontraba en el proyecto; forma parte de las reformas que el Ministro de Justicia ha propuesto y no ha desarrollado los motivos; y la Comisión de la Cámara, al adoptarlas, ha declarado que eran simples cambios de redacción; (1) luego cambios que no tocan el fondo. Esto es cuanto nos enseñan los trabajos preparatorios. En definitiva, no sabemos por qué el proyecto ha sido modificado, lo seguro es que no lo fué en cuanto al fondo. Luego la cuestión debe ser decidida según los principios y el espíritu de la ley.

377. Queda el art. 67 que habla de *toda causa de recur-*

1 Parent, ps. 172 y 194.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

*sos* que la mujer puede tener contra el marido. Estos términos son demasiado generales, pues comprenden aun los derechos nacidos cuando el matrimonio, puesto que también dan lugar á un recurso contra el marido; y estos derechos están resguardados por el art. 66; luego el 67 no puede preveer estos mismos recursos. La expresión *toda causa de recursos* debe ser limitada; los ejemplos que la ley da prueban que se trata de derechos que nacen durante el matrimonio: «tales como, dice el art. 67, las causas de recursos que resultan de obligaciones subscriptas por la mujer, de enajenación de sus propios, de donaciones ó de sucesiones á que hubiera sido llamada.» Todos estos créditos toman nacimiento durante el matrimonio, luego las causas de recursos de que habla el art. 67 son las que existen entre esposos; no pudieron ser especificadas por el contrato de matrimonio porque la especificación es imposible en aquella época; por tanto, el legislador tuvo que permitir á la mujer especificarlas é inscribirlas á medida que nacen si, se entiende, encuentra en ello un interés. Decir que la hipoteca puede ser especificada durante el matrimonio no es decir que la mujer tomará siempre inscripción; no debe perderse de vista que la hipoteca es una garantía en caso de insolvencia del marido; es, pues, sólo cuando hay temor de insolvencia cuando la mujer hará especificar é inscribir su hipoteca; lo que siempre será una excepción rara.

Así interpretado, el sistema de la ley belga es irreprochable. No grava inútilmente los bienes del marido en vista de una insolvencia que ordinariamente no se presentará: este era el vicio del Código. Todos los bienes del marido, presentes y futuros, estaban de plano cargados de hipotecas para las garantías de los derechos de la mujer, derechos que amenudo no corrían ningún riesgo, puesto que ordinariamente el marido es solvente; la quiebra civil ó mercantil son siempre unas excepciones. Según la ley belga la hipoteca legal tiene que ser especificada é inscripta; lo será pocas veces por el contrato de matrimonio, pues en aquel momento los futuros esposos, ó sus familias, no pueden seguramente preveer la insolvencia del marido. La especificación será rara también durante el matrimonio: ¿para qué había de realizar la mujer su garantía hipotecaria mientras sus derechos no corren ningún riesgo? Y este es seguramente el caso general. Sólo cuando los negocios del marido se descompongan y que los derechos de la mujer estén amenazados será cuando la mujer y su familia pensarán en asegurar sus derechos por una inscripción hipotecaria. Y si la inscripción está tomada antes que la insolvencia del marido esté consumada los derechos de la mujer estarán garantizados. La ley belga le procura, pues, una seguridad bastante sin gravar inútilmente todo el patrimonio inmobiliar del marido.



378. Hay otra interpretación de los arts. 64, 66 y 67 que está generalmente admitida. Se enseña que la mujer puede, en virtud del art. 64, tomar la inscripción antes del matrimonio para todos los derechos actuales y futuros que tiene ó podrá tener contra su marido, ya sea por su contrato de matrimonio, ya durante este último, haciendo especificar la hipoteca conforme á dicho artículo. De modo que la mujer podría hacer especificar en su contrato de matrimonio las causas previstas por el art. 67 tanto como los derechos enumerados en el art. 64; no sólo la hipoteca para la garantía de su dote, de sus convenciones matrimoniales y de sus devoluciones sino también la hipoteca para la seguridad de toda clase de recursos que nacieran durante el matrimonio, tales como los que resultaran de las obligaciones subscriptas por ella, de enajenación de sus propias donaciones que recibiera ó sucesión á que pudiera ser llamada. Esto sería, en este sistema, la relación entre el art. 64 y los 66 y 67. Por su contrato de matrimonio la mujer puede hacer espe-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cializar todos los créditos que tiene ó podrá tener contra su marido. Si no lo ha hecho puede todavía requerir inscripción durante el matrimonio para su dote y convenciones matrimoniales, en virtud del art. 66, y para todas las demás causas de recursos, en virtud del art. 67. (1)

Creemos que esta interpretación está en oposición con el texto y con el espíritu de la ley y no tiene ningún apoyo en la tradición ni en los trabajos preparatorios. El art. 47 concede una hipoteca á la mujer para sus *derechos* y *créditos*. Esta hipoteca debe ser especificada; los arts. 64, 66 y 67 fijan la especificación. El primer elemento de la especificación consiste en determinar el monto del crédito La ley hace á este respecto una distinción muy natural, tomada del Código Civil. Hay derechos que nacen cuando el matrimonio; resultan de las convenciones matrimoniales; el contrato que los estipula especifica al mismo tiempo la hipoteca que tiene la mujer para la seguridad de sus derechos; este es el objeto del art. 64, que se refiere á la dote y convenciones matrimoniales, así como á las *devoluciones*. ¿Qué se entiende por devoluciones? La palabra supone que la mujer *recoge* todo ó parte de los bienes que aportó al marido para ayudarle á subvenir á los cargos del matrimonio. Si los recoge es en virtud de una convención matrimonial; luego las devoluciones mencionadas en el § 2 entran en las convenciones matrimoniales de que habla el § 1.°; si la ley agregó una disposión particular acerca de las devoluciones es porque bajo el imperio del Código Civil la cuestión de saber si la mujer tenía una hipoteca legal para sus devoluciones condicionales y eventuales estaba controvertida. El artículo 64 zanja la controversia en favor de la mujer (número 375).

En la opinión contraria se comprende bajo la palabra *devolución* todas las causas de recursos de que habla el ar-

1 Martou, t. III, p. 80, núm. 919. Beckers, t. II, p. 130, núms. 105 á 107.



tículo 67; es decir, los derechos que nacen durante el matrimonio. Observaremos desde luego que el art. 67 no habla de devoluciones, dice que la mujer puede tomar inscripción por *toda causa de recursos*, y los ejemplos que da prueban que se trata de recursos que nacen durante el matrimonio. Cuando la mujer subscribe una obligación en favor de su marido tiene un *recurso* contra él, no tiene una *devolución*; cuando sus propios están enajenados no los puede *recoger*; tiene una recompensa que ejerce por vía de prelación ó de acción contra su marido; es esta acción la que está garantizada por una hipoteca. Sin embargo, el art. 1470 da el nombre de *devolución* al ejercicio de los derechos de la mujer en los bienes de su marido. Lo mismo pasa con las sucsiones y donaciones que la mujer recoge durante el matrimonio; hay lugar á un recurso por este punto cuando son sumas dotales de las que la mujer tiene *devolución* en virtud de las convenciones matrimoniales. La cuestión está en saber si los *recursos* ó las *devoluciones* previstas por el artículo 67 entran en la expresión general de *devoluciones eventuales* de que se sirve el art. 64.

En nuestro concepto el art. 67 no tiene ninguna relación con el art. 64. Este artículo supone que la mujer tiene derecho á devoluciones en virtud del contrato de matrimonio, devoluciones cuyo monto está determinado aunque el derecho pueda ser condicional ó eventual; por ejemplo, el derecho de recobrar, en caso de renuncia, los muebles que trajo al matrimonio: se sabe cuál es el monto de la devolución, pero el derecho de la mujer es condicioual y eventual, puesto que depende de la supervivencia y de la renuncia. Nada impide, pues, que la mujer especifique la hipoteca por contrato de matrimonio. El caso previsto por el art. 67 es enteramente diferente; se trata de un derecho nacido durante el matrimonio y que no pudo especificar el contrato de matrimonio: tales son las sumas dotales que la mujer reco-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ge á título de donaciones ó de sucesión. El contrato de matrimonio bien puede decir que la mujer recogerá el mobiliario dotal que le vencerá durante el matrimonio, pero no puede determinar, ni aproximativamente, el monto de estas sumas. Hay más: la ley no concede hipoteca por este punto cuando el matrimonio; luego no puede tratarse de especificarla. En efecto, la ley concede una hipoteca á la mujer para sus *derechos* y *créditos*, y las donaciones y sucesiones que la mujer podrá recoger y, por por consiguiente, recobrar, no son un *derecho* ni un *crédito*; las sucesiones sólo son una esperanza y las donaciones son menos aún. Es porque los créditos que nacen durante el matrimonio no pueden ser especificados por contrato de matrimonio por lo que la ley hubo de permitir á la mujer el hacerlos especificar é inscribir durante el matrimonio. Esto es lo que hace el artículo 67, sin citar el 64, como lo hace el art. 66 Si, como se pretende, el art. 67 tuviera el mismo objeto que el 66 la ley hubiera repetido en el art. 67 lo que dice en el 66: "A falta de estipulación de hipoteca ó en caso de insuficiencia de las garantías determinadas por el contrato," etc. Para decir mejor, un sólo articulo hubiera bastado para decir que la mujer puede especificar su hipoteca durante el matrimonio como lo puede en su contrato. En la opinión que combatimos el art. 67 no tiene razón de ser.

Si los textos dejan una duda la quita el espíritu de la ley. El Código Civil concedía una hipoteca general oculta á la mujer; esto era un favor excesivo. Sin embargo, fijaba el rango ó lugar de esta hipoteca en interés de los terceros y del marido. Así para la dote la hipoteca tenía lugar desde el día del matrimonio en lo relativo á los bienes traídos cuando el contrato, pero en cuanto á las sumas dotales procedentes de sucesiones ó donaciones vencidas á la mujer durante el matrimonio la hipoteca sólo tenía lugar desde la apertura de las sucesiones ó desde el día en que las donaciones tuvieron su efecto; asímismo la mujer no tenía hipoteca por las deudas que contraía con su marido y para el reemplazo de sus propios enajenados sino á partir del día de la obligación ó de la venta. En este sistema los bienes del marido quedaban libres y, por consiguiente, conservaba éste algún crédito, en cuanto á los derechos que toman nacimiento durante el matrimonio, hasta que estos derechos nacieran. El legislador belga sometió la hipoteca legal de la mujer casada á la ley común de la especificación y de la publicidad. Lo hizo por interés del crédito del marido y de los derechos de los terceros; ¡y se quiere que la ley haya agravado los vicios del Código Civil concediendo á la mujer una hipoteca con lugar antes del matrimonio para los derechos que sólo nacen durante éste y que amenudo no existían! Esto no tendría sentido.



Se dirá que debiendo ser especificada la hipoteca todo dependerá de las partes contratantes. Sin duda; por esto es ociosa la cuestión que discutimos, pues dudamos que se encuentren esposos que estipulen una hipoteca especial en su contrato de matrimonio para derechos que pudieran nacer durante el curso de éste. Esto es un debate de teoría. Lo seguro es que la ley, tal cual se la interpreta, sería absurda, pues conduciría á esto: ¡es que el legislodor belga, que quería disminuir los inconvenientes de la hipoteca legal, los hubiera agravado dando á la mujer una hipoteca para unos derechos que, amenudo, la mujer no tendrá! Hay que decir más: es que, bajo el punto de vista práctico, la aplicación de la ley sería imposible. Para especificar es necesario una base: ¿y dónde está la base de la especificación cuando se trata de donaciones futuras ó de obligaciones por venir? ¿Sin embargo, si los esposos estipulasen una hipoteca semejante sería válida? No sería una hipoteca legal, sería una hipoteca condicional; habría por consiguiente, que



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

aplicar los principios que expondremos en el título *De las Hipotecas Convencionales* acerca de las hipotecas de deudas futuras.

379. En nuestra opinión la ley belga reproduce el sistema del Código Civil acerca del lugar de la hipoteca, distinguiendo los derechos que nacen cuando el matrimonio de aquellos que nacen durante el mismo. Pero nuestra ley mejora el Código Napoleónico ordenando la especificación y la publicidad de la hipoteca legal. Si la mujer tiene cuidado de mandar especificar su hipoteca é inscribirla antes del matrimonio para su dote, sus convenciones matrimoniales y sus devoluciones y durante el matrimonio, tan presto como adquiere un crédito contra su marido, el sistema de la nueva ley será idéntico al de la ley antigua, salvo esta única diferencia: que la hipoteca, por razón de los derechos que nacen durante el matrimonio, sólo tendrá lugar posteriormente á la adquisición de estos derechos; mientras que bajo el imperio del Código la hipoteca existía desde el instante mismo en que el derecho se adquiría. La Ley Hipotecaria mantiene, pues, el principio del Código Civil en cuanto al lugar de la hipoteca legal, sólo lo modifica en un punto: es que para tener este lugar la mujer debe especificar su hipoteca é inscribirla. Esto es una gran mejora bajo el punto de vista de los intereses del marido y de los terceros. Ordinariamente la hipoteca no será especificada ni inscripta porque la garantía será inútil; y en este caso el marido gozará de todo el crédito que su fortuna le asegura. Si llega á ser necesario tomar inscripción en sus bienes los intereses de la mujer quedarán resguardados, puesto que de un momento á otro puede ésta especificar é inscribir su hipoteca con la autorización del juez.

380. Estando sometida á la publicidad la hipoteca legal de la mujer resulta que todos sus efectos dependen de la inscripción. Se debe, pues, aplicar á la hipoteca de la mujer



el principio establecido por el art. 81 (Código Civil, artículo 2134) que dice: «Entre los acreedores la hipoteca sólo tiene lugar desde el día de la inscripción tomada en los registros del conservador, en la forma y manera descriptas por la ley.» Esto está sin dificultad para los derechos que se especifican durante el matrimonio; la mujer sólo puede requerir la inscripción á partir del momento en que adquirió un derecho contra su marido y después que el presidente del tribunal haya especificado la hipoteca. En cuanto á los derechos anteriores al matrimonio el art. 64 dice que la especificación se hará por el contrato de matrimonio y que la hipoteca será inscripta por el marido antes de la celebración del casamiento; la ley agrega que la hipoteca tendrá su efecto desde la fecha de la inscripción. Esto es la aplicación de los principios generales; por una parte la hipoteca tiene lugar desde que está inscripta (art. 81; Código Civil, art. 2134) y por la otra las convenciones matrimoniales están consentidas bajo la condición de que el matrimonio será celebrado, y la condición cumplida tiene un efecto retroactivo (art. 1179); de ahí la consecuencia de que las convenciones matrimoniales producen su efecto á partir del día en que el contrato pasó ante notario. Esto es muy jurídico, pero no deja de ser extraño el resultado: es que la hipoteca tendrá lugar en un momento en que no hay aún matrimonio, ni mujer casada, ni derechos contra el marido. El Código Civil evitaba esta anomalía disponiendo que la hipoteca para la dote y las convenciones matrimoniales tendrían rango á partir del casamiento celebrado ante el oficial del estado civil y no á partir del contrato recibido por el notario (art. 2135)

381. En nuestra opinión la hipoteca de que habla el artículo 64 es legal. Generalmente se interpreta la ley en el sentido de que la hipoteca de la mujer en los derechos que nacen cuando el matrimonio es convencional más bien que

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

legal M. de Anethán lo dice con todas sus letras en su informe al Senado: «La hipoteca que la mujer puede *adquirir* en virtud del art. 64 es una *verdadera hipoteca convencional;* estará *estipulada* en el contrato de matrimonio; será, pues, dada por *consentimiento del marido.*» (1) La mayoría de los autores reproducen esta explicación. Martou dice que la hipoteca de la mujer establecida en principio por la voluntad del legislador no existe de hecho más que por la voluntad de las partes. Desde este punto de vista la hipoteca de la mujer reproducía los caracteres de la hipoteca convencional más que recordar la antigua hipoteca legal que se ejercía en todos los inmuebles del marido, presentes y futuros, por el único efecto de la ley. Más adelante Martou repite las palabras del relator de la comisión del Senado: «La hipoteca legal que es el objeto del art. 64 se ha convertido en una *verdadera hipoteca convencional.*» (2)

En esta opinión la hipoteca de la mujer no es legal más que cuando es inscripta durante el matrimonio. «Los artículos 66 y 67, dice M. d'Anethán, permiten á la mujer requerir una inscripción hipotecaria después de la celebración del matrimonio para todas las causas legítimas de recurso cualquiera. Esta facultad constituye verdaderamente el derecho de la hipoteca legal, puesto que el consentimiento del propietario del inmueble no está exigido para constituirlo.» (3) M. Arntz sistematizó esta interpretación diciendo que la hipoteca de la mujer es convencional ó legal: es convencional en el caso previsto por el art 64, es legal en el caso previsto por los arts. 66 y 67. (4)

M. Delebecque es el único intérprete que desecha esta

1 D'Anethán, informe de la comisión (Parent, p. 417). El Ministro de Justicia ha dicho, en la sesión de 5 de Febrero de 1851, que la hipoteca, según el proyecto, era á la vez legal y convencional (Parent, p. 294).
2 Martou, t. III, p. 18. núms. 894 y 895.
3 D'Anethán, informe (Parent, p. 418).
4 Arntz, Curso de derecho francés, t. II, ps. 718 y 719.



distinción; (1) creemos, como él, que la hipoteca de la mujer siempre es legal; sólo la especificación es convencional cuando se hace antes del matrimonio; mientras que durante el matrimonio se hace sin concurso de consentimientos. Los textos y los principios no dejan duda acerca de este punto. Este es el art. 45 que define las varias clases de hipotecas; distingue la hipoteca legal de la convencional: la primera resulta de la ley, la segunda depende de las convenciones. Es decir, que la hipoteca legal existe independientemente de cualquiera convención, únicamente por la fuerza de la ley. Después sigue una sección titulada: *De las hipotecas legales.* El art. 47 las enumera y en primer lugar coloca la hipoteca de la mujer. «Los derechos y créditos á los que la hipoteca legal se atribuye son los de las mujeres casadas en los bienes de su marido.» La hipoteca de la mujer es, pues, legal, por lo que no podría ser convencional porque lo que caracteriza á la hipoteca legal es que sólo la ley la crea, y la crea porque los incapaces á quienes la concede no pueden, en razón de su incapacidad, vigilar ellos mismos sus intereses. Es, pues, contradictorio hablar de una hipoteca *convencional* cuando se trata de incapaces; si su hipoteca fuera convencional habría sido inútil que el legislador interviniese, como lo dice el art. 47, para ligar esta garantía á sus derechos y créditos; podía transladarse á la libre estipulación de las partes interesadas.

382. Queda por saber si los arts. 64, 66 y 67 justifican la distinción que hacen los intérpretes de la hipoteca convencional de la mujer y su hipoteca legal. Decimos que esto es imposible, porque el legislador, después de haber dicho en el art. 47 que la hipoteca de la mujer es legal, no puede decir en el art. 64 que es convencional por regla general y legal por excepción, en el caso en que las partes no la hubieran especificado por contrato de matrimonio.

1 Delebecque, Comentario legislativo, p. 256, núm. 344.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

En realidad la ley no dice esto. ¿Cuál es el objeto de los arts. 64, 66 y 67? ¿Definir la naturaleza de la hipoteca de que goza la mujer? Nó, los arts. 45 y 47 habían decidido que la mujer tiene una hipoteca legal por sus derechos y créditos. Pero como esta hipoteca está sometida á los principios de especialidad y de publicidad se debió arreglar el modo de especializarla y determinar quién la inscribiría. No se trata, pues, en los arts. 64, 66 y 67 más que de la especificación de la hipoteca de la mujer. Antes del matrimonio se hace por convención; por tanto, es convencional; durante el matrimonio se hace sin concurso de consentimientos. ¿Es decir que la *hipoteca* se hace convencional cuando está especificada por contrato de matrimonio? La hipoteca convencional es la que sólo existe por concurso de voluntades de las partes interesadas, y una vez que han consentido las partes no pueden pedir ni la reducción ni la extensión de la inscripción. Y la hipoteca de la mujer existe en virtud de la ley (art. 47) antes de ser especificada, y aunque lo estuviera por contrato de matrimonio la mujer podría aún, durante el matrimonio, requerir nuevas inscripciones en virtud del art. 66. La mujer acreedora no está ligada por la especificación convencional; lo que es muy lógico, como lo diremos más adelante. Hay más: muy frecuentemente no hay especificación convencional porque no hay contrato de matrimonio; es la comunidad legal el régimen de derecho común y también el ordinario. Aunque no haya contrato de matrimonio la mujer tiene una hipoteca y es necesariamente legal. Aunque los esposos hicieran contrato ante notario sucedería lo más amenudo que la hipoteca no estaría especificada; lo que no impide á la mujer tener una hipoteca legal que podrá hacer especificarla durante el matrimonio; hé aquí todavía un caso en el que la hipoteca de la mujer no tendrá nada de convencional, ni aun la especificación. Queda el caso en que la hipoteca



se especifica por contrato de matrimonio: ¿resultará convencional la hipoteca? Nó, porque la especificación no liga á la mujer acreedora, aunque haya consentido. Si la garantía, tal como fué especificada, es insuficiente la mujer puede requerir nuevas inscripciones después del matrimonio. ¿En virtud de qué derecho? Seguramente no es en virtud del contrato de matrimonio, puesto que la mujer modifica este contrato; es en virud del derecho que la ley le confiere; luego su hipoteca es legal y no convencional.

383. Se pueden objetar las palabras *estipular* y *estipulación* de que se sirve la ley en los arts. 64 y 66. Estas palabras implican una convención: el acreedor *estipula* y el deudor *promete*. Decir que la mujer puede estipular una hipoteca ¿no es decir que esta hipoteca es convencional? Contestaremos que la expresión *estipular* es inexacta en tanto que se aplique á la hipoteca; sólo es exacta cuando se refiere á la especificación; el texto mismo de la ley lo prueba.

El § I del art. 64 dice que «la mujer *tendrá* una hipoteca especial en los bienes que están afectados por el contrato de matrimonio en seguridad de su dote y de sus convenciones matrimoniales.» No se trata de *estipulación* en el texto, no se trata más que de *especificar* la hipoteca que *tiene* la mujer, y la *tiene* en virtud de la *ley* (art. 47). Sin embargo, el art. 66, que se transporta al § I del art. 64, dice: «*A falta de estipulación de hipoteca* ó en caso de insuficiencia de las garantías *determinadas* por el contrato.» La ley llama, pues, *estipulación de hipoteca* la *especificación* que se ha hecho en el contrato de matrimonio de los bienes en que la mujer puede inscribir. La expresión es mala, porque no se *estipula* por *una hipoteca* que la ley concede. (1) Tal vez el legislador quiso servirse de la palabra *especifica-*

1 El lenguaje usual, en materia de hipoteca legal, es muy incorrecto. Así, en la discusión de la ley, siempre se decía *tomar hipoteca* para indicar la especialización y la inscripción. No se toma por una hipoteca que la ley concede y que el acreedor *tiene* en el momento en que ha hecho especializar é inscribir.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

*ción* porque no es francesa, al menos no se encuentra en el diccionario de la Academia. En el § I del art. 64 la ley no emplea la palabra *estipular*; la mujer no estipula, especifica. Luego cuando en el § II dice que la mujer puede *igualmente estipular* una *hipoteca especial* por sus gananciales esto quiere decir que la mujer puede especificar esta hipoteca por contrato de matrimonio y que lo debe hacer si quiere que su hipoteca tenga lugar antes del matrimonio. La palabra *igualmente* de que se sirve la ley prueba que el derecho que reglamenta el § 2 es de igual naturaleza que el de que trata el § 1 y que en ambas hipótesis sólo se trata de especificar la hipoteca legal de la mujer por los créditos que nacen del contrato de matrimonio.

La tradición confirma esta interpretación. Dijimos (número 335) que bajo el imperio del Código Civil hubo una controversia acerca del punto de saber si la mujer tenía una hipoteca legal por sus gananciales matrimoniales en el caso en que el derecho que resultara fuera eventual. La nueva ley zanjó la controversia en favor de la mujer. Así la mujer tiene una hipoteca por sus devoluciones eventuales, al mismo título que para todas sus convenciones matrimoniales; es decir, una hipoteca legal independiente de toda convención; sólo que dicha hipoteca debe ser especificada. No había ninguna razón para establecer una diferencia entre la hipoteca del punto de devoluciones y la de las demás convenciones matrimoniales; si la hipoteca de la mujer existe sin que sea necesario estipularla por las convenciones matrimoniales en general debe también existir sin estipulación para las devoluciones.

384. Decimos que la especificación es convencional cuando se hace por contrato de matrimonio, pero que la hipoteca queda legal. Esto explica el sistema de la ley en lo relativo al derecho de la mujer de volver sobre las estipulaciones del contrato de matrimonio. Si la hipoteca fuera convencional no se concebiría que se pudiera modificar por el hecho de una de las partes contratantes. Hay más: la modificación sería hasta imposible por el concurso de voluntades del marido y de la mujer. En efecto, las convenciones matrimoniales son inmutables, no pueden cambiar después de la celebración del matrimonio (art. 1395). Los esposos no podrían, pues, modificar la hipoteca tal como fué determinada por el contrato de matrimonio, si la hipoteca resultaba de las convenciones que se hallaban consignadas allí. Sin embargo, la ley permite á la mujer hacer nuevas inscripciones en caso de insuficiencia de las garantías determinadas por el contrato de matrimonio. La razón es que la especificación no puede ser inmutable; varía indispensablemente con el estado de la fortuna de la mujer y de las garantías que le son necesarias. La ley quiere que la garantía hipotecaria esté siempre en relación con los intereses de los incapaces de manera á asegurar sus derechos sin gravar al deudor con inscripciones excesivas. Por esto la mujer puede requerir una inscripción suplementaria cuando las garantías determinadas por el contrato son insuficientes. Lógicamente debiera dar al marido el derecho de reducción cuando son excesivas. Pero la ley no permite al marido volver á la especificación hecha por contratos de matrimonio; más adelante diremos que solo le da una acción en reducción cuando la mujer ha escrito sobre sus bienes en virtud de la autorización del presidente (art. 72). ¿Por qué niega al marido un derecho que concede á la mujer? Uno y otro consienten en el acto de especificación; pero el consentimiento de la mujer no es libre: ella ó sus parientes temen herir la susceptibilidad del futuro marido exigiéndole garantías que por su extensión hicieran patente su desconfianza; la mujer se conformará fácilmente con la que le ofrezca su futuro marido; éste, al contrario, conserva su libertad com-





UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

pleta de acción. Sin embargo, esta explicación no justifica lo bastante la ley. Puede suceder que la inscripción no haya sido excesiva cuando el contrato, pero que llegue á serlo durante el matrimonio; en este caso no hay ningún motivo para negar al marido el derecho de pedir la reducción y, sin embargo, es difícil reconocerle este derecho, puesto que la ley no se lo da más que para las inscripciones hechas en virtud de una orden del presidente.

Hay todavía una observación que hacer en el sistema de la Ley Hipotecaria en lo que se refiere al marido. La ley no le permite pedir la reducción de las inscripciones tomadas en virtud del contrato de matrimio. Esto se concibe en rigor si se admite, como lo hemos enseñado, que el contrato de matrimonio no puede especificar más que los derechos que nacen de las convenciones matrimoniales. Pero esto se concibe en la opinión que admite que el contrato de matrimonio puede especificar la hipoteca para los derechos que nacen durante el matrimonio. En efecto, estos derechos son necesariamente inseguros en cuanto al monto del crédito. Suponemos que los esposos quieran especificar la hipoteca por sumas dotales que obtendrá la mujer durante el matrimonio por sucesión ó donación: ¿qué cifra fijarán para esperanzas ó liberalidades que ni siquiera son esperanzas? Si el legislador hubiera admitido este sistema debiera haber permitido al marido pedir la reducción de las inscripciones cuando la realidad llega á desmentir las esperanzas. La mujer contaba con una sucesión mobiliar de 10,000 francos que realizó; esta sucesión se reduce á la nada. Y, no obstante, la inscripción subsistirá en los bienes del marido. Esto no tendría sentido.

385. En nuestra opinión el único objeto de los artículos 64, 66 y 67 es determinar el lugar de la hipoteca legal de la mujer. Cuando la hipoteca está especificada por el contrato el marido debe mandarla inscribir antes de la celebración del matrimonío y la mujer también puede requerir la inscripción. En este caso la hipoteca de la mujer tendrá lugar á partir de la inscripción; luego antes del matrimonio. Pero si la hipoteca no está especificada por el contrato notariado la inscripción no podrá tomarse. Síguese de esto que bajo el régimen de comunidad legal la hipoteca de la mujer no tuvo nunca lugar antes del matrimonio; no tendrá efecto más que en virtud de la inscripción que se tomará durante el matrimonio. Lo mismo pasa si el contrato de matrimonio no especifica la hipoteca de la mujer ó si las garantías determinadas por el contrato son insuficientes como lo supone el art. 66. Es necesario en este caso que la hipoteca esté especificada por el presidente y que esté inscripta; lo que le da lugar sólo á partir de la inscripción.



La diferiencia es, pues, grande en lo que se refiere al lugar de la hipoteca entre la especificación que se hace por contrato de matrimonio y la que se hace durante el matrimonio por el presidente. Esta puede no asegurar los derechos de la mujer si ya otros acreedores habían tomado inscripciones de los bienes del marido. Esta es la consecuencia inevitable del sistema de publicidad consagrado por la nueva ley. Este sistema exige necesariamente la especificación, y para que ésta sea eficaz debe hacerse antes del matrimonio; y en aquel momento las consideraciones que impiden que obre la mujer detendrán también á su pariente.

386. Esto puede conducir á la ineficacia de la hipoteca que la ley concede á la mujer. Diremos más adelante cuáles son las garantías que la ley estableció en su favor. Ante todo debemos ver si la mujer puede renunciar su hipoteca legal. En nuestra opinión no lo puede (núm. 308). Si se atiene uno al rigor de los principios esta solución ni siquiera es dudosa. La hipoteca de la mujer y la de los menores tienen por fundamento la incapacidad de aquellos en favor de quienes la ley las establece; es porque no pueden cuidar sus

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

derechos por lo que la ley los cuida. ¿Y se concibe que el incapaz repudie una garantía que la ley le da por razón de su incapacidad? Todo el sistema de la ley protesta contra semejante anomalía. ¿Se dirá que la mujer puede guardar silencio, no obrar, con el objeto de no hacer valer el derecho que la ley le da? Esto sería abdicar tácitamente la hipoteca legal haciéndola ineficaz. La ley no admite esta renuncia de hecho. Encarga á los parientes de la mujer obren por ella, y si los parientes no lo hacen encarga á magistrados venir en auxilio suyo, resguardando sus derechos apesar de ella, pues la mujer no debe intervenir en la especificación y no puede oponerse á ella.

El espíritu de la ley está, pues, en harmonía con el rigor de los principios. Sin embargo, hay controversia. Según el art. 67 la mujer puede siempre tomar inscripción para los derechos que nacen durante el matrimonio, *no obstante convención contraria*. Esta es la aplicación de los verdaderos principios. La hipoteca legal es de orden público porque fué concedida por la ley á incapaces por razón de su incapacidad, y no está permitido á las partes derogar leyes relativas al orden público (art. 6). Pero la disposición del art. 67 es especial: sólo es relativa á los derechos que nacen durante el matrimonio, ó, como se dice en la interpretación generalmente admitida, el art. 67 es el complemento del § 2 del art. 64. La ley parece, pues, distinguir entre las diversas causas que dan lugar á la hipoteca de la mujer; si se trata de las causas de recursos que nacen durante el matrimonio no permite que la mujer renuncie su derecho á la hipoteca; si se trata de su dote y de sus convenciones matrimouiales se lo permite implícitamente. (1) El argumento se funda, en definitiva, en el silencio de la ley; mal raciocinio que conduce á poner la ley en oposición con los principios. Las devoluciones del art. 64, § 2,

1 Martou, t. III, p. 27, núm. 911. Beckers, p. 152.



son también convenciones matrimoniales como las del § 1; ¿por qué en uno de los casos podría la mujer renunciar á su hipoteca mientras que no lo podría en otro? Se dice que los derechos del § 1 son seguros y que la mujer sabe lo que renuncia, y que siendo inseguros los derechos del § 2 la mujer no puede apreciar el efecto de su renuncia. En nuestra opinión las devoluciones de que se trata en el § 2 son seguras en cuanto al monto, y aunque no lo fueran debieran ser valuadas, puesto que la hipoteca debe ser especificada en cuanto á la suma tanto como cuanto á los inmuebles. La mujer sabe, pues, siempre cuál podrá ser el monto de su recurso contra el marido y, por consiguiente, sabe lo que renuncia. Por otra parte, esto es sólo una consideración de hecho, no responde á la objeción de derecho: la mujer no puede nunca renunciar á un derecho que es de orden público. (1)

Otra es la cuestión de saber si la mujer puede renunciar el beneficio de la inscripción en interés de los terceros que contratan con el marido como adquirentes ó acreedores hipotecarios. El art. 71 se lo permite implícitamente. Volveremos á este punto al tratar de la cesión de la hipoteca.

*Núm. 2. Cómo se hace la especificación.*

387. Hay que distinguir la especificación que se hace por contrato de matrimonio y la que se hace durante el matrimonio. La diferencia no sólo es relativa á las personas que intervienen en el acta, se refiere también á las condiciones y á los efectos.

*I. De la especificación que se hace por contrato de matrimonio.*

388. La especificación es, en principio, la misma en toda

1 Cloes, Comentario, t. II, p. 123, núm. 1110.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

hipoteca legal ó convencional. Cuando es una convención la que crea la hipoteca el acta que la establece la especifica determinando la suma para la que se consiente y los inmuebles que quedan gravados (arts. 80 y 78). Para la hipoteca legal no hay acta que la establezca, puesto que resulta de la ley. Es, pues, necesaria una especificación que permita hacerla pública, dando á conocer el monto del crédito y los inmuebles que están gravados para su pago. La ley quiere, ante todo, que la suma por la que la inscripción será tomada esté fijada, pues la determinación de los inmuebles depende del monto de los créditos que deben ser garantizados por la hipoteca. Ya hemos dicho qué grandes son las dificultades cuando se trata de especificar la hipoteca legal del menor. Por lo que toca á la hipoteca de la mujer la ley no se ocupa de la especificación de la suma, se conforma con decir que la hipoteca debe ser *especial*; esto es muy natural. Son las mismas partes quienes especifican la hipoteca mediante una cláusula de su contrato de matrimonio; á ellas, pues, tocará fijar la suma por la que se tomará inscripción. No hay dificultad en lo que se refiere á la dote que aporta la mujer al casarse; la cifra está necesariamente fijada por el contrato de matrimonio. ¿Pero qué debe decirse de las sumas dotales que procederán de las sucesiones á que pueda ser llamada la mujer ó de las donaciones que se le harán durante el matrimonio? Según el Código Civil la hipoteca de la mujer no tenía lugar, por este punto, más que desde la apertura de las sucesiones ó desde que tenían efecto las donaciones. Bajo el imperio de la nueva ley se admite que estas sucesiones y donaciones son una devolución eventual para la que la mujer, según el artículo 64, puede estipular una hipoteca. Los esposos podrían, pues, convenir que una inscripción se tomará en los bienes del marido para garantía de los valores dotales que la mujer podrá recoger hasta concurrencia de determinada suma. (1) En nuestra opinión la mujer no puede tomar inscripción por punto á las sucesiones y donaciones sino en virtud del art. 67; es decir, con autorización del presidente del tribunal (núm. 378).



389. Las convenciones matrimoniales, en tanto que dan á la mujer una mejora para la que tiene acción contra su marido, se especifican por su mismo objeto. Poco importa que la mejora sea eventual ó condicional, esto no impide que su objeto esté determinado, lo que basta para el principio de la especificación. Transladamos á lo dicho más atrás de las convenciones matrimoniales (núms. 343 y 344).

Es también en virtud de las convenciones matrimoniales por lo que la mujer tiene hipoteca para los créditos que tendrá contra su marido administrador de sus bienes. Aquí se presenta la dificultad cuando se trata de especificar este crédito. Creemos que debe aplicarse la distinción que hemos hecho para la dote. Si se trata de propios que la mujer poseía cuando el matrimonio el derecho de ésta á una indemnización dependerá de las eventualidades de la gerencia; este es el término de que se vale la ley cuando organiza la especificación de la hipoteca legal del menor: hay una base segura: la fortuna de la mujer; luego la determinación de una suma para indemnización es posible; desde luego hay que atenerse al texto que permite tomar inscripción para derechos eventuales.

En rigor se podría también determinar una suma para los créditos alimentarios en caso de separación de bienes ó de cuerpos. El derecho es seguro y la cuotidad puede determinarse según la condición de los esposos y la fortuna del marido. Este es, pues, también un crédito eventual en el sentido del art. 64, § 2.°

Más difícil es determinar una suma para gastos. Sin embargo, el derecho de la mujer es seguro, la especificación po-

1 Beckers, De las hipotecas legales, p. 132, núm. 107.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dría hacerse en caso necesario. Hay que convenir en que estas cuèstiones son, cuando menos, ociosas. ¿La mujer puede preveer el abuso del poder marital y los desórdenes de su futuro marido? ¿Si lo pudiera podría decentemente estipular garantías en vista de esta eventualidad? ¿Y se sometería á ellas el marido?

390. ¿Deben comprenderse entre los derechos eventuales por los que la mujer puede estipular una hipoteca aquellos de que habla el art. 67? En la opinión que generalmente se sigue el art. 67 es la continuación y complemento del artículo 64, § 2.º Si se admite esta interpretación debe decirse que los esposos pueden convenir, por su contrato de matrimonio, que la mujer tomará inscripción para el recurso que tendrá contra su marido por punto á las obligaciones que subscribirá en favor de éste. (1) El derecho de la mujer es seguro si contrae obligación en provecho de su marido; pero para fijar el monto del recurso hay que determinar el de las obligaciones que la mujer estará en el caso de subscribir, y esta cifra se escapa de la especificación, puesto que depende de la fortuna de la mujer. Bien puede uno fundarse en un cálculo de probabilidades acerca de los bienes presentes de la mujer, pero es imposible calcular sus bienes futuros, puesto que dependen de simples esperanzas. Debe, pues, aplicarse á la especificación de estos recursos lo que hemos dicho de las sumas dotales procedentes de sucesiones ó de donaciones (núm. 378).

391. Diremos otro tanto de los recursos de la mujer respecto de la enajenación de sus propios. La especificación es posible para los propios que la mujer posee al casarse, es imposible para los propios que la mujer podrá adquirir. Esto es decir que la mujer no puede tener, por este punto, a n hipoteca anterior al matrimonio.

392. Se ve que se da en vano, en la opinión general, una

1 Beckers, De las hipotecas legales, p. 132, núm. 107.



hipoteca á la mujer para todos los derechos que nacerán durante el matrimonio con este efecto: que la especificación de estos derechos podría hacerse por contrato matrimonial y que la hipoteca tendría lugar á partir de la inscripción tomada antes de la celebración del casamiento. Si tal fué la intención del legislador quiso lo imposible, puesto que hubiera dado una hipoteca en el caso en que no hay derechos ni eventuales. Se está, pues, obligado á volver á la distinción que hace el Código entre los derechos que nacen cuando el matrimonio y los que toman nacimiento después de su celebración. Esta distinción es lógica. Ordinariamente la hipoteca no puede existir antes que el crédito que está destinado á garantizar. Si la ley ha hecho una excepción á estos principios en favor del menor es que había necesidad de asegurarle una garantía desde la entrada en función del tutor porque desde aquel momento el menor puede estar perjudicado por la gerencia tutelar y era imposible subordinar la inscripción de la hipoteca del menor á hechos de gerencia que pueden producirse diariamente. Se puede admitir la misma excepción en favor de la mujer; el legislador lo hizo permitiéndole tomar inscripción para créditos eventuales, lo que comprende el crédito de la mujer por razón de la gerencia de sus bienes cuando se trata de bienes actuales. Pero no se puede extender esta excepción á pretendidos derechos que ni siquiera tienen existencia eventual. Tal es la enajenación de los propios futuros de que acabamos de hablar (núm. 390). Se admite que la mujer separada de bienes y la mujer dotal tienen una hipoteca para la garantía del recurso que tienen contra el marido por punto de la inmixtión de éste en la administración de los bienes, en la que, conforme á la ley y á las convenciones, debe quedar completamente extraño. ¿Cómo especificar, por contrato de matrimonio, un derecho subordinado á un hecho ilegal ó á



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

una tolerancia que es puramente facultativa por parte de la mujer? Al casarse bajo un régimen que deja á la mujer la administración de sus bienes los esposos no pueden preveer que la mujer no administrará; esto implica contradicción; y un derecho que nace de un hecho puramente potestativo de la mujer y de una inmixtión igualmente potestativa del marido ¿es un derecho? ¿Se concibe que el marido consienta en gravar sus bienes con una hipoteca para el caso en que se inmiscuyera sin derecho en una administración que él mismo consiente en abandonar á la mujer? Hay en esto contradicciones jurídicas y morales que nos confirman en nuestra opinión. El legislador no pensó en conceder á la mujer un derecho cuyo ejercicio es imposible.

393. Nos falta decir cómo se hace la especificación en cuanto á los bienes. Acerca de este punto no hay ninguna dificultad de derecho. Se aplica el art. 78, que explicaremos en el capítulo *De las Hipotecas Convencionales*. No porque la hipoteca legal de la mujer sea nunca convencional (números 381-382) sino porque sólo hay un modo de especificar los bienes: el que establece la ley al tratar de las hipotecas convencionales y que por esto mismo es aplicable á las legales y testamentarias; el legislador no lo dijo, sin duda porque creyó que era por demás.

*II. De la especificación que se hace durante el matrimonio.*

394. La especificación se hace durante el matrimonio en el caso previsto por los arts. 66 y 67. El art. 66 supone que el contrato de matrimonio no especificó la hipoteca que la ley da á la mujer para garantía de su dote y de las convenciones matrimoniales ó que las garantías determinadas por el contrato son insuficientes. La mujer puede, en este caso, requerir una inscripción primera ó una suplementaria, en virtud de la autorización del juez. Se dijo, y no sin razón,



cuando la discuéión del proyecto de ley, que raramente los futuros esposos harían convenciones relativas á la hipoteca legal, porque, por una parte, las garantías hipotecarias son una medida de desconfianza para con el marido deudor, y que, por otra parte, perjudican su crédito. (1) Esto no prueba que la mujer no deba tener garantía, sólo prueba que la ley no pudo conformarse con las estipulaciones que hiciera por su contrato de matrimonio. No puede haberlas, y ordinariamente no las hay, bajo el régimen de la comunidad legal, las garantías pueden ser ó pueden volverse insuficientes. En todas estas hipótesis la ley tuvo que establecer un sistema de especificación que permite á la mujer asegurarse una hipoteca durante el matrimonio, y tuvo que organizar la especificación de modo que la ejecución de la ley fuera facil. Es con este objeto con el que la ley confía la especificación al presidente del tribunal á pedimento de la mujer. En cuanto á los derechos que nacen durante el matrimonio la especificación por contrato de matrimonio es imposible. En nuestra opinión la hipoteca para seguridad de estos derechos no puede ser especificada más que cuando nacen los derechos, luego durante el matrimonio. La especificación se hace por el presidente del tribunal, como todas las especificaciones posteriores á la celebración de la unión conyugal.

Se sigue el mismo modo de especificación cuando se trata de derechos eventuales en el sentido del art. 64, § 2. El contrato de matrimonio puede especificar la hipoteca que la mujer tiene para la seguridad de estos créditos. Pero sucederá raramente que el contrato dé á la mujer garantías para sus devoluciones. Son ordinariamente derechos de supervivencia, luego mejoras que el marido hace á su mujer; ésta, que recibe un beneficio, ¿estipulará garantías con-

1 Sesión de la Cámara de Representantes, 4 de Febrero de 1851 (Parent, ps. 287, 292, 298 y 299).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tra aquel que le hace el beneficio? Pero durante el matrimonio el desorden en los negocios del marido puede hacer necesaria una garantía en favor de la mujer y de sus hijos. La mujer estará más dispuesta durante el matrimonio que antes para hacer especificar su hipoteca porque sentirá la necesidad de ello; lo hará en interés de sus hijos como pide la separación de bienes en interés de éstos.

395. ¿Cuándo puede la mujer mandar especificar su hipoteca durante el matrimonio? Los intérpretes contestan que sólo puede cuando ha nacido su crédito: por ejemplo, cuando la sucesión venció, el propio fué enajenado, la obligación contraída. (1) Se fundan en el texto del art. 67 comparado con el art. 64; en el primero la ley dice que la mujer puede, con autorización del presidente, requerir la inscripción para las causas de recursos que *puede* tener contra su marido, tales como las que resultan de obligaciones inscriptas por ella, lo que supone que la causa que le da un recurso existe; mientras que el art. 64 dice que la mujer puede estipular en su contrato de matrimonio una hipoteca especial para las devoluciones que *podrá* tener que ejercer contra su marido; es, además, evidente que las inscripciones tomadas antes del matrimonio preceden necesariamente al nacimiento del derecho garantizado por la hipoteca. Resulta de esta interpretación una singular anomalía: es la de que para garantizar un solo y mismo derecho la mujer puede tomar inscripción, ya antes que el derecho exista y aun antes del matrimonio, y ya debe esperar que el crédito haya nacido. Esto es una nueva contradicción y una nueva objeción contra la opinión generalmente seguida. En la interpretación que hemos propuesto se evita esta anomalía y se permanece bajo el imperio del principio general de que la hipoteca no puede preceder al crédito. Si, como se enseña, la ley permitiera á la mujer especificar por contrato de

1 Martou, t. III, p. 30, núm. 291. Beckers, p. 155, núm. 124.



matrimonio su hipoteca por las causas de recursos del artículo 67 debiera, para ser consecuente, permitirle también inscribirla durante el matrimonio, antes que naciera el crédito. La autorización del presidente hubiera reemplazado la garantía que ofrece el concurso del marido en el acta.

Cuando se trata de la dote aportada por la mujer y de las convenciones matrimoniales esta dificultad no se presenta. El derecho nació en virtud del contrato matrimonial y, por consiguiente, la mujer puede mandar especificar su hipoteca por el presidente, después del matrimonio, en el momento que quiera.

396. Los arts. 66 y 67 dicen que la mujer puede *requerir* inscripciones en virtud de la *autorización* del presidente; la ley no prescribe ninguna forma para pedir la autorización. Debe concluirse de esto que la mujer puede dirigirse directamente al presidente, sin el concurso de un abogado. Se objeta que, según la ley de 27 Ventoso, año VIII (art. 94), los abogados tienen el derecho exclusive de *postular* y *concluir*. (1) ¿Pero se trata, en el caso, de postular y concluir? Estas palabras indican un negocio contencioso, y la especificación nada tiene de contenciosa; es un acto de jurisdicción voluntaria, como la deliberación del consejo de familia. El espíritu de la ley nos parece decisivo; el legislador quiere proteger á la mujer permitiéndole tomar una inscripción sin poner al marido en causa ni pedirle una autorización; si se viera precisada á dirigirse á un abogado se detendría ante un acto que parecería ser un proceso. (2)

Decimos que la mujer no tiene que poner á su marido en causa; la ley no lo exige. Se había pensado en imitar las formas judiciales prescribiendo la intervención del tribunal y la puesta en causa del marido, pero la comisión del Se-

1 Martou, t. III, p. 28, núm. 915. Cloes, t. II, p. 257, núm. 1332.
2 Delebecque, Comentario, p. 263, núm. 359.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nado, que había hecho esta proposición, la retiró. (1) Hubiera sido faltar al objeto de la ley: la mujer se hubiera decidido difícilmente á pedir una especificación que hubiera metido tanto ruido. Nada impide, además, que el presidente oiga al marido oficiosamente, como lo dijo el Relator de la comisión; pero hasta esto tiene un inconveniente: es el de excitar el conflicto de intereses que existe entre el marido y la mujer; mejor es, nos parece, que todo suceda entre el presidente y la mujer. El presidente tendrá el cuidado de no exagerar las garantías, puesto que sabe que en caso de exceso el marido puede pedir la reducción (artículo 72).

397. El presidente puede negar la autorización que la mujer le pide ó puede restringir la inscripción que quiera tomar, ya sea en cuanto á la suma, ya en cuanto á los bienes. Se pregunta si la mujer tiene un recurso contra la decisión del presidente. La ley no habla de recurso, y se dice que es de principio que la resolución del presidente es soberana en materia de jurisdicción graciosa. (1) No conocemos ley que establezca este principio; hay, al contrario, en la Ley Hipotecaria una disposición que permite la apelación cuando el presidente ejerce la jurisdicción voluntaria: es cuando comprueba que una acta auténtica pasada en el extranjero fué recibida conforme á las leyes del país (artículo 77). La especificación es una acta más importante; se debe, pues, permitir, por analogía, interponer apelación contra la decisión que negase la autorización ó la redujera. Puede haber una dificultad de derecho como la que acabamos de examinar (núm. 396); desde luego debe haber un recurso. Se puede también invocar lo que se hace en materia de tutela; hay lugar á oposición, luego á un recurso

1 D'Anethán, 1.° y 2.° informes (Parent, ps. 418, 484 y 485).
2 Martou, t. III, p. 29, núm. 918. Compárese Arntz, t. II, p. 720, número 1769.



contra la deliberación del consejo de familia que especifica la hipoteca de un menor (art. 51), y la orden del presidente reemplaza la intervención del consejo de familia: ¿por qué había de ser soberana y al abrigo de todo recurso cuando puede comprometer los derechos de la mujer?

398. Decimos que el presidente especifica la hipoteca de la mujer; la ley no se expresa así; dice que la inscripción se hace en virtud de la *autorización* del presidente del tribunal del domicilio de la mujer. ¿Es esta una simple autorización como la que da el tribunal por negativa del marido á autorizar á su mujer para hacer un acto jurídico? Nó, pues el art. 66 dice que el presidente fija la suma hasta concurrencia de la que la mujer queda autorizada para requerir inscripción, y la determinación de la suma es un elemento esencial de la especificación. Es verdad que por olvido, sin duda, el art. 67 no dice que el presidente fija la suma para las causas de recursos que puedan sobrevenir durante el matrimonio, y el art. 68 se limita á decir que las inscripciones deben indicar las sumas por las que se toman, lo que es de derecho común (art. 83, 4.°) Se ha dicho que el silencio de la ley se explica por esta consideración: que la naturaleza misma de estas causas de recursos da á conocer su monto pecuniario; (1) esto es verdad de la enajenación de los propios y de las obligaciones subscriptas por la mujer, pero esto no es exacto para las sucesiones, puesto que se admite que la mujer puede tomar inscripción desde que la sucesión está abierta. (2) Además, la dote está también determinada, así como los derechos que resultan de las convenciones matrimoniales; no obstante, el art. 66 quiere que el presidente fije la suma por la cual se tomará la inscripción; esto prueba que su orden es un acto de especificación.

1 Cloes, t. II, p. 258, núm. 1334. Compárese Martou, t. III, p. 32, número 923.
2 Martou, t. III, p. 31, núm. 922.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

¿Debe inducirse del silencio del art. 67 que en el caso previsto por esta disposición el presidente no debe especificar la hipoteca? Esto sería una anomalía inexplicable. Lo seguro es que el conservador de las hipotecas no podría negar la inscripción requerida por la mujer en virtud de una orden que no indicaría la suma, porque la ley no exige terminantemente esta indicación.

399. La ley no habla de los inmuebles en los que debe tomarse inscripción; los arts. 66 y 67 sólo dicen que la mujer podrá, en virtud de la autorización del presidente, requerir inscripción en los inmuebles del marido; y el art. 68 se limita á decir que las inscripciones tomadas en virtud de los arts. 66 y 67 designarán especialmente cada inmueble. ¿Debe concluirse de esto que la mujer puede tomar inscripción en todos los inmuebles del marido? Esto no es muy admisible, puesto que la hipoteca de la mujer está sometida al principio de la especificación. Cuando la hipoteca está especificada por el contrato de matrimonio la ley quiere que el contrato designe los inmuebles en que se tomará la inscripción (art. 65); y en la opinión general se admite que el contrato puede especificar la hipoteca para las causas previstas por el art. 67. ¿Por qué extraña anomalía la hipoteca tendría que ser especializada en cuanto á los bienes cuando la especificación se hace por contrato mientras que el presidente que especifica la suma no tendría que especificar los bienes? Por vía de analogía de lo que se hace para la hipoteca legal del menor y para la hipoteca convencional hay que decidir que la hipoteca legal de la mujer debe ser especificada en cuanto á la suma y en cuanto á los bienes antes que pueda tomarse la inscripción. ¿Y quién debe determinar los inmuebles en que se tomará la inscripción? Naturalmente el presidente, que fija la suma hasta concurrencia de la que puede la mujer requerir la inscripción. No hay otra acta que preceda á la inscripción por orden del presidente, luego esta orden debe contener la especificación; reemplaza el acta notariada que especifica la hipoteca convencional y la deliberación del consejo de familia que especifica la hipoteca legal del menor. (1) Sin embargo, hay que hacer para los bienes la reserva que hemos hecho para la suma (núm. 398); el conservador debería inscribir la hipoteca de la mujer por simple autorización del presidente, sin más determinación de bienes, pues la ley, aunque por olvido, no exige esta especificación; la mujer la hará, en este caso, en las facturas que tiene que presentar al conservador al requerir la inscripción.



*Núm. 3. De la inscripción.*

400. Es la inscripción la que asegura los efectos de la hipoteca; no basta que la hipoteca de la mujer esté especificada; tiene además que estar inscripta, si no queda ineficaz. Ordinariamente es el acreedor quien toma inscripción. La ley dice que la inscripción podrá ser requerida por la mujer cuando se trata de la hipoteca especificada por contrato de matrimonio (art. 64), y cuando la hipoteca está especificada por el presidente la ley supone que la mujer es quien requiere la inscripción en virtud del mandamiento de este magistrado (arts. 66 y 67). Pero la ley, al conceder á la mujer una hipoteca por razón de su incapacidad, no podía atenerse á incapaz para el cuidado de hacerla pública y eficaz.

401. Comienza por encargar al futuro marido el hacer inscribir la hipoteca especificada por el contrato de matrimonio; éste debe requerir inscripción antes de la celebración de la unión conyugal (art. 64), a fin de que la mujer ten-

1 Véanse, en sentido diverso, Delebecque, p. 263, núm. 359; Cloes, t. II, página 259, núm. 1335; Martou, t. III, p. 33, núm. 925; Beckers, p. 165, número 135; Arntz, p. 720, núm. 1771.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ga una garantía en el mismo momento en que sus intereses están comprometidos; la ley pone á este respecto los intereses de la mujer en la misma línea que los del menor, cuya hipoteca debe también inscribirse antes de la entrada del tutor á la gerencia.

En cuanto á las inscripciones por requerir durante el curso del matrimonio el art. 70 dice que el marido puede siempre tomarlas él mismo. No queda sometido á ninguna formalidad. No tiene que especificar la hipoteca en cuanto á la suma ni en cuanto á los bienes; él mismo hará la especificación en las facturas que entrega al conservador; sólo tendrá que justificar su calidad de marido, que le impone la obligación de cuidar de los intereses de su mujer. La intervención del presidente era inútil, puesto que no hay que temer que el marido tome una inscripción excesiva; y si es insuficiente la mujer puede siempre requerir una inscripción suplementaria haciéndose autorizar por el presidente del tribunal.

402. No puede mucho contarse con el marido, puesto que la inscripción disminuye su crédito y la obligación que la ley le impone está sin sanción. La ley tuvo, pues, que encargar á otras personas el cuidado de inscribir la hipoteca de la mujer. Se dirige primero á la familia; el art. 69 dice: «En los casos previstos por los arts. que preceden, y conformándose con las reglas prescriptas en ellos, los parientes de los esposos hasta el tercer grado inclusive podrán requerir las inscripciones en nombre de la mujer.» ¿Cuáles son los *artículos que preceden* á los que se refiere el art. 69? Como la ley supone que hay reglas á las que tienen que conformarse los parientes no puede tratarse más que de los artículos 66 y 67; es decir, que los parientes pueden requerir la inscripción sólo en virtud de la autorización del presidente; lo que implica que la hipoteca está especificada durante el matrimonio. El texto no prevee, pues, el caso en que la hipoteca hubiera sido especificada por el contrato de matrimonio: ¿podrán los parientes requerir la inscripción en virtud del contrato sin que la ley les dé este derecho? En rigor habría que responder negativamente, puesto que los parientes no tienen personalidad legal. (1) ¿Pero no es esto llevar muy adelante el rigor? Cuando la hipoteca ha sido especificada por el contrato de matrimonio hay una convención que impone al marido la obligación de inscribir y que da á la mujer este derecho; sólo se trata, pues, de ejecutar lo que la ley quiere y lo que quieren los esposos. Si los parientes tienen calidad para hacer especificar la hipoteca durante el matrimonio, cuando la mujer queda en inacción, así como el marido, con más razón debe reconocérseles el derecho de requerir una inscripción en virtud de la convención de los esposos, si éstos descuidan de hacerla.



La ley da un derecho á los parientes, pero no les impone ninguna obligación. A ellos toca ver si conviene usar de la facultad de requerir la inscripción. Hay intereses morales que dominan á los pecuniarios. Si la paz de la familia tiene que perturbarse por la intervención de los parientes harán bien en abstenerse. Sin embargo, este temor no siempre debe detener á los parientes. La mujer relaja el lazo del matrimonio pidiendo la separación de bienes; lo que no impide el que sea un derecho y un deber para ella el pedirla cuando se trata de salvar á sus hijos de la miseria. Lo mismo sucede con los parientes encargados de vigilar los intereses de la mujer en lo que se refiere á la hipoteca legal.

403. La ley hubo de preveer que los parientes no tomarían inscripción, ya sea por indiferencia ó por temor. Dió, pues, también el derecho de requerir la inscripción al juez de paz del cantón del domicilio marital, y al Procurador

1 Beckers, p. 176, núm. 144. En sentido contrario, Martou, t. III, p. 22, número 903, y Cloes, t. II, p. 249, núm. 1320.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

del Rey en el Tribunal de 1.ª Instancia; estos magistrados pueden, de oficio, requerir la inscripción en nombre de la mujer. De oficio, dice el art. 70; esto quiere decir no sólo que no es necesario pedírselos sino también que pueden obrar sin necesidad de la autorización del presidente, en caso necesario; además la ley no dice de estos magistrados lo que de los parientes: que deben conformarse á las reglas prescriptas por los arts. 66 y 67. La razón de esta diferencia es sensible. Los magistrados á los que la ley confiere el derecho de obrar en nombre de la mujer están encargados, por la naturaleza de sus funciones, de cuidar los intereses de los incapaces; es, pues, natural que tengan iniciativa en su intervención. Pero si están dispensados de dirigirse al presidente del tribunal debe emplear aun más circunspección en obrar que los parientes; un celo inconsiderado podría hacer más mal que bien. La ley, además, les da una facultad de la que usarán si lo juzgan necesario. (1)

Lo que hemos dicho de los parientes (núm. 402) se aplica también á los magistrados; pueden tomar inscripción, en virtud del contrato de matrimonio, si el marido, la mujer y la familia permanecen inactivos. Esta inscripción es la que presenta menos inconvenientes, puesto que los esposos estaban acordes en tomarla.

*Núm. 4. De la reducción de la inscripción.*

404. El art. 72 prevee el caso en que las inscripciones fueran excesivas y da, en consecuencia, al marido el derecho de pedir la reducción. Pero la ley precisa las hipotecas en las que el marido tiene este derecho: son las de los casos de los arts. 66, 67, 69 y 70; es decir, los casos en que la inscripción fué tomada durante el matrimonio por la mujer, los parientes, el juez de paz ó el Procurador. La ley no cita el art. 64; si el marido ó la mujer toman inscripción en virtud de la especificación hecha por el contrato de matrimonio no hay lugar á reducción. ¿Cuál es la razón? El proyecto de la comisión especial daba al marido el derecho de pedir la reducción en todos los casos en que la inscripción se hacía excesiva; (1) y puede suceder así amenudo en el sistema de nuestra ley, tal cual se la interpreta generalmente. Se admite que la mujer puede, en virtud de su contrato de matrimonio, tomar inscripción por las sumas dotales que le vencerán durante el matrimonio; en todo caso tiene inscripción por la dote que aporta al matrimonio. Si el empleo en inmuebles se hace con dinero dotal, ó si las sucesiones que la mujer esperaba son malas, la inscripción se volverá evidentemente excesiva. Desde luego el marido debe tener el derecho de pedir la reducción. Se le opondrá en vano su consentimiento; puede contestar que consintió en vista de eventualidades que no se han realizado. Esta es una nueva anomalía que resulta de la opinión generalmente seguida. Si se admite la interpretación que hemos propuesto la anomalía desaparece, pues la inscripción no puede tomarse más que para derechos que nacen cuando el matrimonio y que son seguros en cuanto á su monto; no hay, pues, lugar á pedir su reducción.

405. La ley dice que el marido puede pedir la reducción de la hipoteca inscripta para las *devoluciones* de la mujer. ¿Debe concluirse de esto que no podrá pedir la reducción de las inscripciones tomadas para la seguridad de las *convenciones matrimoniales?* La ley, así entendida, no tendría sentido y estaría en contradicción consigo misma. Por sólo que una condición es excesiva el marido tiene derecho de reducción, porque la inscripción fué requerida sin su con-

1 Delebecque, p. 265, núm. 362. Martou, t. III, p. 23, núm. 904. Cloes, tomo II, p. 263, núm. 1346.



1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 26). Compárese Martou, t. III, p. 49, núms. 936 á 939.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sentimiento y sin haber sido oído. Tal es el sistema de la ley; el derecho á la reducción existe, pues, sin que se tenga que distinguir entre las diversas causas por las cuales fué tomada la inscripción; ¿qué importa que sea por devoluciones propiamente dichas ó por otros derechos? Debe, pues, decirse que la palabra *devolución* es inexacta y que está empleada como sinónimo de derecho y créditos de la mujer. El mismo texto del art. 72 prueba que es, en este sentido, como debe ser interpretada la ley. En efecto, translada al art. 66; y esta disposición prevee el caso de dote y convenciones matrimoniales, lo que comprende las devoluciones estipuladas por el contrato de matrimonio; el art. 67, al que translada, prevee todos los derechos que nacen durante el matrimonio; luego todos los acreedores de la mujer, cualesquiera que sean, garantizados por la hipoteca legal están comprendidos en el art. 72 y, por tanto, la inscripción que se toma durante el matrimonio puede ser reducida.

406. El marido puede pedir que los créditos, tal cual fueron especificados, estén reducidos á las sumas que la mujer pueda reclamar, y la reducción de la suma tendría como consecuencia reducir la inscripción á los inmuebles suficientes para garantizar á la mujer. Si la inscripción sólo es excesiva en lo relativo los inmuebles se entiende que la reducción se limitará á los bienes. Esto puede fácilmente suceder, puesto que la inscripción está requerida por personas que no conocen el valor de los inmuebles; y el presidente, cuando está llamado á intervenir, tiene que atenerse á las noticias que la mujer ó los parientes le dan. (1)

¿Podría el marido pedir también que las inscripciones fueran borradas si fueran inútiles? Por ejemplo, fueron tomadas por sumas dotales por punto de una sucesión vencida á la mujer durante el matrimonio y la sucesión, en lugar de ser ventajosa, está gravada con deudas de modo

1 Martou, t. III, p. 50, núm. 937.



que la mujer lo renunció. En este caso la inscripción fué realmente tomada sin causa y, por consiguiente, debe ser cancelada; esto es el derecho común, como lo hemos dicho en un caso análogo para la hipoteca legal del menor (número 317).

407. La reducción debe ser pedida en justicia; diremos más adelante (art. 94) ante qué tribunal debe llevarse la acción. ¿Es necesario que la mujer esté en causa? Es seguro que no tiene que consentir la reducción; la ley no lo exige como lo hacía el Código Civil (art. 2144). La reducción es un derecho para el marido, la negativa de la mujer no se lo puede quitar. Hasta es dudoso que la mujer tenga que ponerse en causa; el art. 72 no lo exige, más bien parece suponer que la mujer no es parte en el proceso, puesto que quiere que el tribunal tome el parecer de los tres parientes más cercanos á la mujer. Es verdad que ésta puede estar interesada en el debate, pero el legislador habrá considerado que no es libre, y proveyó á sus intereses por el parecer de la familia y dando como contradictor del marido al Procurador del Rey. Es también, en este sentido, como se pronunció la primera opinión de la comisión del Senado. (1) Y tal es también el espíritu de la ley. Cuando la especificación por el presidente trata de evitar un conflicto entre esposos (núm. 396) hay igual razón para dejar fuera de causa á la mujer en la sentencia de reducción: la requisitoria del Ministerio Público y la opinión de los parientes garantizan suficientemente sus intereses.

408. El art. 72 dice que el tribunal estatuirá como en materia sumaria. Esta es la regla que sigue el Código, en caso de oposición, contra la deliberación del consejo de familia en la especificación de la hipoteca del menor (número

1 D'Anethán, informe (Parent, p. 418). Compárese Delebecque, p. 268, número 369. Becquers, p. 196, núm. 161. En sentido contrario, Martou, t. III, p. 51, núm. 943; Cloes, t. II, p. 284, núm. 1388.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

295); los procedimientos largos son inútiles en una materia en que todo depende de las noticias de hecho que el parecer de los parientes ministrará al tribunal.

¿Se pregunta cómo se dará este aviso? El Código Civil (art. 2144) quería que los cuatro parientes más cercanos se reunieran en consejo de familia. Como el art. 72 no reproduce esta formalidad no se puede exigirla; el tribunal puede limitarse á interrogar á los parientes ó decidir que dén su opinión por escrito; esto simplifica el procedimiento y disminuye los gastos. (1)

El art. 72 agrega que si no hay pariente en la extensión de dos miriámetros el tribunal recogerá la opinión de tres personas conocidas por tener con la mujer ó su familia relaciones de amistad. Esta disposición está tomada del artículo 409 del Código Napoleónico. Implica que los parientes deben presentarse personalmente en la audiencia. Nos parece que esto es una dificultad de hecho, cuya solución debe dejarse al tribunal. Si éste quiere conformarse con una opinión escrita, y si cree que esto es suficiente, ¿para qué obligarle á consultar á amigos que pueden ignorar los intereses de la mujer?

Se entiende que la opinión de los parientes no liga al tribunal; sin esto fuera inútil oír al Ministerio Público. Esto es, además, el derecho común; las opiniones, experticias é instrucciones tienen por objeto ilustrar á los jueces, lo que deciden después con entera libertad.

409. El art. 72 dispone que el tribunal estatuirá después de haber oído al Procurador del Rey y contradictoriamente con él. Es decir, que el Ministerio Público es parte en la causa; representa á la mujer en su opinión, puesto que la ley no exige que ésta se ponga en causa. Lo mismo pasa cuando el tribunal estatuye acerca de la hipoteca del menor. Transladamos á lo dicho acerca del art. 51 (núm. 296).

1 Martou, t. III, p. 54, núm. 945. En sentido contrario, Beckers, núm. 166.



410. La ley no habla de la apelación; se está, pues, bajo el imperio del derecho común. Como el Ministerio Público es parte en la causa podrá interponer apelaciones y casación; todo como en materia de tutela (núm. 296).

411. ¿Cuál es el efecto de la reducción? Debe aplicarse á la hipoteca de la mujer lo que hemos dicho de la del menor. No es la hipoteca la reducida ó borrada, es la inscripción; resulta que la hipoteca deja de ser eficaz, pero subsiste, puesto que la ley la establece. Por consiguiente, la mujer podría adquirir nuevas inscripciones, si há lugar, con la autorización del presidente del tribunal; se entiende que en virtud de nuevas causas.

412. No debe confundirse la acción de reducción de que acabamos de hablar con la acción entablada por el marido después de la enajenación de un inmueble gravado por la hipoteca legal con objeto de que se fije la cifra de las devoluciones de la mujer y de hacerla colocar por el monto de sus devoluciones. No se trata en este caso de *reducir la hipoteca de la mujer sino* de determinar el monto de los derechos que tiene por ejercer contra el marido. Hé aquí un caso que se presentó ante la Corte de Orleáns. El marido vende un dominio en 200,000 francos; el acta se transcribe y el adquirente llena las formalidades prescriptas para la purga. La mujer del vendedor toma inscripción por una suma de 150,000 francos haciendo parte de la dote aportada cuando el contrato de matrimonio y por una suma de 75,000 francos que había recogido durante el matrimonio por sucesión ó donación. Acción del marido tendiendo á que la mujer justifique sus derechos; el marido pretendía que estos derechos sólo llegaban á 125,000 francos y que la inscripción de la mujer debía ser cancelada por todo lo que excedía de esta suma. La mujer opuso á la admisión de la demanda porque el marido descuidara cumplir las formalida-



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

des prescriptas por el art. 2144 (Ley Hipotecaria, art. 72) para la reducción de la hipoteca legal. Esta excepción fué desechada. La demanda, dice la Corte, no tenía más objeto que el de apremiar á la mujer para que justificase la cifra de sus devoluciones ó las mandara fijar en justicia y que se le colocara después en el precio del inmueble vencido. Otra es la demanda de reducción que tiene por objeto limitar la inscripción á las garantías necesarias á la conservación de los derechos de la mujer. (1)

### § IV.—De la prueba de los derechos garantizados por la hipoteca.

413. La ley da á la mujer una hipoteca para la garantía de sus derechos y créditos. Esta hipoteca debe estar especificada é inscripta. Supondremos que estas formalidades fueron llenadas. ¿Resultará que la mujer tiene una hipoteca hasta concurrencia de las sumas por las que habrá tomado inscripción? Nó, seguramente. Sólo hay hipoteca cuando existe una obligación principal; si la existencia de esta obligación está contestada la mujer tiene que probarla, puesto que es demandante, y la especificación é inscripción no son pruebas suficientes. En el caso que acabamos de relatar la mujer pretendía ejercer su hipoteca por las sumas dotales de 225,000 francos, mientras que el marido sostenía que sus devoluciones sólo llegaban á 125,000 francos. La mujer invocaba su contrato de matrimonio; pero sucede cada día que la dote constituida no está pagada ó no lo es íntegramente, y la especificación de la hipoteca, aunque el marido concurra en ella, no prueba el pago de la dote; en efecto, la hipoteca debe ser especificada antes del matrimonio para la dote de la mujer, aunque el pago sólo se haga durante el matrimonio. Con más razón sucede así

1 Orleáns, 29 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 99).



cuando se trata de derechos eventuales, tales como las sumas dotales que la mujer percibe durante el matrimonio. Si la inscripción fué tomada por este punto es necesario que la mujer pruebe, además, cuál es el monto de las sucesiones y donaciones que recogió, y debe también probar que el marido recibió estas sumas dotales. No sólo es el marido quien tiene interés y derecho en contestar las demandas de la mujer, son también, sobre todo, los terceros acreedores. El marido puede estar y amenudo está en desacuerdo con la mujer para mejorar á ésta á expensas de los acreedores; éstos admitirán á probar que la constitución de la dote está simulada y que el recibo entregado por el marido es ficticio. (1)

414. La única dificultad en esta materia está en saber cómo se hará la prueba. Como la Ley Hipotecaria no habla de ello se atiene uno por esto mismo al derecho común tal cual lo hemos expuesto en el título *De las Obligaciones*. Nada hay más difícil que la teoría de las pruebas, y la aplicación suscita todos los días nuevas dudas. Según algunos autores se creería que no hay principios seguros en lo que toca á la prueba que tiene que dar la mujer. Así Grenier dice «que esta clase de negocios depende mucho de las circunstancias y no tiene reglas muy fijas.» Estas son las palabras de Denisart. Esto era verdad en el derecho antiguo, en que todo era inseguro, pero no lo es seguramente bajo el imperio de un Código que traza reglas seguras acerca de las pruebas. Grenier dice después que la justicia debe venir en auxilio de la mujer que no pudo procurarse una prueba literal. Sin duda, pero esto sólo es verdad en los casos previstos por la ley. Si Grenier hubiera consultado la ley no hubiera dicho que la mujer está siempre admitida á la prueba testimonial, porque se trata no de *conven-*

1 Aubry y Rau, t. III, p. 219, nota 16 y las autoridades que citan.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

des prescriptas por el art. 2144 (Ley Hipotecaria, art. 72) para la reducción de la hipoteca legal. Esta excepción fué desechada. La demanda, dice la Corte, no tenía más objeto que el de apremiar á la mujer para que justificase la cifra de sus devoluciones ó las mandara fijar en justicia y que se le colocara después en el precio del inmueble vencido. Otra es la demanda de reducción que tiene por objeto limitar la inscripción á las garantías necesarias á la conservación de los derechos de la mujer. (1)

### § IV.—De la prueba de los derechos garantizados por la hipoteca.

413. La ley da á la mujer una hipoteca para la garantía de sus derechos y créditos. Esta hipoteca debe estar especificada é inscripta. Supondremos que estas formalidades fueron llenadas. ¿Resultará que la mujer tiene una hipoteca hasta concurrencia de las sumas por las que habrá tomado inscripción? Nó, seguramente. Sólo hay hipoteca cuando existe una obligación principal; si la existencia de esta obligación está contestada la mujer tiene que probarla, puesto que es demandante, y la especificación é inscripción no son pruebas suficientes. En el caso que acabamos de relatar la mujer pretendía ejercer su hipoteca por las sumas dotales de 225,000 francos, mientras que el marido sostenía que sus devoluciones sólo llegaban á 125,000 francos. La mujer invocaba su contrato de matrimonio; pero sucede cada día que la dote constituida no está pagada ó no lo es íntegramente, y la especificación de la hipoteca, aunque el marido concurra en ella, no prueba el pago de la dote; en efecto, la hipoteca debe ser especificada antes del matrimonio para la dote de la mujer, aunque el pago sólo se haga durante el matrimonio. Con más razón sucede así

1 Orleáns, 29 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 99).



cuando se trata de derechos eventuales, tales como las sumas dotales que la mujer percibe durante el matrimonio. Si la inscripción fué tomada por este punto es necesario que la mujer pruebe, además, cuál es el monto de las sucesiones y donaciones que recogió, y debe también probar que el marido recibió estas sumas dotales. No sólo es el marido quien tiene interés y derecho en contestar las demandas de la mujer, son también, sobre todo, los terceros acreedores. El marido puede estar y amenudo está en desacuerdo con la mujer para mejorar á ésta á expensas de los acreedores; éstos admitirán á probar que la constitución de la dote está simulada y que el recibo entregado por el marido es ficticio. (1)

414. La única dificultad en esta materia está en saber cómo se hará la prueba. Como la Ley Hipotecaria no habla de ello se atiene uno por esto mismo al derecho común tal cual lo hemos expuesto en el título *De las Obligaciones*. Nada hay más difícil que la teoría de las pruebas, y la aplicación suscita todos los días nuevas dudas. Según algunos autores se creería que no hay principios seguros en lo que toca á la prueba que tiene que dar la mujer. Así Grenier dice «que esta clase de negocios depende mucho de las circunstancias y no tiene reglas muy fijas.» Estas son las palabras de Denisart. Esto era verdad en el derecho antiguo, en que todo era inseguro, pero no lo es seguramente bajo el imperio de un Código que traza reglas seguras acerca de las pruebas. Grenier dice después que la justicia debe venir en auxilio de la mujer que no pudo procurarse una prueba literal. Sin duda, pero esto sólo es verdad en los casos previstos por la ley. Si Grenier hubiera consultado la ley no hubiera dicho que la mujer está siempre admitida á la prueba testimonial, porque se trata no de *conven-*

1 Aubry y Rau, t. III, p. 219, nota 16 y las autoridades que citan.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

*ciones* sino de *hechos*. (1) Los hechos de que se trata en el caso son hechos jurídicos, y estos hechos pueden ser probados conforme á las reglas que el Código establece. No se debe sentar en principio que la prueba testimonial está siempre admitida y, por consiguiente, las presunciones y aun la fama pública. Todo depende del hecho jurídico que se trata de probar. La mujer reclama una indemnización de 10,000 francos por prenda de una obligación que subscribió en favor de su marido: ¿se dirá que la mujer se admitirá á probar su recurso por testigos? La negativa es evidente, pues se trata de un hecho jurídico: del pago que la mujer pretende haber hecho en virtud de la obligación que contrajo; luego no puede invocar el art. 1348 porque pudo y debió procurarse un recibo. Sólo cuando se trata hechos á los que la mujer no pudo concurrir es cuando puede prevalecerse de esta disposición. Así puede probar por testigos el hecho de que su marido recibió su dote. En cuanto á la prueba de fama pública es enteramente excepcional; en nuestro concepto la mujer no puede prevalecerse de ella más que en los casos terminantemente previstos por la ley. Transladamos á lo dicho acerca de este punto en el título *Del Contrato de Matrimonio*. (2)

415. La ley acerca de las quiebras (arts. 559 y 560) trajo una excepción al derecho común. En caso de quiebra del marido la mujer no puede ejercer su hipoteca sino probando por inventario ó por cualquiera otra acta auténtica la entrega ó pago de sus aportes dotales. El peligro del fraude justifica esta excepción.

1 Grenier, Tratado de las Hipotecas, núm. 234 (t. I, p. 314 de la edición belga).

2 Compárese Martou, t. III, p. 14, núm. 886; Aubry y Rau, t. III, p. 219, nota 17, pfo. 264 *ter*.



### *ARTICULO 4.—Hipoteca legal del Estado, provincias, municipios y establecimientos públicos.*

416. El art. 47 (Código Civil, art. 2121), que enumera las hipotecas legales, dice que los derechos y créditos á los que la ley concede hipoteca son los del Estado, de las provincias, de los municipios y de los establecimientos públicos en los bienes de los receptores y administradores responsables. Siempre se ha considerado al Estado con sus subdivisiones, así como á los establecimientos públicos, como á unos menores; es decir, como á incapaces que no pueden vigilar por sí mismos sus intereses; en consecuencia, la ley les da las garantías que no pueden estipular. Esta asimilación no es enteramente exacta. Es verdad que el Estado y los establecimientos públicos son séres ficticios; con este título se puede decir que no tienen capacidad de obrar y resguardar los derechos que tienen. Sin embargo, esta misma incapacidad es una especie de ficción. Hay una gran diferencia entre el Estado y los menores; éstos son naturalmente incapaces y tienen por representante un tutor que gira gratuitamente y que está sometido al contrato de un subrogado tutor y de un consejo de familia, cuya vigilancia es realmente ficticia. La ley hubo de intervenir en su favor si no sus derechos podrían perecer; no sucede lo mismo con el Estado; tiene por órgano unos funcionarios; es decir, hombres instruidos, experimentados, cuya existencia y porvenir dependen del celo que ponen en cumplir con sus deberes. El Código Napoleón tuvo en cuenta esta diferencia; á la vez que concedía al Estado y á los establecimientos públicos una hipoteca legal la sometía á la publicidad; mientras que la hipoteca de los menores era eficaz aunque no hubiera sido publicada. Según la ley belga todas las hipotecas legales deben ser inscriptas; á este respecto el Estado y los menores están en la misma línea. Bajo otro punto de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

*ciones* sino de *hechos*. (1) Los hechos de que se trata en el caso son hechos jurídicos, y estos hechos pueden ser probados conforme á las reglas que el Código establece. No se debe sentar en principio que la prueba testimonial está siempre admitida y, por consiguiente, las presunciones y aun la fama pública. Todo depende del hecho jurídico que se trata de probar. La mujer reclama una indemnización de 10,000 francos por prenda de una obligación que subscribió en favor de su marido: ¿se dirá que la mujer se admitirá á probar su recurso por testigos? La negativa es evidente, pues se trata de un hecho jurídico: del pago que la mujer pretende haber hecho en virtud de la obligación que contrajo; luego no puede invocar el art. 1348 porque pudo y debió procurarse un recibo. Sólo cuando se trata hechos á los que la mujer no pudo concurrir es cuando puede prevalecerse de esta disposición. Así puede probar por testigos el hecho de que su marido recibió su dote. En cuanto á la prueba de fama pública es enteramente excepcional; en nuestro concepto la mujer no puede prevalecerse de ella más que en los casos terminantemente previstos por la ley. Transladamos á lo dicho acerca de este punto en el título *Del Contrato de Matrimonio*. (2)

415. La ley acerca de las quiebras (arts. 559 y 560) trajo una excepción al derecho común. En caso de quiebra del marido la mujer no puede ejercer su hipoteca sino probando por inventario ó por cualquiera otra acta auténtica la entrega ó pago de sus aportes dotales. El peligro del fraude justifica esta excepción.

1 Grenier, Tratado de las Hipotecas, núm. 234 (t. I, p. 314 de la edición belga).

2 Compárese Martou, t. III, p. 14, núm. 886; Aubry y Rau, t. III, p. 219, nota 17, pfo. 264 *ter*.



### *ARTICULO 4.—Hipoteca legal del Estado, provincias, municipios y establecimientos públicos.*

416. El art. 47 (Código Civil, art. 2121), que enumera las hipotecas legales, dice que los derechos y créditos á los que la ley concede hipoteca son los del Estado, de las provincias, de los municipios y de los establecimientos públicos en los bienes de los receptores y administradores responsables. Siempre se ha considerado al Estado con sus subdivisiones, así como á los establecimientos públicos, como á unos menores; es decir, como á incapaces que no pueden vigilar por sí mismos sus intereses; en consecuencia, la ley les da las garantías que no pueden estipular. Esta asimilación no es enteramente exacta. Es verdad que el Estado y los establecimientos públicos son séres ficticios; con este título se puede decir que no tienen capacidad de obrar y resguardar los derechos que tienen. Sin embargo, esta misma incapacidad es una especie de ficción. Hay una gran diferencia entre el Estado y los menores; éstos son naturalmente incapaces y tienen por representante un tutor que gira gratuitamente y que está sometido al contrato de un subrogado tutor y de un consejo de familia, cuya vigilancia es realmente ficticia. La ley hubo de intervenir en su favor si no sus derechos podrían perecer; no sucede lo mismo con el Estado; tiene por órgano unos funcionarios; es decir, hombres instruidos, experimentados, cuya existencia y porvenir dependen del celo que ponen en cumplir con sus deberes. El Código Napoleón tuvo en cuenta esta diferencia; á la vez que concedía al Estado y á los establecimientos públicos una hipoteca legal la sometía á la publicidad; mientras que la hipoteca de los menores era eficaz aunque no hubiera sido publicada. Según la ley belga todas las hipotecas legales deben ser inscriptas; á este respecto el Estado y los menores están en la misma línea. Bajo otro punto de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

vista el Estado y los establecimientos públicos gozan de un derecho excepcional; su hipoteca es pública, pero no es especial en el sentido de la hipoteca de los menores; ya hemos dicho (núm. 258) cuál es el motivo de esta especie de privilegio. La hipoteca del Estado y de los establecimientos públicos no tiene que ser especificada por un acta que preceda la inscripción, pero la inscripción debe ser especial (art. 89). Además, el Estado puede tomar inscripción en todos los inmuebles de los responsables, sin que éstos tengan el derecho de promover la reducción por causa de exceso. El favor debido á los fondos públicos justifica esta derogación de la ley común. Hay todavía otra relativa á los bienes de las mujeres y de los responsables; volveremos á ella (núm. 420).

417. La hipoteca legal está concedida al Estado, á las provincias, á los municipios y á los establecimientos públicos. ¿Qué se entiende en esta materia por establecimientos públicos? El Código da ordinamente este nombre á las personas llamadas civiles que la ley encarga de un servicio público (art. 910); de modo que toda persona civil pública es un establecimiento público ó, como dice también la ley, un establecimiento de utilidad pública. ¿Basta que un establecimiento sea de utilidad pública para que tenga una hipoteca legal en los bienes de los que manejan sus fondos? La negativa está generalmente admitida, pero la dificultad está en determinar cuáles son los establecimientos que gozan de una hipoteca y cuál es el carácter con el que puede distinguirse lo que no goza de ella. Se lee en una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica que en el art. 2121 (Ley Hipotecaria, art. 47) se entiende por establecimientos públicos sólo aquellos que, instituidos por la ley en interés común, dependen directamente de la autoridad pública, á cuya alta vigilancia están sometidos. (1) Esto es muy

1 Denegada, 7 de Junio de 1849 (Pasicrisia, 1849, 1, 381).



vago y la definición no está tomada en los principios de la materia; hay que remontarse á la causa por la que la ley concede una hipoteca al Estado, á las provincias, á los municipios y á ciertos establecimientos públicos. Y este fundamento de la hipoteca y de los derechos especiales que están ligados á ella es el destino de los fondos que los responsables están encargados de percibir. Es porque son fondos públicos á cuya percepción está interesada la nación por lo que la ley sujeta á los responsables á una garantía especial, garantía que la ley no considera nunca excesiva aunque sobrepasara el monto de los créditos que el Estado puede tener contra sus deudores. Según esto se puede definir á los establecimientos públicos mencionados por el artículo 47: aquellos cuyos fondos están colocados en la categoría de fondos públicos; lo que depende de la gerencia de los contadores y del modo de contabilidad que les está impuesto. (1)

418. Hay una aplicación de este principio y al mismo tiempo una justificación en la sentencia de los cónsules de 19 Vendemiario, año XII. El art. 1.° dice: «Los *recaudadores* de los *municipios* y los *recaudadores de hospitales y casas de caridad, de socorro* y demás *establecimientos de caridad*, bajo cualquier nombre que se conozcan, estarán obligados á hacer bajo su responsabilidad todas las diligencias necesarias para el cobro de legados, etc., destinados al servicio de esos establecimientos. El art. 5 agrega: «Estando además dichos *receptores* ó *recaudadores* sometidos á las disposiciones de las leyes relativas á los *tienen que dar cuenta del tesoro público* y á su responsabilidad.» ¡Hé aquí el carácter distintivo de los *que tienen que dar cuenta y de los establecimientos públicos* que caen bajo la aplicación del art. 47 (Código Civil, art. 2121); no basta con que el *establecimiento sea público*, no basta con que haya *quienes tengan que dar*

1 Aubry y Rau, t. III, p. 248, pfo. 264 *quater*.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

*cuenta*, se necesita que el tesoro público y que los contadores estén sometidos á las leyes que rigen los funcionarios encargados de recibir y manejar los fondos públicos. Sólo bajo esta condición se pueden asimilar los establecimientos públicos al Estado y sus subdivisiones, las provincias y los municipios. Tales son los hospicios y los asilos de caridad. Son establecimientos municipales encargados de un servicio público, la caridad legal; sus fondos son públicos al mismo título que los del municipio ó del Estado; su destino es el mismo, porque la caridad legal es un servicio público como la instrucción ó la justicia. Siendo por esta razón por la que los que manejan los fondos de dichos establecimientos están sometidos á las leyes que rigen la contabilidad del Estado.

419. La aplicación de estos principios ha levantado dos cuestiones muy controvertidas. ¿Las cajas de ahorros y las fábricas de iglesias son establecimientos públicos en el sentido del art. 47? La primera cuestión no se presenta en Bélgica; la caja de ahorros, conforme á nuestra legislación, es un establecimiento del Estado; es el mismo banco, el Banco Nacional, el que está encargado de la caja de ahorros y del servicio de tesorero. En Francia no sucede así, las cajas de ahorros tienen un doble carácter; creadas por la iniciativa de particulares son al mismo tiempo establecimientos públicos, gozando este título de personalidad civil y llevando un cargo que es de verdadero interés general, puesto que el ahorro tiende á mejorar la condición material y moral de las clases obreras. La Corte de Amiéns, fundándose en que las cajas de ahorros son establecimientos públicos, juzgó que los cajeros estaban sometidos á la hipoteca legal en virtud del art. 2121 (1) (Ley Hipotecaria, artículo 47). Esta decisión fué casada. La Corte de Casación pronunció muchas sentencias sobre la materia; las referimos

1 Amiéns, 29 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 306).



porque sirven para decidir la cuestión de principio: la de saber lo que se debe entender por establecimientos públicos en el art. 47, que reproduce el 2121 del Código Civil.

En una primera especie se trataba de una caja de ahorros fundada bajo el rubro y forma de sociedad anónima, lo que desde luego indicaba el carácter privado de la institución; no correspondía á los particulares formar un municipio, ni un hospicio, ni un asilo. Es verdad que dicha sociedad había sido aprobada por orden real en la forma de reglamentos de administración pública; por consecuencia, gozaba de todas las ventajas que las leyes dan á dichas instituciones, tales como las de colocar sus fondos en cuenta corriente el tesoro público y bajo su garantía en la caja de depósitos. Las cajas de ahorros también pueden recibir dones y legados; sin embargo, no forman *establecimientos públicos* en el sentido del art. 2121 (Ley Hipotecaria, art. 47); en efecto, la autoridad pública no interviene directamente en su gerencia, no están sometidas á las leyes de contabilidad, á diferencia de las reglas establecidas para los municipios y hospicios; el servicio de la caja de ahorros se hace conforme á sus estatutos particulares que tienen presupuesto sometido á la autoridad superior; ningún modo particular está ordenado á sus acreedores para cubrir sus créditos. En fin, lo que es decisivo y que la Corte de Casación olvidó agregar: los fondos depositados en las cajas de ahorros no son fondos públicos y no están destinados á un servicio público. Luego no forman un establecimiento público en el sentido de la Ley Hipotecaria. (1) La sentencia que casó la decisión de la Corte de Amiéns agrega que apesar de la vigilancia que ejerce el Estado sobre las cajas de ahorros no han llegado á ser establecimientos del Estado porque no pres-

1 Denegada, Sala Civil, 5 de Marzo de 1856, después de deliberación en Cámara de Consejo [Dalloz, 1856, 1, 121].



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tan un servicio público sino especial á los intereses privados que protegen en el límite de sus atribuciones. (1)

420. ¿Los establecimientos eclesiásticos, tales como fábricas, seminarios, capítulos, tienen hipoteca en los bienes de sus administradores contadores? En el derecho antiguo tenían personalidad civil en todos sentidos y gozaban también de una hipoteca legal. (2) Esto tendía á la alianza íntima, mejor dicho, á la fusión de la Iglesia y del Estado, resultando que todos los establecimientos de la Iglesia eran públicos. El Estado ejercía en ellos la misma autoridad que en los laicos. La revolución de 1789 comenzó la secularización de la Iglesia y nuestra constitución la ha completado, pero de un modo singular. La Iglesia no es un establecimiento público en el sentido de que no está subordinada al Estado; goza en este sentido de una jurisprudencia absoluta. Pero la Iglesia siempre es un establecimiento público en el sentido de que goza de la personificación civil y de las ventajas que le son inherentes. De aquí el carácter indeciso de dichos establecimientos. Nuestra Corte de Casación juzgó que las fábricas de Iglesia no son establecimientos públicos en el sentido del art. 47 (Código Civil, art 2121) Es cierto, no obstante, y esto no fué contestado, que bajo muchos aspectos las fábricas están asimiladas á los establecimientos públicos y que están sometidas á las reglas que los rigen. ¿Por qué, pues, la Corte de Casación les negó el carácter de establecimientos públicos bajo el punto de vista de la hipoteca legal? Desde luego no se puede decir de las fábricas lo que acabamos de decir de los hospicios y demás casas de caridad: que tienen por objeto un servicio público; la caridad legal interesa á todos los ciudadanos, las fábricas sólo á una secta religiosa: la de los católicos; en este sentido están afectadas á un servicio privado, cuyo servicio, en

1 Casación, 8 de Julio de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 278).
2 De Ghewiet, Institutos del derecho belga, 2.ª parte, tít. I, pfo. 3.



tanto que toque á la religión, es de interés general, siendo este doble sentido de las fábricas lo que hace difícil nuestra cuestión. Están establecidas por la ley, pero se recobran y perpetúan sin intervención de la autoridad, cuya comprobación regular no sufren. Hé aquí por qué la sentencia de 19 Vendimiario, año XII, relativa á los contadores de los municipios y á los asilos de caridad no menciona las fábricas. Las leyes posteriores al Código Civil no las mencionan antes; así la ley de 5 de Septiembre de 1867, que completa la disposición del mismo año que instituyó la oficina de glosa y somete á su jurisdicción los contadores del Estado, de los departamentos y de los municipios, guarda silencio respecto á las fábricas. Lo que es más notable y, en nuestro concepto, decisivo es que el decreto de 30 de Diciembre de 1809 sobre las fábricas de iglesias no dice de la hipoteca legal, aunque arregla de una manera detallada y completa, los deberes de los tesoreros y las seguridades que se toman á su respecto; si la hipoteca legal recae en los tesoreros sería inútil fiarse de las garantías; no serían necesarias porque las fábricas no tenían hipoteca en los bienes de sus contadores. Es la única explicación que se podría dar del silencio que guarda el decreto de 1809, cuando el decreto de 15 de Noviembre de 1821, relativo á la universidad, tiene el cuidado de recordar el art. 2121. La diferencia que la ley establece entre los contadores de las fábricas y los de establecimientos de caridad se explica por las disposiciones relativas al nombramiento de tesoreros; se escogen entre las personas más notables de la parroquia; sus funciones son de corta duración y ordinariamente no reciben sueldo. (1)

421. La hipoteca legal del Estado, de las provincias, de los municipios y de los establecimientos públicos grava los

1 Denegada, 7 de Junio de 1849 y la requisitoria del Abogado General Dewandre [Pasicrisia, 1849, 1, 362]. Compárese, en sentido diverso, Aubry y Rau, (t. III, p. 249, nota 5) y los autores que citan, y Cloes, t. II, p. 150, nota 1.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

bienes de los receptores y administradores contadores. ¿Qué se entiende por contadores? Todos los administradores de fondos no son contadores. Tarrible ha establecido muy bien el principio que sirve para distinguir aquellos cuyos bienes están gravados por la hipoteca. (1) Hay, dijo, en la administración de hacienda funcionarios que manejan realmente los fondos públicos; hay otros que sólo dirigen la entrada y el empleo del dinero sin manejarlo ellos mismos. Los primeros son sólo contadores y sometidos á la hipoteca legal, los demás no están sujetos á ella. La distinción resulta de la definición que Ferrière da de los contadores: son aquellos que manejan los fondos públicos ó del Rey. La ley de 16 de Septiembre de 1807 acerca de la contabilidad ha consagrado la tradición; resulta de ella que el verdadero contador es aquel que recibiendo el dinero ó empleándolo maneja realmente estos fondos; que con este título está sometido á la jurisdicción de la contaduría de glosa. En cuanto al que dirige las entradas ó su empleo, es decir, el que ordena, no es contador, y la contaduría de glosa no tiene en él ninguna jurisdicción, aunque se hiciera culpable de prevaricaciones. Lo que decimos de los contadores del Estado se aplica naturalmente á los que manejan fondos de las provincias, de los municipios y de los establecimientos públicos.

422. Según el art. 48 (Código Civil, art. 2122) la hipoteca legal del Estado, de las provincias, de los municipios y de los establecimientos públicos se extiende á los bienes actuales y futuros del contador. Es, pues, general en el sentido de que el acreedor puede tomar inscripción en todos los bienes del deudor; sólo que la ley exige que las facturas que presenta al conservador contengan la indicación de los inmuebles del contador (art. 89; Código Civil, artículo 2153). Estas inscripciones no pueden ser reducidas á pe-

1 Tarrible, en el Repertorio de Merlín, en la palabra Hipotecas, sec. II, párrafo III, art. 4.



dimento del deudor, como lo permite la ley para la hipoteca de los menores y de las mujeres casadas. Ya hemos dicho cuál es la razón (núm. 258).

El art. 48 agrega que esta hipoteca se extiende á los bienes futuros de la mujer del contador. ¿Por qué la hipoteca grava bienes que no pertenecen al deudor? Es porque la ley ha temido el fraude. Para substraer sus bienes á la hipoteca con que la ley los grava el contador hubiera podido, de complicidad con su mujer, comprarlos en nombre de ésta; el fraude es tan fácil que la ley lo presume, lo que dispensa al acreedor del fardo de la prueba, siempre difícil, pues es más fácil defraudar que probar el fraude. Sin embargo, esto sólo es una presunción que admite la prueba contraria. La mujer está admitida á probar que adquirió los bienes, ya sea á título de sucesión ó de donación, lo que excluye toda posibilidad de fraude, ya sea á título oneroso con su propio dinero; esta prueba, si la puede dar la mujer, destruye la presunción del art. 48, pues la ley presume que la mujer compró sus bienes con el dinero del marido y por cuenta de éste. De esto se sigue que la presunción legal no es aplicable en el caso en que la adquisición hubiera sido hecha por la mujer antes que su marido fuera llamado á funcionar de contador.

### *SECCION III.—De las hipotecas convencionales.*

#### § I.—Definicion.

423. Según el art. 44 (Código Civil, art. 2117) «la hipoteca convencional es la que depende de las *convenciones* y de la forma exterior de las actas y contratos.» Es, pues, necesario, para que haya hipoteca convencional, que esté establecida por una convención. El contrato que constituye la hipoteca es independiente de la obligación para cuyo pago fué concertada. Sin duda la hipoteca convencional, co-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

bienes de los receptores y administradores contadores. ¿Qué se entiende por contadores? Todos los administradores de fondos no son contadores. Tarrible ha establecido muy bien el principio que sirve para distinguir aquellos cuyos bienes están gravados por la hipoteca. (1) Hay, dijo, en la administración de hacienda funcionarios que manejan realmente los fondos públicos; hay otros que sólo dirigen la entrada y el empleo del dinero sin manejarlo ellos mismos. Los primeros son sólo contadores y sometidos á la hipoteca legal, los demás no están sujetos á ella. La distinción resulta de la definición que Ferrière da de los contadores: son aquellos que manejan los fondos públicos ó del Rey. La ley de 16 de Septiembre de 1807 acerca de la contabilidad ha consagrado la tradición; resulta de ella que el verdadero contador es aquel que recibiendo el dinero ó empleándolo maneja realmente estos fondos; que con este título está sometido á la jurisdicción de la contaduría de glosa. En cuanto al que dirige las entradas ó su empleo, es decir, el que ordena, no es contador, y la contaduría de glosa no tiene en él ninguna jurisdicción, aunque se hiciera culpable de prevaricaciones. Lo que decimos de los contadores del Estado se aplica naturalmente á los que manejan fondos de las provincias, de los municipios y de los establecimientos públicos.

422. Según el art. 48 (Código Civil, art. 2122) la hipoteca legal del Estado, de las provincias, de los municipios y de los establecimientos públicos se extiende á los bienes actuales y futuros del contador. Es, pues, general en el sentido de que el acreedor puede tomar inscripción en todos los bienes del deudor; sólo que la ley exige que las facturas que presenta al conservador contengan la indicación de los inmuebles del contador (art. 89; Código Civil, artículo 2153). Estas inscripciones no pueden ser reducidas á pe-

1 Tarrible, en el Repertorio de Merlín, en la palabra Hipotecas, sec. II, párrafo III, art. 4.



dimento del deudor, como lo permite la ley para la hipoteca de los menores y de las mujeres casadas. Ya hemos dicho cuál es la razón (núm. 258).

El art. 48 agrega que esta hipoteca se extiende á los bienes futuros de la mujer del contador. ¿Por qué la hipoteca grava bienes que no pertenecen al deudor? Es porque la ley ha temido el fraude. Para substraer sus bienes á la hipoteca con que la ley los grava el contador hubiera podido, de complicidad con su mujer, comprarlos en nombre de ésta; el fraude es tan fácil que la ley lo presume, lo que dispensa al acreedor del fardo de la prueba, siempre difícil, pues es más fácil defraudar que probar el fraude. Sin embargo, esto sólo es una presunción que admite la prueba contraria. La mujer está admitida á probar que adquirió los bienes, ya sea á título de sucesión ó de donación, lo que excluye toda posibilidad de fraude, ya sea á título oneroso con su propio dinero; esta prueba, si la puede dar la mujer, destruye la presunción del art. 48, pues la ley presume que la mujer compró sus bienes con el dinero del marido y por cuenta de éste. De esto se sigue que la presunción legal no es aplicable en el caso en que la adquisición hubiera sido hecha por la mujer antes que su marido fuera llamado á funcionar de contador.

### *SECCION III.—De las hipotecas convencionales.*

#### § I.—Definicion.

423. Según el art. 44 (Código Civil, art. 2117) «la hipoteca convencional es la que depende de las *convenciones* y de la forma exterior de las actas y contratos.» Es, pues, necesario, para que haya hipoteca convencional, que esté establecida por una convención. El contrato que constituye la hipoteca es independiente de la obligación para cuyo pago fué concertada. Sin duda la hipoteca convencional, co-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mo todas las hipotecas, es accesorio de una obligación principal; pero de esto hay que cuidarse de concluir, como lo han hecho, que se confunde con esta obligación á tal punto de tomar su misma naturaleza. Todo cuanto resulta del carácter accesorio de la hipoteca es que no puede existir sin que haya una obligación que está destinada á garantizar; además, la obligación principal puede no ser convencional, puede resultar de un cuasicontrato, de un delito ó de un cuasidelito, mientras que la hipoteca convencional no se concibe sin contrato. Aunque la obligación principal sea convencional difiere también de la hipoteca establecida por convención. Esta, según la definición que la ley da de ella, depende de la forma exterior de las actas y de los contratos; mientras que las obligaciones convencionales para cuya garantía fué estipulada la hipoteca no están sometidas á ninguna forma; es ordinariamente un préstamo, contrato no solemne como todos aquellos de que trata el Código á partir de la venta. Así la obligación principal puede constar por escrito privado, no sirviendo éste más que de prueba; no sucede lo mismo con el contrato accesorio: la hipoteca convencional no puede ser consentida más que por acta auténtica. Si, pues, las partes quieren redactar una sola acta para hacer constar la convención principal y constituir la hipoteca tendrán que levantar una acta auténtica; de modo que el accesorio domina en este caso lo principal. Pero pueden también hacer sus convenciones por actas separadas; mejor dicho, la convención principal no tiene que ser acta, pero la hipoteca siempre se consiente por acta notariada; la autenticidad es de su esencia.

424. Reina en esta materia tanta incertidumbre y, en nuestro concepto, tantos errores que nos vemos obligados á insistir en estas nociones puramente elementales, porque se corte ta hasta el principio que acabamos de establecer; es, pues, necesario probar, primero, que la hipoteca es un contrato y, en segundo lugar, que es un contrato solemne. El Código distingue dos clases de contratos: los sinalagmáticos y los unilaterales; pero es de esencia de todo contrato que haya concurso de consentimientos. Mientras que una de las partes consiente sola sólo hay una simple oferta, lo que se llama un derecho de policitación; es necesario que esta oferta esté aceptada para que se forme un contrato, y éste no existe sino á partir de la aceptación. Transladamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones Convencionales* acerca de este punto (tomo XV, núms. 468-481). Estos principios reciben su aplicación á la hipoteca convencional; forma un contrato unilateral, puesto que el deudor sólo se obliga; el acreedor no contrae ninguna obligación, estipula la seguridad real: esta es la condición bajo la que contrata; el deudor consiente; es por este concurso de consentimientos por lo que se establece la hipoteca.



Los textos, los principios, la tradición, el espíritu del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, concurren para establecer este principio, que es tan fundamental como elemental. Según el art. 43 la hipoteca es legal, convencional ó testamentaria. ¿Qué es lo que caracteriza estas tres especies de hipotecas? La hipoteca legal resulta de la ley sola, no exige ningún consentimiento de las partes interesadas; el acreedor es incapaz de estipularla é incapaz de renunciarla, y el deudor no puede oponerse á que sus bienes queden gravados por ella: todo sucede sin la voluntad de las partes interesadas y, en caso necesario, apesar de ellas. No sucede así con la hipoteca convencional; *depende* de las *convenciones*, dice el art. 44 (Código Civil, art. 2117). Esto es decir de un modo enérgico que sin convención no puede haber hipoteca convencional; la palabra misma lo dice. Y no hay convención sin concurso de consentimientos; no basta que el deudor consienta en gravar su inmueble con una hipoteca, es necesario que el acreedor, por su parte, consien

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ta para que se forme el contrato; si el acreedor no está presente en el acto por el que el deudor constituye la hipoteca tiene que aceptar, y sólo con esta aceptación es como se perfecciona el contrato y que la hipoteca existe.

Esto es el texto. ¿Qué dicen los principios? La hipoteca es un desmembramiento de la propiedad, una enajenación parcial. Para que la propiedad esté desmembrada es necesario que haya un acreedor en favor del que el deudor consienta en enajenar parte de su derecho de propiedad, y es necesario que el acreedor acepte esta transmisión parcial de la propiedad. ¿Se concibe que la propiedad entera esté transferida sin el concurso de consentimientos de aquel que transmite la cosa y del que la adquiere? No se concibe tampoco que una fracción de propiedad esté transferida sin que el acreedor la adquiera; ¿y puede adquirirla sin el consentimiento suyo? Si no ha consentido ó aceptado sólo hay una oferta, una policitación; el deudor que la hizo podría retirarla, puesto que sin aceptación no hay ningún lazo entre él y el acreedor. ¿No es esta la situación de las partes cuando el deudor constituye una hipoteca? El acreedor no trata más que bajo esta condición; el deudor se obliga á procurar esta seguridad al acreedor; éste debe aceptarla, y al aceptar liga al deudor; éste no puede hacer nada que perjudique el derecho que el acreedor adquirió; si por su hecho disminuye las seguridades que *por contrato* dió á su acreedor pierde el beneficio del plazo. Esto es lo que dice el art. 1188; esta disposición prueba á la vez que la hipoteca es una seguridad contractual y que el contrato engendra una obligación á cargo del deudor y un derecho en favor del acreedor: ¿cómo había de hacerse sin concurso de voluntades?

Tales son los principios. Escuchemos ahora la tradición. En el derecho antiguo la hipoteca estaba ligada á todo contrato pasado en forma auténtica ante notario; la hipoteca



se confundía con la convención principal, y resulta que es esencialmente convencional; sin concurso de consentimientos no hay convención principal; por tanto, no hay hipoteca. En la teoría tradicional la cuestión que discutimos ni siquiera hubiera podido presentarse. Sólo algunas costumbres consideraban la hipoteca como un contrato distinto: eran las costumbres del empeño. Y nuestra Ley Hipotecaria procede de estas costumbres; importa, pues, recordar cómo se consideraba la hipoteca en nuestro derecho antiguo. Ya lo hemos dicho: se seguían para la hipoteca convencional las condiciones y formas que la tradición había consagrado para la transmisión de la propiedad inmobiliar; es decir, que el deudor se desposeía del derecho que entregaba al acreedor; de ahí las formalidades de la *desposesión* y de la *posesión*. (1) Esta es la expresión exacta de los principios que acabamos de exponer. El deudor que constituye una hipoteca enajena una parte de su derecho de propiedad; se *desposee*, pues. ¿Basta esto para que la hipoteca exista en favor del acreedor? Nó, así como la *desposesión* del vendedor no basta para que la propiedad esté transmitida al comprador. Es necesario, además, que el acreedor *entre* en *posesión* del derecho de que se despoja el deudor en su favor, como es necesaria la posesión para que el comprador adquiera la propiedad de que se desprende el vendedor en su provecho. Así, consentimiento del deudor y consentimiento del acreedor, tales son las condiciones exigidas por las costumbres del empeño para que haya hipoteca convencional. Sin embargo, ya en el derecho antiguo los prácticos habían imaginado una constitución de hipoteca que se hacía por sólo la voluntad del deudor; mejor dicho, sin el concurso de voluntades. El Presidente Favre,

1 Merlín, Repertorio, en la palabra Hipotecas, sec. I, pfo. I (t. XIII, página 411).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

aquel rudo adversario de los prácticos, decía que era monstruoso, es decir, soberanamente absurdo, decir que una hipoteca convencional puede existir sin convención. (1)

¿Acaso han consagrado semejantes enormidades los autores del Código Civil? El texto del art. 2117? (Ley Hipotecaria, art. 44) parece concebido á propósito para repudiar el error que el Presidente Favre había atacado; ¿si, como la ley lo dice, la hipoteca convencional *depende de las convenciones* cómo existiría sin convención? Oigamos al Orador del Gobierno. Hé aquí como explica la definición del artículo 2117 en la Exposición de los Motivos: «*Dos personas que tratan se dan respectivamente* en una acta auténtica seguridades para la garantía de sus convenciones; esta es la hipoteca convencional.» (2) *Se dan respectivamente:* esto bien quiere decir que el acreedor estipula la garantía y que el deudor la promete. Luego la hipoteca no existe más que por el concurso de *dos partes* que *tratan*. Bajo el imperio del Código había controversia, como lo vamos á decir, acerca del punto de saber si la hipoteca era válida cuando el deudor comparecía solo ante el notario para declarar que había recibido tal suma á título de préstamo y que daba tal bien en hipoteca como garantía de su obligación. La comisión especial que preparó el proyecto de ley examina la cuestión en su informe y decide que la hipoteca así establecida sería nula. En efecto, dice, la hipoteca debe ser constituida por acta auténtica, y como acta constitutiva de hipoteca el acta no puede tener existencia sino á consecuencia de la aceptación, comprobada auténticamente, del acreedor. La comisión agrega que la ley sólo reconoce las hipotecas legales, testamentarias y convencionales; no reconoce una cuarta clase de hipoteca voluntaria por parte del deudor solo. (3) Esto es muy justo; una hipoteca con-

1 Faber, *De erroribus pragmaticorum*, década I, error 1.
2 Treilhard, Exposición de los motivos, núm. 10 (Locré, t. VIII, p. 241).
3 Informe de la comisión especial (Parent, p. 39).



sentida por el deudor solo no puede ser calificada de convencional sin monstruosidad, como dijo el Presidente Favre; sería, pues, otra hipoteca que la hipoteca convencional; ¿y dónde está el texto que consagra esta cuarta hipoteca? ¡Habría, pues, una hipoteca que la ley no conoce! Esto puede, con justo título, llamarse una monstruosidad.

425. Sin embargo, el error que el Presidente Favre trataba de monstruoso se ha perpetuado; se enseña y se sentencia en este sentido. Uno de los comentadores de nuestra Ley Hipotecaria declara que no le puede mucho el argumento de la comisión especial que acabamos de relatar. De que la ley sólo reconoce tres clases de hipotecas no se puede concluir, dice, que la que resulta de la voluntad unilateral del deudor no sea una hipoteca convencional, puesto que el acta de constitución de una hipoteca puede ser una acta unilateral y no requiere el *duorum in unum placitum consensus*. ¿Quiere decir que la hipoteca constituida por el deudor sólo es una convención unilateral y no exige, por consiguiente, el concurso de voluntades del deudor y del acreedor? Si tal es el pensamiento del autor se equivoca seguramente, pues el concurso de voluntades es necesario para todo contrato. Así es en la donación, que es un contrato unilateral; lo que no impide que sólo exista por la aceptación del donatario; lo que, además, tiene que ser notificado al donante. El autor que combatimos agrega que la ley belga reconoce la hipoteca testamentaria, lo cual resulta de la sola voluntad del testador; pudo, pues, dice, admitir también una hipoteca establecida en la sola voluntad del deudor; la hipoteca es convencional en el sentido de que la voluntad del deudor es necesaria para constituirla por oposición á la hipoteca legal que existe sin la voluntad del deudor. (1) Esta comparación nos parece poco concluyente. Desde luego no es exacto decir que la hipoteca tes-

1 Cloes, Comentario, t. III, p. 45, núms. 70 y 71.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tamentaria sólo exige la voluntad del testador, pues el legatario tiene que aceptar el legado. Además, no se puede comparar una hipoteca que no exige la intervención de las partes interesadas con una hipoteca que sólo existe porque una de las partes la estipula y la otra la consiente. Después de esto el mismo autor relata la opinión de Dalloz y de Martou que se conforman con una aceptación tácita y dice que el es de la opinión de éstos. No sabemos cómo conciliar estas diversas opiniones; si es necesario una aceptación tácita no es exacto decir que la hipoteca resulta de la sola voluntad del deudor, pues una aceptación tácita es también una manif stación de consentimiento, y si el acreedor consiente hay concurso de voluntades, luego contrato, y no acta unilateral.

Martou comienza por decir que «la concesión de una hipoteca es por parte del deudor una *obligación unilateral* cuya validez no está subordinada á la presencia del acreedor en el acta ni á una *aceptación* ulterior de parte de éste.» Confesamos no comprender lo que es una *obligación unilateral;* toda obligación es esencialmente un lazo de derecho entre el deudor obligado y el acreedor en favor del que existe la obligación: ¿cómo, pues, pudiera haber una obligación por parte del deudor solo? Martou agrega que el acreedor manifiesta suficientemente su aceptación por la inscripción de la hipoteca. (1) ¿Qué quiere decir esto? ¿Es la aceptación necesaria para que exista la hipoteca ó no? Si es necesaria la hipoteca es un contrato que exige el concurso de voluntades; sin embargo, Martou combate la idea de que para la constitución de hipoteca el concurso de ambas voluntades sea indispensable. Si no es necesaria la hipoteca se perfecciona sin concurso de voluntades, sin convención; este es el *monstruo* que el Presidente Favre señaló como un error de los prácticos.

1 Martou, Comentario t. III, p. 87, núm. 982 *ter*.



426. Hay sentencias que consagran esta monstruosidad. La Corte de Lyon ha pronunciado una decisión que quisiéramos borrar de la jurisprudencia, pues la desacredita. Comienza por decir que, según la ley, una *aceptación terminante* no es indispensable para la validez de la hipoteca. De este hecho la Corte pone un nuevo principio; á saber: que en un *contrato unilateral* una aceptación de aquel para con quien se obliga uno no es útil, puesto que éste á nada se obliga. ¿Qué hubiera dicho el Presidente Favre si hubiera encontrado semejante desatino en una sentencia de un parlamento? ¡Cómo hay contratos sin concurso de consentimientos cuando el contrato, cualquiera que sea él, no es sino el concurso de voluntades? La sentencia contiene después una proposición ininteligible? «En materia de hipotecas la posición de los contratantes no cambia.» Luego la Corte agrega: «Al contrario no podría ser así en el caso en que el contrato sería sinalamágtico, porque en esta segunda naturaleza de contratos el concurso de dos voluntades es necesario para formarlo y hacerlo perfecto.» Esta última proposición es la única que entendemos; completa el error en el que da la Corte acerca de un punto puro y simplemente elemental: la definición del contrato; la Corte tomó sin duda á la letra lo que dice el art. 1108, según el cual se podría creer que el consentimiento no está requerido más que por parte de aquel que se obliga; ¿pero quién ignora que esta disposición está mal redactada? En fin, la Corte dice que «las condiciones requeridas para la validez de un gravamen hipotecario convencional están determinadas por el art. 2129 (Ley Hipotecaria, art. 78) y que entre estas condiciones no se encuentra la de la aceptación.» (1) Bastaba leer el art. 2129 para convencerse de que la Corte se equivoca; este artículo no determina las condiciones requeridas para la validez de la hi-

1 Lyon, 9 de Mayo de 1837 (Dalloz, en la palabra Privilegios é Hipotecas, núm. 1260, 1.°)

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

poteca convencional, sólo es relativo á una de estas condiciones: la especificación de los bienes; hay otro artículo relativo á la especificación del crédito (art. 2132; Ley Hipotecaria, art. 88); hay una tercera regla para la forma de la hipoteca convencional (art. 2127; Ley Hipotecaria, art. 76); hay un cuarto artículo que la Corte olvida enteramente: es el que define la hipoteca convencional (art. 2117; Ley Hipotecaria, art. 44).

La Corte de Casación ha pronunciado en esta materia una sentencia que se ha interpretado mal; ¿será que la sentencia está mal redactada? El recurso sostenía, como acabamos de hacerlo, que en todo contrato, aun unilateral, dos voluntadesson necesarias para constituir la obligación: la del deudor y la del acreedor. ¿Qué contesta la Corte? «El reconocimiento puro y simple de una deuda con *gravamen hipotecario* puede constituir un *compromiso unilateral* y estar regularmente hecho por *sólo el deudor*.» Esta proposición aislada es el resumen de todos los errores que acabamos de reprochar á la Corte de Lyon. No es verdad que un *compromiso unilateral*, es decir, una convención unilateral, pueda resultar de la sola voluntad del dendor. No es verdad que el *gravamen hipotecario*, es decir, la hipoteca convencional, pueda nunca ser válida por sólo la voluntad del que la consiente. En realidad, como lo observa el sentencista, esto no es lo que la Corte quiso decir. El debate no versaba sobre la aceptación, versaba en el punto de saber si era preciso una aceptación auténtica; volveremos á esta cuestión que es la única que haya decidido la Corte. (1) Lo mismo pasa con una sentencia de la Corte de Chambery, también muy mal redactada. La Corte comienza por decir que «la estipulación de una hipoteca es una *acta unilateral* por la que la intervención del que concede es únicamente necesaria. Este es

1 Denegada, 5 de Agosto de 1839 (Dalloz, en la palabra Privilegios é Hipotecas, núm. 1260).



el error; síguese después la explicación de que la aceptación puede resultar aun tácitamente de actas posteriores. (1) Desde que es necesario una aceptación del acreedor es inexacto decir que la intervención del deudor basta; examinaremos más adelante si es verdad que basta la aceptación tácita.

427. No conocemos en la jurisprudencia francesa más que una sola sentencia que haya establecido claramente el verdadero principio, el cual es de tanta evidencia que sorprende que haya sido desconocido. «No puede existir contrato sin convención, dice la Corte de Tolosa, y no puede haber convención sin concurso de consentimientos de las partes interesadas.» Y en el acta litigiosa el deudor declaraba que confería hipoteca al acreedor sin que éste hubiese aceptado dicha acta; nadie respondía por su aceptación; el notario había aceptado por el acreedor y esta aceptación, como lo diremos más adelante, es inoperante. (2)

La jurisprudencia de las cortes de Bélgica tiene también sus dudas y sus contradicciones, que vamos á señalar; importa hacerlo porque la autoridad de las sentencias es mucho más grande que la de los autores. Se discute la doctrina y se somete uno á la jurisprudencia; esta es una autoridad usurpada que la ignorancia estableció y que la ignorancia perpetúa, pues es mucho más cómodo citar sentencias que dar razones; sin embargo, las sentencias no tienen más autoridad que la de la razón; lo que valen los motivos es lo que vale la sentencia. Puesto que se invocan las sentencias como si fueran leyes conviene completar esta autoridad, que amenaza tomar el lugar de la ley. Es este trabajo largo y penoso el que aumenta tan exageradamente el número de volúmenes que pensábamos consagrar á los *Principios de*

1 Chambery, 20 de Enero de 1872 (Dalloz, 1873, 2, 146).
2 Tolosa, 31 de Julio de 1830 (Dalloz, en la palabra Privilegios é Hipotecas, núm. 1261).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

*Derecho Civil.* No obstante, no lo sentimos, pues el estudio de la jurisprudencia se ha hecho necesario tanto como el de las leyes.

Nuestra Corte de Casación ha consagrado los verdaderos principios en excelentes términos: «En todo contrato de hipoteca, dice la sentencia, la liga de derecho no puede formarse más que por el concurso de dos voluntades, la del que grava el inmueble para el pago de una obligación y la del que acepta este gravamen y adquiere el derecho hipotecario; de donde se sigue que el contrato permanece imperfecto hasta que la voluntad del acreedor no está manifiesta.» (1)

La jurisprudencia de nuestras cortes de apelación está lejos de tener esta precisión: volveremos á ello al examinar las dificultades que se han presentado en la aplicación de la ley. Ante todo hay que establecer el segundo elemento de nuestro principio. Que la hipoteca convencional exista en virtud de una convención solamente parece difícil negarlo. Hemos agregado que esta convención es un contrato solemne. Este segundo punto no tiene la misma evidencia; vamos á tratar de establecerlo.

428. La distinción de los contratos solemnes y no solemnes, aunque no está formulada por la ley, está admitida por la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, las dificultades y las controversias no faltan cuando se trata de deducir las consecuencias del principio. La donación es un contrato solemne, lo que equivale á decir que la forma auténtica se requiere para la existencia misma del contrato; la donación nula en la forma no tiene existencia legal, es la nada. ¿Sucede lo mismo con el contrato de matrimonio? Aquí empieza la incertidumbre; en nuestra opinión las convenciones matrimoniales forman también un contrato solemne; nos transladamos á lo dicho en el título sitio de la

1 Casación, 29 de Mayo de 1863 (Pasicrisia, 1863, 1, 212).



materia (t. XXI, núm. 44). En cuanto á la hipoteca convencional cesa la concordancia, los autores no discuten la cuestión, pero como no admiten las consecuencias que se desprenden de la solemnidad se puede decir que desechan el principio; la jurisprudencia está dividida á tal punto que deja incierta la cuestión de saber si la hipoteca convencional procede de un contrato.

Creemos que la hipoteca convencional es un contrato solemne por la razón por la que se atribuye este carácter á la donación y al contrato de matrimonio. Los textos están concebidos poco más ó menos en los mismos términos: en todo caso con el mismo espíritu. Según el art. 931 «todas las actas que contengan donación entre vivos serán pasadas ante notario.» El art. 1394 dice que las convenciones matrimoniales se harán ante notario. En cuanto á las hipotecas la ley contiene dos disposiciones: desde luego el art. 44 (Código Civil, artículo 2117) define la hipeteca convencional: es la que depende de las *convenciones* y de la *forma exterior* de las actas y de los contratos. Este texto nos parece decisivo. La ley no se conforma con decir que la hipoteca depende de las convenciones, lo que quiere decir que sin convención no hay hipoteca; agrega que la hipoteca convencional *depende* aun de la *forma exterior de los actos* y *de los contratos;* lo que debe tener la misma significación; es decir, que sin sus formas exteriores no hay hipoteca; de aquí la consecuencia de que las formas son de la substancia del contrato. Después de esto el art. 76 (Código Civil, art. 2127) dispone que la hipoteca convencional no puede ser *consentida* más que por *acta auténtica.* Por esto el *consentimiento* se debe manifestar en la *forma auténtica;* y tal es precisamente el carácter de los contratos solemnes: que el consentimiento no existe más que cuando se ha dado bajo ciertas formas; si éstas no se han observado no hay consentimiento y sin él no hay contrato.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

El espíritu de la ley conduce á igual consecuencia. ¿En qué sentido la ley exige una acta auténtica para la donación, el contrato de matrimonio y la hipoteca? Es para la prueba de esos contratos? Nó, en este punto todo el mundo está de acuerdo; aunque fuera seguro que hubo donación, contrato de matrimonio é hipoteca, esos contratos serían, sin embargo, inexistentes si no estuvieran comprobados por acta auténtica. El acta notariada no está requerida para la prueba; está, pues, prescripta para la existencia del contrato; es decir, que el contrato es solemne.

429. Lo que podría hacer titubear es que no se está de acuerdo en los motivos por los que la ley exige la autenticidad del contrato de hipoteca. «Para nuestro uso, dice Domat, las convenciones no dan hipoteca, aunque estuviera expresado, si no pasan ante notario. Porque sin esta forma sería fácil á los deudores que quisieran defraudar á sus acreedores dar á los fondos de antiguas hipotecas por antidatas.» (1) Este motivo era insuficiente en el antiguo derecho, porque para impedir la antidata habría bastado con exigir el registro. En nuestro derecho moderno la explicación deDomat es aún menos admisible porque supone hipotecas ocultas cuyos lugares dependen de la fecha del contrato, y nuestras hipotecas son públicas, su lugar depende de la inscripción, no puede tratarse de antidata.

Se da otra explicación que llega más al fondo de las cosas. ¿Por qué no se admite en materia de hipotecas convencionales que las actas tengan fecha cierta como se admite en materia de empeño? La creación de controlo ó del registro es posterior al establecimiento de las hipotecas convencionales. Estas se constituyen desde luego en las formas judiciales de igual modo que la propiedad se transmitía por obra de la ley. La constitución de una hipoteca era, pues, una especie de sentencia; en este orden de ideas es

1 Domat, Leyes civiles, lib. III, tit. I sec. II, art. 33.



evidente que ninguna prueba podía reemplazar la intervención del juez; la obra de la ley no era una cuestión de prueba, eran formas solemnes prescriptas en interés de los terceros, luego en interés público; y dichas formas siempre son de la substancia del acta. Cayeron en desuso las obras de ley en la mayor parte de Francia, reemplazándolas la intervención de los notarios; éstos estaban considerados como oficiales de justicia. Sus actas reemplazaban á las sentencias del juez; mejor dicho, á las obras de la ley que se pasaban ante el juez. De aquí la consecuencia que el acta auténtica era de la substancia del acta. (1) Esta explicación histórica puede admitirse aun hoy como una justificación del principio consagrado por el Código y por nuestra Ley Hipotecaria. Las hipotecas tienden al orden público, puesto que el objeto del régimen hipotecario es el de garantizar el interés de los terceros, el que se confunde con el interés general, y procurar al propietario el crédito que su fortuna inmobiliar debe asegurarle. El art. 42 (Código Civil, artículo 2115) consagra una consecuencia de este principio y á la vez decide nuestra cuestión. «La hipoteca sólo tiene lugar en las cosas y *formas* autorizadas por la ley.» Así las formas son de la substancia de la hipoteca convencional; no hay hipoteca convencional sin las solemnidades prescriptas por la ley, lo mismo que no hay contrato de matrimonio ni donación sin formas legales.

Hay además otras razones que justifican la intervención del notario en la redacción de los contratos de hipoteca. La hipoteca convencional y las convenciones matrimoniales son las más importantes y á la vez las más difíciles de las actas. ¿Cuántas de las partes contratantes saben lo que es la especialidad de la hipoteca? Sin embargo, si la hipoteca no se ha especificado por el contrato es nula. ¡Cuántas

1 Compárese Merlín, Repertorio, en la palabra Hipotecas, sec. I, pfo. 5, número 2 [t. XIII, p. 419].

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

hipotecas estarían anuladas si la ley hubiese admitido actas privadas para establecerlas! La fortuna de los ciudadanos depende de las convenciones hipotecarias; era, pues, necesario hacer que intervinieran los abogados en la redacción de las actas que establecen la hipoteca á fin de ilustrar á las partes contratantes y para asegurar la validez de sus convenciones.

430. Creemos inútil relatar los motivos diversos que dan los autores para explicar el principio de autenticidad; (1) se debería discutirlos y rectificarlos, lo cual conduciría á lo que acabamos de decir. Basta con hacer conocer las razones que comprometieron á los autores de la ley belga á consagrar el principio de la solemnidad de la hipoteca. Se lee en el informe de la comisión especial: «Las colocaciones é hipotecas deben dar seguridad completa y en ningún caso su suerte debe depender de la simple denegación de una firma. Este fin sólo se conseguiría á medias si se pudiera consentir la hipoteca por actas privadas.» El interés público y las necesidades del crédito exigen la autenticidad para la constitución de una hipoteca convencional como para la transmisión de la propiedad inmobiliar. Sólo que la diferencia es muy grande en cuanto á las consecuencias. La hipoteca no tiene efecto más que con relación á los terceros; declarar que debe estar comprobada por acta auténtica en interés de los terceros que tratan con el propietario es decir que su existencia depende de la autenticidad, mientras que la venta existe entre las partes independientemente de todo escrito; hé aquí por qué la venta no es un contrato solemne apesar de la necesidad de una acta auténtica para operar la transcripción, mientras que la hipoteca es un contrato solemne porque la solemnidad interesa á todos los

1 Martou, t. III, p. 85, núm. 981. Pont, t. II, p. 90, núm. 655. Mourlón, Repeticiones, t. III, p. 606, núm. 148.



que la estípulan, la prometen ó están interesados en conocerla. (1)

El informe de M. Leliévre resume lo que acabamos de decir y apoya nuestra doctrina: «La nueva ley no podía titubear en exigir una acta *pública* y *solemne*. La existencia de la hipoteca debe ser cierta. No se debe dejar á la ventura de una confronta de escrituras. Por otra parte, el *crédito* inmobiliar no permite establecer un orden de cosas cuyo resultado inevitable sería poner en la incertidumbre la situación hipotecaria.» (2)

Los informes de las dos comisiones se refieren especialmente á la disposición que exige la autenticidad para los poderes dados á efecto de constituir hipoteca. Es una nueva confirmación de la opinión que acabamos de defender. En regla general el poder puede darse por acta privada y hasta por carta (art. 1985). Es sólo por excepción y en las actas solemnes como la ley exige que el poder sea auténtico: tal es la dación (art. 932). El art. 76 pone bajo este punto de vista la hipoteca convencional en la misma línea que la dación; decide implícitamente que la hipoteca es un contrato solemne.

### § II.—Solemnidad.

431. El art. 76 dice que la hipoteca convencional sólo se puede consentir por *acta auténtica*. Esta es la reproducción del art. 2127 del Código Civil. Hay, sin embargo, una diferencia entre las dos disposiciones: el art. 2127 agrega que el acta se debe pasar en forma auténtica ante dos notarios ó ante uno y dos testigos; es decir, que el acta auténtica debe ser una acta notariada; ¿Por qué esta última parte del art. 2127, que se halla en el proyecto, ha sido quitada? No

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 39).
2 Leliévre, informe (Parent, p. 142).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

hipotecas estarían anuladas si la ley hubiese admitido actas privadas para establecerlas! La fortuna de los ciudadanos depende de las convenciones hipotecarias; era, pues, necesario hacer que intervinieran los abogados en la redacción de las actas que establecen la hipoteca á fin de ilustrar á las partes contratantes y para asegurar la validez de sus convenciones.

430. Creemos inútil relatar los motivos diversos que dan los autores para explicar el principio de autenticidad; (1) se debería discutirlos y rectificarlos, lo cual conduciría á lo que acabamos de decir. Basta con hacer conocer las razones que comprometieron á los autores de la ley belga á consagrar el principio de la solemnidad de la hipoteca. Se lee en el informe de la comisión especial: «Las colocaciones é hipotecas deben dar seguridad completa y en ningún caso su suerte debe depender de la simple denegación de una firma. Este fin sólo se conseguiría á medias si se pudiera consentir la hipoteca por actas privadas.» El interés público y las necesidades del crédito exigen la autenticidad para la constitución de una hipoteca convencional como para la transmisión de la propiedad inmobiliar. Sólo que la diferencia es muy grande en cuanto á las consecuencias. La hipoteca no tiene efecto más que con relación á los terceros; declarar que debe estar comprobada por acta auténtica en interés de los terceros que tratan con el propietario es decir que su existencia depende de la autenticidad, mientras que la venta existe entre las partes independientemente de todo escrito; hé aquí por qué la venta no es un contrato solemne apesar de la necesidad de una acta auténtica para operar la transcripción, mientras que la hipoteca es un contrato solemne porque la solemnidad interesa á todos los

1 Martou, t. III, p. 85, núm. 981. Pont, t. II, p. 90, núm. 655. Mourlón, Repeticiones, t. III, p. 606, núm. 148.



que la estípulan, la prometen ó están interesados en conocerla. (1)

El informe de M. Leliévre resume lo que acabamos de decir y apoya nuestra doctrina: «La nueva ley no podía titubear en exigir una acta *pública* y *solemne*. La existencia de la hipoteca debe ser cierta. No se debe dejar á la ventura de una confronta de escrituras. Por otra parte, el *crédito* inmobiliar no permite establecer un orden de cosas cuyo resultado inevitable sería poner en la incertidumbre la situación hipotecaria.» (2)

Los informes de las dos comisiones se refieren especialmente á la disposición que exige la autenticidad para los poderes dados á efecto de constituir hipoteca. Es una nueva confirmación de la opinión que acabamos de defender. En regla general el poder puede darse por acta privada y hasta por carta (art. 1985). Es sólo por excepción y en las actas solemnes como la ley exige que el poder sea auténtico: tal es la dación (art. 932). El art. 76 pone bajo este punto de vista la hipoteca convencional en la misma línea que la dación; decide implícitamente que la hipoteca es un contrato solemne.

### § II.—Solemnidad.

431. El art. 76 dice que la hipoteca convencional sólo se puede consentir por *acta auténtica*. Esta es la reproducción del art. 2127 del Código Civil. Hay, sin embargo, una diferencia entre las dos disposiciones: el art. 2127 agrega que el acta se debe pasar en forma auténtica ante dos notarios ó ante uno y dos testigos; es decir, que el acta auténtica debe ser una acta notariada; ¿Por qué esta última parte del art. 2127, que se halla en el proyecto, ha sido quitada? No

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 39).
2 Leliévre, informe (Parent, p. 142).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

es para cambiar el principio del Código Napoleón el admitir otras actas auténticas que no sean las notariadas, es para poner al art. 76 en harmonía con el art. 2 de la Ley Hipotecaria. No sólo se admite á la transcripción las actas auténticas, es decir, notariadas, sino también á las actas reconocidas judicialmente ó ante un notario; debería ser lo mismo con las actas que contuvieran estipulación de hipoteca. Es, pues, un simple cambio de redacción. (1) El principio fué mantenido: una acta notariada es necesaria para la validez de la hipoteca convencional; en nuestra opinión se debía decir: el acta notariada está requerida para la existencia de la hipoteca (núms. 428-430). Pero se debe agregar que la ley asimila á las actas notariadas las privadas reconocidas judicialmente ó ante un notario. Nos trasladamos en cuanto á la explicación del art. 76 á lo dicho en el art. 2.

432. ¿Debe recibirse en minuta el acta notariada ó se puede recibir en nota? Conforme al Código Civil la cuestión está controvertida y la solución es dudosa; creemos que el motivo para dudar ha desaparecido bajo la nueva ley y que se debe decidir que el acta de hipoteca debe recibirse en minuta. La ley de Ventoso sobre el notariado sienta como regla que todas las actas notariadas deben pasarse en minuta, bajo pena de nulidad; el art. 20 agrega esta excepción: «No están, sin embargo, comprendidas en esta disposición los seguros de vida, poderes y otros *actos simples* que con arreglo á *las leyes pueden* ser entregados en nota. Cierto que, en principio, la hipoteca no es una de esas actas simples que son excepción de la regla, son actas solemnes y unas de las más importantes de la vida civil. Queda por saber si hay una ley que permite recibirla en nota. El Código Civil contenía una disposición de donde se concluyó que el acta de hipoteca se podía entregar en di-

1 Martou, Comentario, t. III, p. 86, núm. 981.



cha forma; en los términos del art. 2148 el acreedor que requiere la inscripción debe presentar al conservador el *original* en nota ó una copia auténtica de la sentencia ó del acta que da nacimiento al privilegio y á la hipoteca. Las palabras *original en nota* no pueden referirse más que á las actas notariadas, porque las sentencias se reciben siempre en minuta. De aquí la consecuencia forzada de que las actas de hipoteca se puedan recibir en nota. (1) Resultaba una extraña anomalía: la de que una de las actas más importantes estaba asimilada á una acta simple, mientras que las demás actas solemnes se debían recibir en minuta; la ley lo exige terminantemente para la dación (art. 931) y la doctrina la exigía para el contrato de matrimonio. Esta anomalía desaparecía en nuestra Ley Hipotecaria; no reproducía las palabras *original en nota*, y no hay ley que permita recibir el acta de hipoteca en nota, lo que es decisivo.

433. Merlín y Grenier levantaron otra dificultad: enseñan que el acta notariada no produce hipoteca sino desde el día del registro. Esta opinión no encontró eco (2) y se sorprende uno de que Merlín la haya sostenido. La fundaba en la ley de 5 de Diciembre de 1790 relativa á la organización del registro, en la que el art. 9 está concebido así: «Por falta de registro en los plazos fijados una acta pasada ante notario no podrá valer más que como acta privada. Habiendo recibido el acta la formalidad omitida adquirirá la fijación de la fecha y la hipoteca á contar del día del registro.» Pero esta disposición ha sido abrogada por la ley de 22 Frimario, año VII, que dice (art. 73): «Todas las leyes promulgadas acerca de los derechos de registro y todas las disposiciones de otras leyes relativas quedan

1 Aubry y Rau, t. III, p. 273, nota 46, pfo. 246, y en sentido diverso los autoridades que citan. Debe agregarse Alger, 7 de Mayo de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 2).

2 Véase Troplong, t. II, núm. 507, que discute muy bien la cuestión.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

abrogadas.» Merlín hace una objeción poco digna de él: el art. 73, dice, no abrogó más que las leyes relativas á los *derechos de registro*, es decir, á las disposiciones fiscales, no abrogó las disposiciones relativas á la formalidad y sus efectos jurídicos. La Corte de Grenoble no hace mal en decir que esta objeción es una sutileza desprovista de todo fundamento racional. Si una fórmula de abrogación es absulata es, seguramente, la de la ley de Frimario; fuera de desear que todas las leyes estuvieran redactadas con el mismo cuidado, lo que permitiría abrogar toda la legislación anterior, como lo hizo el legislador del año VII. Creemos que es inútil insistir.

434. Muchas veces se llevó ante las cortes de Bélgica una cuestión que tampoco merecía los honores de una controversia. Hay aún muchas rentas viejas en nuestras provincias, lo que necesita nuevos títulos; si dichos títulos son actas notariadas y si contienen las designaciones requeridas por la ley pueden seguramente servir de base á la inscripción hipotecaria; se entiende que si el acreedor no tomó inscripción en virtud del título primitivo sólo tendrá lugar á partir de la inscripción del nuevo título. La jurisprudencia está unánime en este sentido. (1)

435. Las rentas antiguas también han dado lugar á otra dificultad. Una ley de 28 Floreal, año III, permite al Estado suplir por la declaración de los deudos los títulos originales de créditos procedentes de establecimientos eclesiásticos. Estos establecimientos conservan en general sus títulos con gran cuidado, pero cuando fueron suprimidos los substrajeron al Estado por uno de estos piadosos fraudes que dan el Cielo violando la ley. Cuando los deudos tienen más conciencia que sus acreedores y que confiesan sus deudas

1 Lieja, 21 de Julio de 1818 (Pasicrisia, 1818, p. 159). Bruselas, 28 de Enero de 1819 (Pasicrisia, 1819, p. 275). Lieja, 21 de Julio de 1819 (Pasicrisia, 1819, p. 441; esta es la reproducción de la sentencia de 21 de Julio de 1818). Lieja 22 de Junio de 1826 (Pasicrisia, 1826, p. 209).



todo está bien, pero se pregunta si el Estado ó los cesionarios pueden tomar inscripción de las hipotecas que están ligadas á ellos. La cuestión fué llevada ante la Corte de Casación de Bélgica y decidió afirmativamente. Al permitir al Estado suplir el título original con la declaración del deudor la ley de Floreal autoriza por esto mismo al acreedor á valerse del reconocimiento para todos los fines, como hubiera hecho con el título primordial; por consiguiente, también para la conservación de las seguridades hipotecarias. (1)

436. La legislación anterior al Código Civil permitía constituir hipoteca para actas administrativas. ¿Estas leyes fueron abrogadas por el artículo 2127 del Código Napoleón? Si se atuviera uno al principio de que las leyes generales no derogan las especiales habría que decidir que estas leyes administrativas están siempre en vigor. En nuestro concepto se abusa de este principio, ninguna ley lo consagra; no debe, pues, admitírsele más que si la intención del legislador ha sido mantener las leyes especiales anteriores, pues toda abrogación tácita es una cuestión de voluntad, y admitir como regla absoluta que las leyes especiales prevalecen siempre á las generales sería amenudo chocar con la voluntad del legislador. Ya lo hemos observado al examinar la cuestión de saber si la Ley Hipotecaria abroga las disposiciones del Código Civil relativas á la transcripción; en nuestra opinión la nueva ley, organizando un sistema completo de publicidad, arrastra por esto mismo la abrogación de la publicidad especial é imperfecta establecida por las leyes anteriores. El mismo principio debe recibir su aplicación á las leyes administrativas que permitían constituir una hipoteca por un acto de administración; están en oposición con el art. 2126, según el cual la hipoteca convencio-

1 Denegada, 7 de Mayo de 1836 [Pasicrisia, 1836, 1, 238].



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nal no puede ser consentida más que por acta pasada en forma auténtica ante dos notarios ó ante uno y dos testigos. Esto es un sistema nuevo y absoluto que toma el lugar de la legislación antigua. Aun hay más: la abrogación de las antiguas leyes resultaba ya de la ley de 11 Brumario, año VII, que abroga de un modo general y absoluto «*todas las leyes*, costumbres y usos anteriores acerca de las constituciones de hipotecas» (art. 56) sin distinguir si estas leyes eran generales ó especiales. El legislador francés gusta de la unidad; y ¿qué sucedería de la unidad del derecho si todas las leyes particulares permanecieran en vigor después del establecimiento de una ley general? Nosotros consideramos, pues, como abrogada la ley de 23 de Octubre de 1790, que dice (art. 14, del título III): «El ministerio de los notarios no será de ningún modo necesario para pasar actos de arrendamientos (administrativos), ni para cualquiera acta de administración. Estas actas, así como los arrendamientos, están sujetas á la comprobación é implicarán hipoteca y ejecución.» Consideramos igualmente como abrogada una disposición análoga que se encuentra en la ley de 4 de Marzo de 1773, cuyo art. 3 dice así: «Aunque los tratos estén consignados en actas privadas la nación tendrá, no obstante, hipoteca en los inmuebles pertenecientes á los abastecedores y á sus cauciónantes, á contar del día en que los ministros hayan aceptado los tratos.» Estas leyes procedían de un orden de cosas que fué abolido por la ley de Brumario y por el Código Napoleón. La hipoteca convencional existía de derecho pleno en toda acta auténtica, en todos los bienes presentes y futuros del deudor; esto era un privilegio ligado á la autenticidad; en este orden de ideas se comprende que se haya extendido este principio á actas recibidas por funcionarios administrativos. Las nuevas leyes han establecido principios enteramente diferentes, sólo hay hipoteca convencional en virtud de una convención y el legislador quiere por motivo de orden público que un legista redacte estas convenciones. Esto nos parece decisivo bajo el punto de vista del espíritu de la ley; y á falta de texto las cuestiones de abrogación se deciden por el espíritu de la ley; es decir, por la intención del legislador. (1) Se podría creer que la cuestión que discutimos esta zanjada por el art. 7 de la ley de 30 Ventoso, año XII, que abrogó el derecho antiguo *en las materias de que son objeto el Código Civil*. En efecto, la abrogación no sería dudosa si la ley del año XII fuera aplicable á la legislación intermedia, pero las leyes de la Revolución no están comprendidas en la disposición del art. 7 (t. I, núm. 27); quedan bajo el imperio de los principios generales que rigen la obligación tácita.



437. El art. 76 (Código Civil, art. 2127) dice que la hipoteca convencional no puede ser consentida sino por acta auténtica. Si está constituida por acta privada es nula á no ser que el acta haya sido reconocida en justicia ó ante notario. La ley, es verdad, no pronuncia la nulidad; pero siendo la forma de substancia del acta no era necesario agregar la sanción de nulidad. En nuestra opinión hay que ir más allá; la ley no podía declarar nula una acta que no tiene existencia legal; esto implica contradicción: la hipoteca consentida por acta privada es más que nula, es inexistente.

Lo mismo pasaría con la hipoteca consentida por una acta auténtica nula como tal, pues una acta solemne nula en la forma no tiene existencia para la ley (art. 1339). No se puede aplicar el art. 1318, según el cual el acta auténtica nula por defecto de forma vale como escritura privada si fué formada por las partes, pues el acta de hipoteca no puede valer como escritura privada. La hipoteca, será, pues,

1 Compárese, en este sentido, Pont, t. II, p. 96, núm. 663. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. III, p. 275, nota 55, pfo. 266.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

inexistente. Fué sentenciado que la hipoteca es nula cuando el acta notariada es nula por la menor irregularidad, tal como la falta de indicación del domicilio de los testigos. (1) Debe entenderse la palabra *nula* en el sentido que le da alguna vez el Código Civil (artículo 1601); la hipoteca es inexistente, así como la donación viciada en la forma no tiene existencia legal.

Si se admite el principio hay que admitir todas las consecuencias que derivan de él; ya las hemos deducido amenudo. Una de las más importantes está consagrada por el art. 1339; la donación nula en la forma no puede ser confirmada. Lo mismo sucede con la hipoteca por identidad de razones: no se confirma la nada. Por lo que toca á la hipoteca la confirmación no tendría razón de ser. La confirmación retrotrae en principio, pero sin perjuicio del derecho de los terceros; y la hipoteca no tiene efecto más que para con los terceros; inútilmente, pues, se confirmaría; no tendría efecto más que á partir del acta confirmativa, suponiendo que ésta reuna las condiciones prescriptas por la ley. Es, sin duda, por esta razón por lo que las partes interesadas nunca ensayaron confirmar una hipoteca nula en la forma; cuando menos no hemos encontrado un ejemplo en la jurisprudencia.

### § III.—Consecuencia de la solemnidad de las hipotecas.

438. Del principio de que la hipoteca es un contrato solemne derivan consecuencias muy importantes en lo que se refiere á la validez ó existencia de la hipoteca. Es necesario ante todo determinar el verdadero sentido del principio. Cuando un contrato es solemne todos los elementos de este contrato deben constar en la forma auténtica. Esto resulta

1 Bruselas, 28 de Marzo de 1828 (Pasicrisia, 1828, p. 122).



del texto de la ley. El art. 76 (Código Civil, art. 2127) dice que la hipoteca convencional no puede ser *consentida* más que por acta auténtica; es decir, *contraída*; luego todo lo que constituye el contrato de hipoteca debe constar auténticamente. Decimos el *contrato de hipoteca*. No debe confundirse el contrato que establece la hipoteca con el contrato que establece la obligación principal (núm. 423); ambas convenciones pueden ser separadas; es decir, que las partes pueden levantar actas distintas, una para procurarse una prueba literal de la obligación que han contraído, la otra para la constitución de la hipoteca; la primera puede ser privada, la segunda tiene que ser auténtica. (1)

Hay, sin embargo, un elemento de la obligación principal que debe mencionarse en el contrato de hipoteca: es el monto pecuniario del crédito; esta mención es relativa á una condición esencial de la hipoteca: la especificación (artículo 80, Código Civil, art. 2132). Pero importa determinar el alcance de esta restricción. Se puede dar hipoteca para seguridad de una obligación indeterminada tal como la de daños y perjuicios no liquidados. La liquidación se hace y las partes la hacen constar en una acta privada. ¿Será válida la hipoteca? Sí, y sin duda alguna; se satisface el principio de la especificación por sólo que el acta indique la suma para cuya garantía fué constituida la hipoteca; esto es todo lo que interesa á los terceros, pues el acreedor no tendrá derecho de preferencia más allá de la suma fijada en el acta inscripta, aunque el avalúo de los daños y perjuicios llevase su crédito á una cifra más elevada; por consiguiente, el acta auténtica está completa en lo relativo á la especificación del crédito. (2)

439. La Corte de Casación hizo la aplicación de estos

1 Persil, t. I, p. 435, art. 2127, núm. 7 y todos los autores. Gante, 17 de Julio de 1872 [Pasicrisia, 1872, 2, 420].
2 Martou, Comentario, t. III, p. 88, núm. 983.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

inexistente. Fué sentenciado que la hipoteca es nula cuando el acta notariada es nula por la menor irregularidad, tal como la falta de indicación del domicilio de los testigos. (1) Debe entenderse la palabra *nula* en el sentido que le da alguna vez el Código Civil (artículo 1601); la hipoteca es inexistente, así como la donación viciada en la forma no tiene existencia legal.

Si se admite el principio hay que admitir todas las consecuencias que derivan de él; ya las hemos deducido amenudo. Una de las más importantes está consagrada por el art. 1339; la donación nula en la forma no puede ser confirmada. Lo mismo sucede con la hipoteca por identidad de razones: no se confirma la nada. Por lo que toca á la hipoteca la confirmación no tendría razón de ser. La confirmación retrotrae en principio, pero sin perjuicio del derecho de los terceros; y la hipoteca no tiene efecto más que para con los terceros; inútilmente, pues, se confirmaría; no tendría efecto más que á partir del acta confirmativa, suponiendo que ésta reuna las condiciones prescriptas por la ley. Es, sin duda, por esta razón por lo que las partes interesadas nunca ensayaron confirmar una hipoteca nula en la forma; cuando menos no hemos encontrado un ejemplo en la jurisprudencia.

### § III.—Consecuencia de la solemnidad de las hipotecas.

438. Del principio de que la hipoteca es un contrato solemne derivan consecuencias muy importantes en lo que se refiere á la validez ó existencia de la hipoteca. Es necesario ante todo determinar el verdadero sentido del principio. Cuando un contrato es solemne todos los elementos de este contrato deben constar en la forma auténtica. Esto resulta

1 Bruselas, 28 de Marzo de 1828 (Pasicrisia, 1828, p. 122).



del texto de la ley. El art. 76 (Código Civil, art. 2127) dice que la hipoteca convencional no puede ser *consentida* más que por acta auténtica; es decir, *contraída*; luego todo lo que constituye el contrato de hipoteca debe constar auténticamente. Decimos el *contrato de hipoteca*. No debe confundirse el contrato que establece la hipoteca con el contrato que establece la obligación principal (núm. 423); ambas convenciones pueden ser separadas; es decir, que las partes pueden levantar actas distintas, una para procurarse una prueba literal de la obligación que han contraído, la otra para la constitución de la hipoteca; la primera puede ser privada, la segunda tiene que ser auténtica. (1)

Hay, sin embargo, un elemento de la obligación principal que debe mencionarse en el contrato de hipoteca: es el monto pecuniario del crédito; esta mención es relativa á una condición esencial de la hipoteca: la especificación (artículo 80, Código Civil, art. 2132). Pero importa determinar el alcance de esta restricción. Se puede dar hipoteca para seguridad de una obligación indeterminada tal como la de daños y perjuicios no liquidados. La liquidación se hace y las partes la hacen constar en una acta privada. ¿Será válida la hipoteca? Sí, y sin duda alguna; se satisface el principio de la especificación por sólo que el acta indique la suma para cuya garantía fué constituida la hipoteca; esto es todo lo que interesa á los terceros, pues el acreedor no tendrá derecho de preferencia más allá de la suma fijada en el acta inscripta, aunque el avalúo de los daños y perjuicios llevase su crédito á una cifra más elevada; por consiguiente, el acta auténtica está completa en lo relativo á la especificación del crédito. (2)

439. La Corte de Casación hizo la aplicación de estos

1 Persil, t. I, p. 435, art. 2127, núm. 7 y todos los autores. Gante, 17 de Julio de 1872 [Pasicrisia, 1872, 2, 420].
2 Martou, Comentario, t. III, p. 88, núm. 983.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

principios en el caso siguiente. Por acta auténtica un banquero se obligó, á título de apertura de crédito, á tener á la disposición de los acreditados una suma de 100,000 francos, con estipulación de que la realización del crédito tendría lugar por entregas sucesivas de diversas sumas, hasta concurrencia de los 100,000 francos, y con este objeto se abriría un crédito especial. En la misma acta los acreditados consintieron una hipoteca hasta concurrencia de 100,000 francos. La Corte de Apelación decidió que el contrato de hipoteca debía combinarse con un escrito privado anterior que contenía el conjunto de las convenciones fijadas entre las partes y que determinaba las condiciones y las causas del crédito; el acta de la hipoteca sólo era la realización de estas convenciones. Procediendo así la Corte llegó á extender la hipoteca á la cuenta corriente que comprendía, además del crédito de 100,000 francos, una suma de 250,000, por la que los acreditados daban en garantía el fierro y fundición procedentes de la fábrica que explotaban; esta explotación formaba la causa del credito total de 350,000 francos. Esto era determinar la extensión y los efectos de la hipoteca en lo que se refiere al crédito según las cláusulas de una acta privada anterior y, por tanto, violar el artículo 2127, que quiere que la convención y todos sus elementos, especialmente la suma, consten auténticamente. En consecuencia, la sentencia fué casada. (1)

440. Acerca de este punto todo el mundo está de acuerdo. Pero hay un profundo disentimiento en otro elemento del contrato de hipoteca: el consentimiento del acreedor: ¿debe darse en forma auténtica como el consentimiento del deudor? El art. 76 se explica especialmente acerca del consentimiento de aquel que constituye la hipoteca; el § I dice que la hipoteca convencional no puede ser consentida más

1 Casación, 1.° de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 275). Compárese Martou, t. III, p. 86, núm. 932 *bis*; Pont, t. II, p. 91, núm. 656.



que por acta auténtica; y es del deudor del que se dice que *consiente* la hipoteca; cuando no está presente tiene que hacerse representar por un mandatario especial; lo que sólo puede hacerse, según el § 2, con un poder auténtico. Como se han prevalecido del texto de la ley para inducir que el consentimiento del acreedor no tiene que ser dado en la forma auténtica es necesario ante todo determinar la significación exacta del art. 76 (Código Civil, art. 2127). Y es la continuación y aplicación de la definición que la ley da de la hipoteca convencional. Según el art. 44 (Código Civil, artículo 2117) esta hipoteca depende de las *convenciones* y de las formas exteriores de los contratos y actas; esto es decir que la hipoteca convencional sólo existe cuando la convención que la establece fué recibida en las formas prescriptas por la ley; el art. 76 (Código Civil, art. 2127) determina estas formas. La combinación de estas dos disposiciones prueba que la palabra *consentir* de que se sirve la ley en el artículo 76 es sinónima de *contratar*; la ley no entiende decidir la cuestión de saber cómo el deudor debe manifestar su consentimiento, decide una cuestión más general, la de las formas que deben ser observadas para que exista la hipoteca; son las formas de las actas auténticas notariadas.

En cuanto al segundo inciso es especial al deudor que quiere constituir una hipoteca por poder: decide que el poder debe ser auténtico. ¿Por qué se ocupa la ley particularmente del deudor? ¿Es porque él solo debe consentir en forma auténtica? Nó, pues el § I decide implícitamente lo contrario, como acabamos de decirlo, y volveremos al punto para completar la demostración. Si el § 2 sólo habla del poder para constituir una hipoteca es porque esta cuestión estaba muy controvertida bajo el imperio del Código Civil; el legislador no establece, pues, un principio general, zanja una controversia y lo hace por motivos generales aplicables á todas las partes que intervienen en el contrato de hipote-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ca; la solemnidad del acta implica la solemnidad del consentimiento; luego el consentimiento debe expresarse en la forma auténtica. Y se admite generalmente (núm. 424) que el acreedor debe consentir también como el deudor. Esto decide la cuestión. El consentimiento es un elemento especial del contrato de hipoteca; si la autenticidad es de la substancia del contrato es por esto mismo de la substancia del consentimiento (núm. 430).

441. El principio, tal cual acabamos de formularlo, está controvertido; nos es, pues, preciso detenernos en él. Ha sido consagrado por una excelente sentencia de la Corte de Casación de Bélgica. La Corte comienza por establecer que el contrato de hipoteca se forma sólo por el concurso de voluntades del deudor que constituye la hipoteca y del acreedor que la estipula. Este principio basta para decidir la cuestión; siendo solemne el contrato el consentimiento debe expresarse en la forma auténtica, si no se le considera no existente. Esto es verdad para el consentimiento del que estipula como del consentimiento del que promete. La Corte de Casación dice después que bajo el imperio del Código Civil existía una divergencia de opiniones acerca del punto de saber si el acreedor que no ha intervenido en el acta constitutiva de la hipoteca debe manifestar su consentimiento, es decir, aceptar en la forma auténtica, ó si puede hacerlo según el derecho común, ya por acta privada, ya tácitamente. Esta última opinión es la que prevalece en la doctrina y en la jurisprudencia. La comisión especial se pronunció por la opinión contraria; no inscribimos el pasaje del informe que la Corte de Casación reproduce igualmente en su sentencia. Hé aquí cómo la comisión presenta la cuestión: esto es importante, pues la solución no es absoluta, sólo se aplica al caso que el informe prevee. «Cuáles son los efectos de las actas notariadas en las que el *deudor* comparece *solo* para *declarar que recibió tal suma á título de préstamo de Fulano y que constituye tal bien en hipoteca?*» La comisión contesta: «En lo que se refiere al préstamo al acta tiene toda la fuerza de una confesión extrajudicial. Aunque hecha fuera de la presencia del acreedor podrá, según las circunstancias, ser considerada como una prueba completa, sin que esta prueba esté subordinada á la aceptación del acreedor. Pero en lo que se refiere á la hipoteca la confesión, aun auténtica, en una hipoteca es inoperante, puesto que la hipoteca debe ser constituida por acta auténtica, y como acta constitutiva de hipoteca el acta es *nula* y no podría recibir su *existencia* sino por la aceptación auténticamente comprobada del acreedor.» El informe agrega: «La comisión piensa que consignando aquí las observaciones que preceden y que resultan de *principios de derecho incontestable* puede abstenerse de modificar á este respecto el art. 2127» (convertido en el art. 76 de la Ley Hipotecaria). (1)



La Corte de Casación admite esta doctrina como interpretación oficial de la ley: «Este informe fué anexado por el Gobierno á la Exposición de los Motivos del proyecto de Ley Hipotecaria, y el pasaje mencionado no ha dado lugar á la menor discusión en la Cámara de los Representantes ni en el Senado; debe, pues, ser considerado como el verdadero espíritu del art. 76, el que reemplazó al 2127 del Código Civil.» (2)

No nos atrevemos á aceptar esta decisión como un principio, y la Corte de Casación misma sentenció lo contrario en una cuestión hipotecaria en la que había más que un informe de la comisión, había una declaración del Ministro de Justicia, había una decisión de la Cámara; no obstante, la Corte no tuvo ninguna cuenta de los trabajos preparatorios,

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 39).
2 Casación, 29 de Mayo de 1863 (Pasicrisia, 1863, 1, 212).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

y á tal punto, que ni los mencionó para combatirles (véase el núm. 240). En este último caso nos ha parecido que la Corte hubiera debido atenerse á la decisión de la cámara y á los motivos expuestos en la discusión. En el caso actual aceptamos la sentencia, pero hubiéramos preferido que la Corte lo motivase en los *principios incontestables* que la comisión invoca sin desarrollarlos. Estos principios son en el fondo los nuestros, pues la comisión dice que la hipoteca convencional exige un concurso de voluntades y quiere que la aceptación del acreedor esté dada en la forma auténtica porque la hipoteca tiene que ser *constituida* en esta forma, y agrega que la hipoteca solo *existirá* por la aceptación auténtica que el acreedor hará de la constitución, lo que implica que las formas están resguardadas para la *existencia* legal del acta y, por consiguiente, que el contrato de hipoteca es un acto solemne.

¿Pero si tales son los *principios* que la comisión entendía consagrar por qué no los formuló en la ley como lo hizo para la autenticidad del poder? Lo juzgó inútil porque los principios le parecían *incontestables*; en realidad son tan poco incontestables que todo en esta materia está sujeto á la controversia, y apesar del informe de la comisión la controversia subsiste. El silencio de las dos cámaras que la Corte de Casación invoca no es concluyente; las cámaras no deliberan sobre las *opiniones* emitidas en los informes, deliberan sobre las *proposiciones* que les están sometidas, y en la especie no conocían ninguna proposición: las decisiones de la comisión no tienen, pues, más que una autoridad doctrinal; se la ha repudiado en la cuestión que discutimos y nosotros mismos no aceptamos la opinión que la comisión enuncia acerca de los demás puntos que siempre están controvertidos en la misma materia. Hubiera sido tan fácil evitar estas incertidumbres que tocan á actos diarios de la vida civil.



Hemos debido hacer estas reservas porque si no habría podido oponer el informe de la comisión como una autoridad legal cuando no hay más que una autoridad de razón. Si aprobamos la decisión de la Corte de Casación es porque está realmente, en nuestro concepto, fundada en principios que creemos incontestables, pero que desgraciadamente están contestados por la doctrina y por la jurisprudencia.

442. La Corte de Casación de Francia pronunció una sentencia en sentido contrario en una especie idéntica á la juzgada por la Corte de Casación de Bélgica. Se trataba del reconocimiento puro y simple de una deuda con gravamen hipotecario. La Corte sienta en principio que este reconocimiento puede constituir un compromiso unilateral y ser hecho ordinariamente por el deudor solo. Ya hemos criticado este pretendido principio. ¿Qué importa que el gravamen hipotecario sea un compromiso unilateral? ¿Acaso los contratos unilaterales no exigen el concurso de voluntades de las dos partes interesadas? La Corte agrega que ninguna disposición de ley obliga al acreedor en favor del que se ha dado el reconocimiento con hipoteca y que quiere aprovecharlo á aceptar el efecto por una acta notariada. Aquí está la verdadera dificultad; la Corte reconocía implícitamente que el acreedor debe aceptar si quiere aprovechar la hipoteca; más valía decir, como lo hizo nuestra Corte de Casación, que el contrato de hipoteca sólo se forma por el concurso de consentimientos del deudor y del acreedor. ¿Debe hacerse por acta auténtica la aceptación del acreedor? Tal es la cuestión. No hay ley, dice la Corte, que lo exija. «El art. 2127 (Ley Hipotecaria, art. 76) invocado por el recurso enmudece á este respecto.» Contestamos nosotros que este artículo no debe aislarse del artículo 2117 (Ley Hipotecaria, art. 44). La definición de la hipoteca convencional prueba que el contrato que la constituye es un contrato solemne; el art. 2127 (Ley Hipoteca-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ria, art. 76) dice en qué consiste la solemnidad; la hipoteca no puede ser consentida más que por acta auténtica; es decir, que para que haya una hipoteca se necesita la forma auténtica, puesto que en los términos del art. 2117 la hipoteca convencional *depende* de la *forma* de las actas. Y si la hipoteca es un contrato solemne el consentimiento del acreedor debe ser también auténtico, así como el del deudor. Esto es precisamente lo que dice el art. 932 para otro contrato solemne: la dación. La Corte de Casación lo apartó diciendo que esta disposición sólo se aplica á la dación entre vivos. (1) El texto sí, pero el principio que el texto consagra se aplica á todos los contratos solemnes; este principio es elemental: es que en estos contratos el consentimiento no existe más que cuando está expresado en la forma auténtica.

La jurisprudencia de las cortes de apelación está conforme á la sentencia que acabamos de relatar; la decisión de la Corte de Tolosa que citamos quedó aislada (núm. 426). Generalmente se admite que la aceptación del acreedor puede ser tácita, y se induce este consentimiento tácito de la inscripción que el acreedor requiere en la oficina de conservación. Hé aquí la extraña consecuencia que la Corte de París dedujo de esos principios. En la especie la inscripción la había hecho un tercero. Poco importa, dice la Corte; el tercero debe estar considerado como habiendo obrado, en nombre de los beneficiarios de la hipoteca, en calidad de *negotiorum gestor*. ¡De este modo bastaba que la hipoteca estuviera inscripta sin el consentimiento del acreedor para que se le considerara haber consentido! ¿Qué diría el Presidente Favre de semejante doctrina? Seguramente creería en la monstruosidad. La Corte agrega que el acta del tercero, lejos de haber sido desaprobada, ha sido ratificada por

1 Denegada, 5 de Agosto de 1839 (Dalloz, en la palabra Privilegios é Hipotecas, núm. 1260).



la producción del acreedor en la orden. (1) Esto levanta una nueva dificultad: ¿la ratificación retrotrae en la especie? La Corte no responde á la cuestión; volveremos á esto.

443. Las cortes de Bélgica se pronunciaron en el mismo sentido. Hay varias sentencias de la Corte de Lieja, sobre nuestra cuestión, anteriores á la sentencia de nuestra Corte de Casación. La primera descuidaba las nociones más elementales de derecho. Se trataba del reconocimiento de un préstamo anterior con gravamen hipotecario. «El acta, dice la sentencia, no comprueba, pues, entre dos personas presentes, la proposición y la aceptación de un préstamo actual, pudiendo presentar la *apariencia de un contrato sinalagmático* y necesitar para su *formación*, según las circunstancias y naturaleza de las estipulaciones, el concurso simultáneo de la voluntad de las dos partes.» ¿Qué quiere decir esto? Se debe preguntarlo, porque la redacción es tan mala que el pensamiento de la Corte es ininteligible. ¿Acaso un *préstamo* es un contrato *sinalagmático?* ¿y los *contratos sinalagmáticos* exigen el *concurso simultáneo* del consentimiento de las partes? Tantas proposiciones como herejías. En la especie el contrato era unilateral: ¿qué concluyó la Corte? Que bastaba *para establecer* la *prueba* de un título emanado del deudor, sea en la forma del art. 1326 si el escrito es privado, ó ya sea en la forma auténtica. ¿Se trataba de una cuestión de *prueba* en la especie? ¿Qué por casualidad la hipoteca se prueba por acta privada? ¿No es la forma auténtica la substancia del acta? La Corte contesta que la hipoteca es un accesorio de la obligación principal y que debe seguir su suerte «por cuanto que las formalidades y las condiciones requeridas para su validez hayan sido observadas.» ¿Qué tiene que ver aquí el *carácter accesorio* de la hipoteca?

1 París, 22 de Abril de 1835 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1260, 1.°). La Corte de Gante dice la misma cosa en la sentencia de 11 de Julio de 1862 (Pasicrisia, 1863, 1, 212) que fué casada (núm. 441).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

La hipoteca es un contrato solemne, mientras que el préstamo es un contrato no solemne; cuando se trata de la validez de la hipoteca ó de su existencia es preciso que se observan las formas sin que se deba tener en cuenta el contrato principal. ¿Cuáles son estas condiciones y estas formas? La Corte de Lieja cita los arts. 2127 y 2129 (Ley Hipotecaria, arts. 78 y 80) relativos á la especialidad de la hipoteca. Preguntamos de nuevo: ¿Qué tiene de común la especialidad con la forma del acta? «Si, continúa la Corte, la aceptación del acreedor es aún necesaria el legislador no ha determinado ni la época ni la forma de esta aceptación.» La sentencia está tan mal redactada que se pregunta uno si en el pensamiento de la Corte la aceptación del acreedor es necesaria ó si no lo es. No se sabe. En todo caso la Corte se conforma con una aceptación que sea cierta y debidamente establecida y aparta el art. 932 como siendo especial á las daciones. Siempre la misma confusión: no se trata de *probar* la aceptación, se trata de saber si la convención y, por consiguiente, la aceptación son solemnes. En fin, la Corte dice que los efectos de la aceptación remontan al día del título. (1) Esta es una nueva confusión. La confirmación retrotrae, salvo los derechos de los terceros; ¿pero dónde dice que el *consentimiento* retrotrae y quién nunca pensó en pretenderlo?

En la segunda sentencia pronunciada por la Corte de Lieja se trataba de saber si el poder que el acreedor da para la aceptación debe ser auténtico. La Corte se pronunció por la negativa en razón de que el art. 76 no exige la autenticidad del poder más que para la constitución de la hipoteca; es decir, por parte del que la crea ó la concede y no por parte del que la acepta ó la recibe. (2) Igual decisión fundada en el mismo argumento es la de una sentencia de la

1 Lieja, 19 de Enero de 1856 (Pasicrisia, 1857, 2, 350).
2 Lieja, 2 de Agosto de 1862 (Pasicrisia, 1862, 2, 402).



Corte de Gante. (1) ¿Han reflexionado las dos cortes en las consecuencias extrañas que resultan de esta interpretación del art 76? Si este artículo exige un poder auténtico por parte del deudor que consiente la hipoteca por derogación de la ley que admite el mandato dado privadamente y aun por carta es porque la hipoteca es una acta solemne y que en un contrato solemne todos los elementos de la convención deben estar auténticamente comprobados; hay, pues, un motivo idéntico para exigir la autenticidad para el consentimiento del deudor. Si el art 76 no habla más que del deudor es que tiene por objeto zanjar una controversia. Pero es tan cierto que los autores de la ley no entendieron decidir que el consentimiento del acreedor podía darse por escrito privado que establecieron el principio del todo contrario, principio en el que nuestra Corte de Casación se fundó para juzgar que la aceptación del acreedor debía ser dada en la forma auténtica (núm. 441). Argumentando en el silencio de la ley las cortes de Lieja y de Gante hacían decir al legislador lo contrario de lo que quiso decir; lo que siempre llega á suceder en esta clase de argumentación que se llama *a contrario*. Si la argumentación es mala la consecuencia lo es más. La Corte de Lieja reconocía en su primera sentencia que la constitución de la hipoteca tiene un carácter *solemne*. ¡De este modo el contrato sería solemne con relación á una de las partes y no solemne con relación á la otra! Hé aquí una distinción que merece ser colocada en el catálogo de los errores de los prácticos que el Presidente Favre redactó. Agregaremos que la distinción es contraria al texto de la ley; el art. 76 (Código Civil, artículo 2127) no debe aislarse del art. 44 (Código Civil, artículo 2117), del que es la consecuencia; y el art. 44 dice que la *hipoteca convencional depende* de la *forma exterior* de las actas y de los contratos, no dice que el consentimiento del

1 Gante, 11 de Abril de 1875 [Pasicrisia, 1876, 2, 44].

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

deudor es una acta solemne mientras que el consentimiento del acreedor sería una acta no solemne. (1)

444. Debemos detenernos en la jurisprudencia porque se trata de una cuestión práctica y que los notarios, lo mismo que todos los prácticos, están dispuestos á atenerse á las decisiones judiciales; lo que es muy natural cuando estas decisiones no hacen más que apoyar la práctica ilegal introducida por el uso y perpetuada por una larga tradición. Les aconsejamos atenerse al principio consagrado por nuestra Corte de Casación; es el más jurídico y en todo caso es el más seguro. La doctrina es tan incierta como la jurisprudencia. Sólo conocemos un autor, Zachariæ, (2) que enseña la doctrina que acabamos de sostener contra la jurisprudencia de las cortes de Francia y Bélgica, apoyándose en la sentencia de nuestra Corte de Casación; los Sres. Aubry y Rau abandonaron, acerca de este punto, la oposición del jurisconsulto alemán; distinguen, con la jurisprudencia, la constitución hipotecaria y la aceptación del acereedor; ésta se puede hacer privada y aun tácitamente. Los editores de Zachariæ no motivan su decisión, lo que es el lado débil de su excelente obra: se limitan á apartar el art. 932, que consideran como una disposición excepcional, y concluyen que no se la podría extender á todas las convenciones para cuya validez la ley exige acta notariada. (3) Esto no es exacto. El art. 932 no es excepcional más que en el sentido de que no recibe aplicación más que en los contratos solemnes; la cuestión es, pues, saber si la hipoteca es un contrato solemne; si se la decide afirmativamente se debe decir que la autenticidad está requerida no para la *validez* de la hipoteca sino para su *existencia*; en todo caso la forma auténtica está prescripta para todos los elementos de la hipoteca,

1 Hay dos sentencias en el mismo sentido [Cloes, t. III, p. 47].
2 Zachariæ traduciónde Massé y Vergé, t. V, p. 179, nota 4, pfo. 800.
3 Aubry y Rau, t. III, ps. 274 y siguientes, y nota 51, pfo. 266.



como lo prueba la definición que el art. 2117 (Ley Hipotecaria, art. 44) da de la hipoteca convencional, definición que los autores, así como la jurisprudencia, descuidan completamente, y, sin embargo, decide la cuestión. El último autor que ha escrito sobre la materia en Francia, Pont, se limita á hacer constar el estado de la jurisprudencia. (1)

445. Los intérpretes de la ley belga se pronunciaron todos en el mismo sentido. Martou se conforma con decir que la sucesión de la hipoteca es por parte del deudor una obligación unilateral cuya validez no está subordinada ni á la presencia del acreedor en el acta ni á una aceptación ulterior de su parte; después decide que el acreedor manifiesta suficientemente su aceptación por la inscripción de la hipoteca. (2) ¿Cómo ese espíritu tan juicioso no observó que su doctrina está en oposición con los principios más elementales de derecho? ¡Qué! se trata de un contrato y de una acta solemne y este contrato se perfecciona sin que el acreedor esté presente en el acta y sin que acepte ulteriormente? Habría, pues, un contrato sin consentimiento, porque el consentimiento no es más que el concurso de voluntades. Si esto es así ¿á qué viene hablar de una aceptación tácita?

M. Cloes critica la sentencia de nuestra Corte de Casación; le parece imposible que esta decisión esté destinada á fijar la jurisprudencia. También hemos hecho algunas reservas sobre los motivos de la sentencia; M. Cloes tiene razón en decir que las opiniones enunciadas en el informe de una comisión no deben ser identificadas con la ley. Esto prueba que la comisión estuvo errada al no formular en artículo de ley la doctrina que creía fundada en principios incontestables. Pero esto no prueba que estos principios sean falsos. Creemos haber demostrado la exactitud.

1 Pont, De los privilegios é hipotecas, t. II, p. 93, núm. 659.
2 Martou, t. III, p. 87, núm. 982 *ter*.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Lo que el honorable consejero de la Corte de Lieja objeta en su comentario nos parece de una debilidad extremada. Después de haber transcripto el pasaje de informe que citamos (núm. 441) el comentador agrega que en su concepto la solución de la dificultad depende del punto de saber si la constitución de la hipoteca es un contrato sinalagmático ó un contrato unilateral, y como es cierto que el contrato de hipoteca es unilateral se debería concluir que la aceptación del acreedor no es necesaria; por tanto, no se podría tratar de una aceptación auténtica. Sin embargo, el autor no admite las consecuencias de su principio; debería desechar toda aceptación y se conforma con una aceptación tácita. Se sorprende uno de ver este error, ya señalado por el Presidente Favre, reproducirse sin cesar aun después de la sentencia de nuestra Corte de Casación que establece tan claramente el verdadero principio. Y acerca de este punto la autoridad de la comisión especial es igualmente decisiva porque es la autoridad del buen sentir; ¿puede haber hipoteca convencional sin convención y la convención no tiene en su esencia el concurso de voluntades? El magistrado de Lieja acabó por caer en la misma contradicción que reprochamos á Martou. Después de haber dicho que una aceptación del acreedor no es necesaria se adhiere á la opinión de los autores franceses que se conforman con un consentimiento tácito. (1) ¿Qué cosa es, pues, el consentimiento tácito sino una aceptación?

M. Arntz parece acercarse á nuestra opinión; dice muy bien que la hipoteca convencional es la constituida por el libre consentimiento de las partes. Está regida por los principios generales de las convenciones; debe, pues, ser aceptada por el acreedor, sea en persona ó por su mandatario ó gerente. ¿Cómo se debe hacer la aceptación? M. Arntz contesta como nosotros que la hipoteca debe ser aceptada por

1 Cloes, t. III, p. 47, núm. 72, p. 43, núm. 70 y p. 45, núm. 71.



acta auténtica y que no puede producir efecto sino después de la comprobación de la aceptación en esta forma. Pero agrega que la aceptación del acreodor se puede hacer tácitamente por la inscripción. (1) Acerca de este último punto estamos en disidencia. En nuestra opinión la aceptación en la forma auténtica no es una cuestión de *prueba*. El contrato de hipoteca es un contrato solemne; *depende*, como lo dice el art. 44 (Código Civil, art. 2117), de la forma exterior de las actas. Luego la forma es una acta notariada; por tanto, es necesario un poder auténtico ó una aceptación ante notario. La inscripción, en todo caso, no puede valer como aceptación, pues la inscripción supone que la hipoteca existe; por consiguiente, que está aceptada.

### § IV.—Aplicacion del principio.

446. La Ley Hipotecaria exige el consentimiento auténtico del deudor que constituye la hipoteca y, como consecuencia, la autenticidad del poder que el deudor da con objeto de constituir la hipoteca. Fué sentenciado por aplicación de esta disposición que la hipoteca no puede ser consentida en virtud de una deliberación de una sociedad que autorice al gerente á contratar un préstamo hipotecario, á no ser que la deliberación conste en una acta notariada. En el caso no había ninguna duda, pues el acta social decía que la asamblea general de los accionistas sólo tenía el derecho de decretar los préstamos, y la prohibición de pedir prestado implicaba la prohibicón de consentir una hipoteca para la seguridad del préstamo; la deliberación que autorizaba el préstamo era, pues, un poder en el sentido del art. 76 y, por tanto, sometida á la forma de la autenticidad. (2) Pue-

1 Arntz, Curso de derecho civil francés, t. II, p. 728, núm. 1789 y p. 734, núm. 1807.

2 Sentencia del Tribunal de Lieja de 9 de Agosto de 1865 confirmada en apelación (Cloes, t. III, p. 48, núm. 76).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Lo que el honorable consejero de la Corte de Lieja objeta en su comentario nos parece de una debilidad extremada. Después de haber transcripto el pasaje de informe que citamos (núm. 441) el comentador agrega que en su concepto la solución de la dificultad depende del punto de saber si la constitución de la hipoteca es un contrato sinalagmático ó un contrato unilateral, y como es cierto que el contrato de hipoteca es unilateral se debería concluir que la aceptación del acreedor no es necesaria; por tanto, no se podría tratar de una aceptación auténtica. Sin embargo, el autor no admite las consecuencias de su principio; debería desechar toda aceptación y se conforma con una aceptación tácita. Se sorprende uno de ver este error, ya señalado por el Presidente Favre, reproducirse sin cesar aun después de la sentencia de nuestra Corte de Casación que establece tan claramente el verdadero principio. Y acerca de este punto la autoridad de la comisión especial es igualmente decisiva porque es la autoridad del buen sentir; ¿puede haber hipoteca convencional sin convención y la convención no tiene en su esencia el concurso de voluntades? El magistrado de Lieja acabó por caer en la misma contradicción que reprochamos á Martou. Después de haber dicho que una aceptación del acreedor no es necesaria se adhiere á la opinión de los autores franceses que se conforman con un consentimiento tácito. (1) ¿Qué cosa es, pues, el consentimiento tácito sino una aceptación?

M. Arntz parece acercarse á nuestra opinión; dice muy bien que la hipoteca convencional es la constituida por el libre consentimiento de las partes. Está regida por los principios generales de las convenciones; debe, pues, ser aceptada por el acreedor, sea en persona ó por su mandatario ó gerente. ¿Cómo se debe hacer la aceptación? M. Arntz contesta como nosotros que la hipoteca debe ser aceptada por

1 Cloes, t. III, p. 47, núm. 72, p. 43, núm. 70 y p. 45, núm. 71.



acta auténtica y que no puede producir efecto sino después de la comprobación de la aceptación en esta forma. Pero agrega que la aceptación del acreodor se puede hacer tácitamente por la inscripción. (1) Acerca de este último punto estamos en disidencia. En nuestra opinión la aceptación en la forma auténtica no es una cuestión de *prueba*. El contrato de hipoteca es un contrato solemne; *depende*, como lo dice el art. 44 (Código Civil, art. 2117), de la forma exterior de las actas. Luego la forma es una acta notariada; por tanto, es necesario un poder auténtico ó una aceptación ante notario. La inscripción, en todo caso, no puede valer como aceptación, pues la inscripción supone que la hipoteca existe; por consiguiente, que está aceptada.

### § IV.—Aplicacion del principio.

446. La Ley Hipotecaria exige el consentimiento auténtico del deudor que constituye la hipoteca y, como consecuencia, la autenticidad del poder que el deudor da con objeto de constituir la hipoteca. Fué sentenciado por aplicación de esta disposición que la hipoteca no puede ser consentida en virtud de una deliberación de una sociedad que autorice al gerente á contratar un préstamo hipotecario, á no ser que la deliberación conste en una acta notariada. En el caso no había ninguna duda, pues el acta social decía que la asamblea general de los accionistas sólo tenía el derecho de decretar los préstamos, y la prohibición de pedir prestado implicaba la prohibicón de consentir una hipoteca para la seguridad del préstamo; la deliberación que autorizaba el préstamo era, pues, un poder en el sentido del art. 76 y, por tanto, sometida á la forma de la autenticidad. (2) Pue-

1 Arntz, Curso de derecho civil francés, t. II, p. 728, núm. 1789 y p. 734, núm. 1807.

2 Sentencia del Tribunal de Lieja de 9 de Agosto de 1865 confirmada en apelación (Cloes, t. III, p. 48, núm. 76).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

den de esto resultar dificultades para las sociedades, pero el principio no es dudoso.

447. Si la hipoteca está consentida en virtud de un poder privado el acta es nula y, por consiguiente, no hay hipoteca. Se pregunta si el mandante podría confirmar la hipoteca por acta auténtica? En nuestra opinión la negativa es segura. Siendo solemne el contrato de hipoteca la autenticidad es de la esencia del acta; si ésta es nula en la forma es inexistente, es la nada, y la nada no se confirma. La doctrina y la jurisprudencia son contrarias; (1) no admiten el principio de la solemnidad del contrato de hipoteca y, por otra parte, los principios que rigen las actas inexistentes no han entrado aún en la práctica judicial. Pero á la vez que admitiendo la confirmación se decide que no trae ningún perjuicio á las hipotecas adquiridas antes de la confirmación; en efecto, la confirmación no retrotrae en perjuicio de los terceros (art. 1388).

448. Sucede frecuentemente que el notario acepte por el acreedor ausente. Esto es una antigua práctica notarial ya comprobada por una acta de notoriedad del Châtelet de París fechada en 8 de Mayo de 1716. Se pregunta si la aceptación es válida. Hay una cuestión previa: ¿el acta auténtica no está viciada cuando el notario interviene en nombre del acreedor? La afirmativa nos parece segura. (2) En efecto, la ley de Ventoso pronuncia la nulidad de las actas en las que el notario es á la vez oficial público y parte (artículos 8 y 68), y el notario que acepta por el acreedor obra como mandatario ó como gerente de negocios; en uno y otro caso es parte, pues estipula. Se objeta que la intervención del notario debe ser considerada como un acto superabundante, puesto que se trata de un compromiso

1 Martou, t. III, p. 89, núm. 985. Denegada, Sala Civil, 7 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 49).
2 Aubry y Rau, t. III, p. 275, nota 52, pfo. 266.



unilateral que sólo puede ser regularmente hecho por el deudor solo (1) La objeción descansa en un principio que no admitimos y que realmente nadie admite, puesto que, en opinión de todos, debe cuando menos haber una aceptación tácita. Se hacen todavía otras distinciones para conciliar las diversas sentencias pronunciadas en esta cuestión; (2) creemos inútil entrar en estos debates; aunque el notario sólo interviniere para aceptar esta intervención viciaría el acta y anularía la hipoteca.

449. Si se admite que el acta pueda valer como auténtica aunque el notario acepte por el acreedor ausente se suscita una nueva dificultad: ¿son válidas la aceptación y, por tanto, la hipoteca? La cuestión se presenta en otras hipótesis; para evitar la nulidad del acta el notario hace que intervenga su pasante ó un tercero. Se trata, pues, de saber si la aceptación hecha en el acta en nombre del acreedor valida el acta. En nuestro concepto no, y la decisión ni siquiera es dudosa en la opinión que hemos enseñado acerca del carácter de la hipoteca convencional. Si el contrato es solemne el consentimiento de ambas partes debe de expresarse en forma auténtica; luego por el acreedor y el deudor en presencia del notario, á reserva de que las partes se hagan representar por mandatarios; pero en este caso el poder debe ser auténtico, sin distinguir si procede del acreedor ó del deudor.

Se enseña, sin embargo, lo contrario; la hipoteca, se dice, puede ser válidamente aceptada en nombre del acreedor por un tercero obrando sin mandato expreso. (3) Esto es una consecuencia de la distinción que hacen los autores entre la constitución de la hipoteca por el deudor y la acep-

1 Pont, t. II, p. 93, núm. 659. Chambéry, 20 de Enero de 1872 (Dalloz, 1873, 2, 146).
2 Cloes, t. III, p. 48, núms. 273 y 274. Compárese Denegada, Sala Civil, 8 de Agosto de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 305), Casación, 4 de Julio de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 401).
3 Aubry y Rau, t. III, p. 275, pfo. 266.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tación por el acreedor; la primera es una acta solemne, la segunda permanece en los términos del derecho común. En nuestro concepto esta distinción es falsa; divide lo que es esencialmente indivisible: la naturaleza del acta; y es contraria á la definición que la ley da de la hipoteca convencional; el art. 2117 (Ley Hipotecaria, art. 44) no dice que la hipoteca depende de la forma exterior del acta en lo que se refiere al deudor; dispone, en términos absolutos, que la existencia de la hipoteca está ligada á la observancia de las formas legales. Lo que es verdad para el deudor es, por esto mismo, verdad para el acreedor. Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Lieja; el único motivo que alega es la opinión emitida por la comisión especial que preparó el proyecto de ley acerca del régimen hipotecario; fundamento poco sólido, como lo diremos más adelante. (1)

450. La aceptación por un tercero en nombre del acreedor, pero sin mandato, debe ser ratificada por el acreedor para que haya consentimiento. Esta ratificación da lugar á nuevas dificultades. Se pregunta desde luego si tiene que hacerse en forma auténtica. Cuando se trata del deudor en nombre del que un tercero ha concedido hipoteca es seguro que tiene que ratificar por acta notariada, pues su consentimiento es una acta solemne, y sólo es ratificando como consiente. ¿Pasa lo mismo con la ratificación del acreedor? En nuestra opinión sí, puesto que el acta es solemne para con él tanto como para con el deudor. En la opinión contraria nó, puesto que el consentimiento del acreedor permanece sometido al derecho común.

Hay una segunda dificultad: ¿cuál será el efecto de la ratificación? Suponemos desde luego que se trata de una hipoteca constituida en nombre del deudor por un tercero sin mandato. El deudor ratifica por acta auténtica. ¿Retrotraerá esta ratificación? En nuestra opinión nó, pues la hipoteca sólo existe por el concurso de voluntades auténticamente comprobadas, y el consentimiento en las actas solemnes se considera no existir mientras no ha sido dado en la forma legal; luego sólo es cuando la ratificación cuando existe el consentimiento del deudor; por tanto, sólo hay hipoteca desde la ratificación. En vano se opondrá el principio de que la ratificación equivale al mandato y que, por consiguiente, retrotrae. Esto es muy dudoso, en nuestro concepto, aun en los contratos no solemnes (t. XXVIII, números 74 y 75); en todo caso esto no es verdad en los contratos que sólo existen cuando el consentimiento ha sido expresado en forma auténtica. (1) Esta doctrina está admitida, aún en la opinión contraria, por los Sres. Aubry y Rau. Consecuentes con su doctrina consideran la constitución de hipoteca por el deudor como un contrato solemne; resulta de esto lógicamente que el consentimiento del deudor y, por tanto, la eficacia del contrato están subordinados á la autenticidad del acta por la que el deudor consiente; luego, en el caso, el consentimiento del deudor sólo existe en virtud del acta auténtica de ratificación; lo que excluye la retroacción, no pudiendo retrotraer la solemnidad La opinión de los editores de Zachariæ está aislada; se admite generalmente que la ratificación retrotrae, lo que procede de la idea inexacta que se tiene del contrato de hipoteca. (2)

1 Lieja, 25 de Enero de 1877 (Pasicrisia, 1877, 3, 264).



1 Compárese lo dicho acerca de las donaciones, t. XII, núm. 241.

2 Aubry y Rau, t. III, p. 262, nota 6, pfo. 266. En sentido contrario, Pont, t. V, p. 60, núm. 626 y la jurisprudencia citada en nota. Debe agregarse una sentencia de Casación de 13 de Diciembre de 1875 (Dalloz, 1876, 1, 97). La Corte sienta en principio que la hipoteca está válidamente constituida y que, por aplicación del principio de retroacción de la ratificación del acta ratificada, la inscripción tomada en virtud del acta de hipoteca produce su efecto desde el día de su fecha para con los acreedores que no han tomado inscripción válida antes de la ratificación. Creemos que la Corte de Besançón habría resuelto mejor decidiendo que la hipoteca consentida sin mandato no existe más que en el momento de la ratificación y que es, pues, ésta la que da á la hipoteca su existencia legal. La Corte concluye de esto que debe hacerse por acta auténtica

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

En cuanto á la ratificación del acreedor se entiende que, en nuestra opinión, está absolutamente regida por el mismo principio que la del deudor. El contrato de hipoteca no es solemne á medias; es solemne ó no lo es. Si lo es será para ambas partes contratantes; luego para el deudor como para el acreedor la aceptación ratificada sólo existe á partir de la ratificación; de donde se sigue que hasta aquel momento no hay consentimiento ni contrato. Y la retroacción de la ratificación no es más posible para el acreedor que lo es para el deudor; la retroacción de una solemnidad no tiene sentido.

451. Acerca de este último punto la comisión especial ha enunciado una opinión contraria; admite la validez de la hipoteca por un tercero sin mandato, siempre que haya ratificación, y lo decide así por aplicación de los principios generales que permiten responder por un tercero y estipular en nombre de un tercero como gerente de negocios; pero la ratificación no tendrá efecto en perjuicio de los terceros. (1) Esto es en todo el derecho común tal como se enseña generalmente; mientras que, en nuestra opinión, la cuestión debe decidirse por los principios que rigen la solemnidad del contrato. La comisión nos parece inconsecuente; parece admitir la solemnidad del actor en la hipoteca en que el deudor reconoce una deuda preexistente afectándole una hipoteca (núm. 441). Y cuando se trata de la ratificación de una aceptación para el acreedor, dada sin mandato, la comisión considera el contrato de hipoteca como un contrato ordinario sometido en todo á la ley común. Este es el peligro de las opiniones emitidas en un informe sin que estén formuladas en un texto de la ley; no se discuten, permanecen en vaguedad y no se sabe, en definitiva, cuál es el principio que el legislador entendió consagrar.

y que debe estar inscripta para tomar lugar á partir de esta inscripción. Sólo que la Corte hubiera debido fundar su decisión en el carácter solemne de la hipoteca y contestar el principio tradicional de la retroacción de la ratificación.

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 39).



452. Hacemos nuestras reservas acerca de otra opinión emitida por la comisión especial. Supone que la hipoteca está estipulada accesoriamente á un contrato de préstamo y decide que, en este caso, la hipoteca existe desde el momento en que la acción tomó nacimiento, antes de la ratificación que el acreedor hiciera del contrato; mientras que si la hipoteca está estipulada posteriormente al préstamo la hipoteca sólo existirá á partir de la ratificación. La comisión aplica este principio á los contratos de préstamos pasados con constitución de hipoteca, en los que el notario hace intervenir un pasante declarando que los fondos prestados pertenecen á un tercero en nombre del que los da en préstamo y estipula hipoteca. Esta hipoteca, dice la comisión, puede ser inscripta inmediatamente y tendrá fecha desde el día de la inscripción.

No admitimos este pretendido principio y hemos repudiado de antemano la aplicación que la comisión hace de él (núm. 449). (1) ¿Cambia acaso el contrato de hipoteca de naturaleza, según que la hipoteca está estipulada en la misma acta que la obligación principal ó en una acta posterior? Buscamos en vano la razón de está distinción. La hipoteca es siempre un derecho accesorio en cualquier momento que está establecida; pero el carácter de la hipoteca nada tiene de común con la cuestión de saber si la hipoteca convencional es un contrato solemne. La definición que la ley da de la hipoteca convencional implica que no existe sino cuando ha sido constituida en las formas legales; es decir, que el acta es solemne de un modo absoluto. Si así es el contrato debe ser regido por los mismos principios, cualquiera que sea el

1 Compárese una sentencia del Tribunal de Bruselas de 16 de Febrero de 1875 (Pasicrisia, 1875, 3, 133).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

acta en la que conste, asímismo que es solemne para con ambas partes. La naturaleza de una acta es indivisible, siempre es la misma en todos los casos; cualquiera distinción conduciría á un contrasentido; á saber, que una sola y misma acta es ya solemne y ya no solemne.

### § V.—De la promesa de hipoteca.

453. ¿La promesa de hipoteca es válida y en qué difiere de la constitución de hipoteca? Según el art. 1589 la promesa vale venta cuando hay consentimiento recíproco de ambas partes en la cosa y en el precio. Puede también haber una promesa de hipoteca que equivalga á un contrato por el que el deudor consienta una hipoteca y el acreedor la acepte. Si el deudor dice en una acta auténtica que ofrece una hipoteca á su acreedor en tal inmueble para garantía de tal acto y que el acreedor acepte esta promesa habrá, en realidad, contrato de hipoteca, pues no hay referencia entre esta convención y la ordinaria con la que una hipoteca se establece más que las partes ó el redactor del acta hayan empleado la palabra prometer; poco importan los términos siempre que implican un consentimiento del deudor. Desde que hay contrato en las formas y condiciones determinadas por la ley hay translación de un derecho real, aunque las partes se hayan servido de la palabra *prometer*. Este caso es raro, no hay ejemplo de él en la jurisprudencia, y esto no es lo que los autores entienden por promesa de hipoteca. Suponen que el deudor promete, ya sea verbalmente, ya por carta ú otro escrito privado, á su acreedor darle una hipoteca. El acreedor acepta la promesa. Es seguro que esta promesa es válida como toda convención que no tiene nada contrario á las buenas costumbres y al orden público; pero la hipoteca no quedará constituida en este caso, sólo lo será por el contrato que el deudor ofreció consentir.



Hé aquí un caso que se presentó ante la Corte de París. El acreedor expresa por carta á su deudor el deseo de obtener una hipoteca; el deudor contesta que consiente en concederla; fué sentenciado que esta promesa es válida y que da acción al acreedor contra el deudor para obligarlo á ejecutarla. (1) Diremos más adelante cuál es el efecto de esta acción. Se ve que la diferencia es grande entre la promesa de hipoteca así formulada y el contrato de hipoteca. El contrato de hipoteca es un acto solemne, sólo existe si recibió la forma auténtica, y la hipoteca sólo será válida si está especificada en cuanto á los bienes y en cuanto al crédito. No sucede lo mismo con la promesa de hipoteca; es una convención no solemne que permanece en los términos del derecho común; no tiene que ser auténtica, ni siquiera es necesario que haya acta, pues el escrito solo sirve de prueba. La condición de especificación no tiene que ser observada, pues no se trata todavía de constituir la hipoteca, las partes convienen solamente en formar un contrato de hipoteca; es en esta acta en la que observarán la condición de la especificación prescripta por la ley.

454. ¿Cuáles son los efectos de la promesa de hipoteca? Es una obligación de ser regida por el derecho común. El deudor la cumple presentándose ante el notario y declarando que constituye una hipoteca en tal inmueble para la garantía de tal crédito. A este respecto hay una diferencia entre la promesa de hipoteca y la promesa unilateral de venta; ésta se convierte en venta por el consentimiento que da aquel en provecho del cual fué hecha la promesa de vender ó comprar. Este consentimiento no basta para que la promesa de hipoteca esté realizada; mejor dicho, el acree-

1 Pau, 16 de Julio de 1852 (Dalloz, 1854, 2, 205). Compárese Dnegeada, de Noviembre de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 301).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

acta en la que conste, asímismo que es solemne para con ambas partes. La naturaleza de una acta es indivisible, siempre es la misma en todos los casos; cualquiera distinción conduciría á un contrasentido; á saber, que una sola y misma acta es ya solemne y ya no solemne.

### § V.—De la promesa de hipoteca.

453. ¿La promesa de hipoteca es válida y en qué difiere de la constitución de hipoteca? Según el art. 1589 la promesa vale venta cuando hay consentimiento recíproco de ambas partes en la cosa y en el precio. Puede también haber una promesa de hipoteca que equivalga á un contrato por el que el deudor consienta una hipoteca y el acreedor la acepte. Si el deudor dice en una acta auténtica que ofrece una hipoteca á su acreedor en tal inmueble para garantía de tal acto y que el acreedor acepte esta promesa habrá, en realidad, contrato de hipoteca, pues no hay referencia entre esta convención y la ordinaria con la que una hipoteca se establece más que las partes ó el redactor del acta hayan empleado la palabra prometer; poco importan los términos siempre que implican un consentimiento del deudor. Desde que hay contrato en las formas y condiciones determinadas por la ley hay translación de un derecho real, aunque las partes se hayan servido de la palabra *prometer*. Este caso es raro, no hay ejemplo de él en la jurisprudencia, y esto no es lo que los autores entienden por promesa de hipoteca. Suponen que el deudor promete, ya sea verbalmente, ya por carta ú otro escrito privado, á su acreedor darle una hipoteca. El acreedor acepta la promesa. Es seguro que esta promesa es válida como toda convención que no tiene nada contrario á las buenas costumbres y al orden público; pero la hipoteca no quedará constituida en este caso, sólo lo será por el contrato que el deudor ofreció consentir.



Hé aquí un caso que se presentó ante la Corte de París. El acreedor expresa por carta á su deudor el deseo de obtener una hipoteca; el deudor contesta que consiente en concederla; fué sentenciado que esta promesa es válida y que da acción al acreedor contra el deudor para obligarlo á ejecutarla. (1) Diremos más adelante cuál es el efecto de esta acción. Se ve que la diferencia es grande entre la promesa de hipoteca así formulada y el contrato de hipoteca. El contrato de hipoteca es un acto solemne, sólo existe si recibió la forma auténtica, y la hipoteca sólo será válida si está especificada en cuanto á los bienes y en cuanto al crédito. No sucede lo mismo con la promesa de hipoteca; es una convención no solemne que permanece en los términos del derecho común; no tiene que ser auténtica, ni siquiera es necesario que haya acta, pues el escrito solo sirve de prueba. La condición de especificación no tiene que ser observada, pues no se trata todavía de constituir la hipoteca, las partes convienen solamente en formar un contrato de hipoteca; es en esta acta en la que observarán la condición de la especificación prescripta por la ley.

454. ¿Cuáles son los efectos de la promesa de hipoteca? Es una obligación de ser regida por el derecho común. El deudor la cumple presentándose ante el notario y declarando que constituye una hipoteca en tal inmueble para la garantía de tal crédito. A este respecto hay una diferencia entre la promesa de hipoteca y la promesa unilateral de venta; ésta se convierte en venta por el consentimiento que da aquel en provecho del cual fué hecha la promesa de vender ó comprar. Este consentimiento no basta para que la promesa de hipoteca esté realizada; mejor dicho, el acree-

1 Pau, 16 de Julio de 1852 (Dalloz, 1854, 2, 205). Compárese Dnegeada, de Noviembre de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 301).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dor aceptó la promesa, consintió en la constitución de hipoteca. Lo que falta para que la hipoteca exista es una acta auténtica en la que ambas partes expresen su consentimiento en la forma solemne y bajo la condición de especificación exigida por la ley.

Si el deudor se niega á pasar el acta el acreedor tendrá una acción contra él para que lo condenen á constituir la hipoteca. Pero es una condena por hacer; si el deudor no quiere ejecutar su promesa no queda al acreedor más que reclamar los daños y perjuicios. Tal es el derecho común. Si la promesa de hipoteca acompañaba á la obligación principal el acreedor podria pedir el reembolso del crédito, es decir, la resolución del contrato, siendo la constitución de la hipoteca la condición bajo la que consintió tratar. La ley da esta acción al acreedor cuando el deudor disminuye las seguridades que había dado para el pago de su deuda; con mayor razón debe tenerla si el deudor no ministra las seguridades que había prometido (art. 79; Código Civil, artículo 2131). (1)

455. La jurisprudencia francesa da un efecto más considerable á la promesa de hipoteca. Conforme al Código Napoleón toda sentencia da al acreedor una hipoteca en los bienes presentes y futuros del deudor (art. 2123). Por consecuencia, la sentencia que el acreedor obtuviera contra su deudor por la negativa de éste en consentir una hipoteca convencional implicaba la hipoteca judicial. (2) Ya no puede suceder lo mismo bajo el imperio de nuestra ley, que no admite la hipoteca judicial; ¿pero se puede decir que la sentencia que condenara al deudor á cumplir la promesa de hipoteca reemplazará al contrato? Se ha sostenido, invocando el principio, que contratamos en justicia y que la

1 Compárese Martou, t. III, p. 322, núm. 704.
2 Aubry y Rau, t. III, p. 275, nota 54, pfo. 266. Denegada, 20 de Abril de de 1825 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1151).



sentencia recibe el acta notariada. (1) El principio es muy cierto, pero no recibe aplicación en las actas solemnes tales como la hipoteca. Se necesita para la existencia misma de la hipoteca que las partes den su consentimiento en el acta notariada; luego el contrato que interviene en justicia no puede engendrar hipoteca. La cuestión se decidió en este sentido cuando la discusión del proyecto de ley en la Cámara de Representantes. M. Jullién formuló la dificultad en estos términos. El deudor se compromete á dar hipoteca en bienes determinados: ¿podrá el acreedor perseguir la ejecución de esta promesa y la sentencia que recaiga le conferiría la hipoteca como reemplazando á la hipoteca convencional? Nos parece que la cuestión no está bien sentada. Parece identificarse con la primera hipótesis que acabamos de preveer (núm. 453). Se debe, pues, suponer una simple promesa que se realizará más tarde.

La cuestión fué sometida á la comisión de la Cámara; fué resuelta negativamente. "No pudiendo la hipoteca resultar de una sentencia es evidente que el juez no puede ordenar la ejecución de la promesa á efecto de conferir un derecho hipotecario. Pero el acreedor está autorizado á reclamar inmediatamente el reembolso de la suma prestada (arts. 1188 y 1912, 2.°) En consecuencia el juez declarará que, por falta de consentimiento de hipoteca por acta regular en el plazo que fijara, el deudor estará obligado á reembolsar el capital prestado." (2) La solución es muy exacta; sólo que el relator se expresa mal diciendo que el juez no puede ordenar la ejecución de la promesa; debe, al contrario, ordenarla, puesto que tal es el compromiso contraído por el deudor; pero como se trata de una obligación por hacer el juez debe agregar una condena eventual de daños y

1 Cloes, Comentario, t. II, p. 47, núms. 1012 y 1013.
2 Lelièvre, informe (Parent, p. 289). Véase, en este sentido, una sentencia del Tribunal de Marché de 24 de Febrero de 1855 (Cloes y Bonjean, Jurisprudencia de los tribunales, t. IV, p. 910).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

perjuicios si la promesa de hipoteca no está reemplazada, y el acreedor puede exigir el reembolso del crédito si la promesa de hipoteca es la condición del contrato principal (número 454).

### § VI.—De los contratos de hipoteca hechos en el extranjero.

456. El art. 2128 del Código Civil dice que los contratos hechos en países extranjeros no pueden dar hipoteca en los bienes de Francia si no hay disposiciones contrarias á este principio en las leyes políticas ó en los tratados. Este artículo ha sido vivamente criticado; la ley belga lo deroga; pero para ver el por qué de la derogación interesa precisar en qué sentido los contratos de hipoteca hechos en países extranjeros no *dan* hipoteca en bienes de Francia. Siempre ha sido de principio que los contratos hechos en el extranjero no eran ejecutorios en Francia; la ordenanza de 1629 lo decía: «Estos contratos, dice el art. 121, no tendrán ninguna *hipoteca* ni *ejecución* en nuestro *Reino*.» En cuanto á la fuerza ejecutoria el principio se funda en el derecho público. Los actos se ejecutan en nombre del Jefe del Poder Ejecutivo; luego en nombre de la soberanía nacional, y la soberanía de un Estado no tiene ningún poder en los demás Estados; es, pues, imposible que las actas declaradas ejecutorias en nombre de una soberanía extranjera reciban su ejecución en Francia. Es en este sentido en el que el Código de Procedimientos dice (art. 546): «Las sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros y los actos *recibidos* por oficiales extranjeros no serán susceptibles de *ejecución* en Francia más que de la manera y caso previstos por los arts. 2123 y 2138 del Código Civil;» es decir, que se deben declarar ejecutorias por un *tribunal* francés, salvo disposición contraria que resultara de los tratados. El artículo 2128 aplicaba, pues, el derecho común en tanto que negaba *fuerza ejecutoria* á los contratos de hipoteca hechos en el extranjero; pero iba más lejos, declaraba que los actos de hipoteca hechos en el extranjero no conferían hipoteca en los bienes situados en Francia. Este es el principio que ha sido criticado y que en realidad no se justifica. Una acta de venta hecha en el extranjero transfiere la propiedad de los bienes situados en Francia: ¿por qué una acta de hipoteca que es una enajenación parcial no había de ser válida? No se puede decir que la hipoteca convencional es un contrato de derecho civil, puesto que depende completamente de la voluntad de las partes contratantes. No se puede uno prevalecer del carácter solemne de esta acta porque la solemnidad consiste en formas, y hay un principio universalmente admitido en materias de formas que están determinadas por la ley del país en que se hace el acta. (1)



Estas consideraciones comprometieron á los autores de la ley belga á admitir la validez de las actas de hipoteca hechas en el extranjero; (2) tal es el objeto del art. 77, que dice: «A falta de disposiciones contrarias en los tratados ó en las leyes políticas las hipotecas consentidas en países extranjeros no tendrán *efecto*, con relación á los bienes situados en Bélgica, más que cuando las actas que contengan la estipulación hayan sido investidas con la firma del presidente del tribunal civil de la situación de los bienes.» De este modo la ley belga deroga el Código Napoleón en lo relativo al *efecto* que reconocía á las actas hechas en el extranjero; tienen efecto en el sentido de que producen el derecho de hipoteca; es decir, que son válidas con tal que hayan sido pasadas en la forma auténtica, estando la autenticidad requerida para la existencia de la hipoteca. Es para comprobar que

1 Compárese Durantón, t. XIX, p. 551, núm. 362.
2 Informes de la comisión especial de la Cámara de Representantes y del Senado (Parent, ps. 40, 113 y 419).

perjuicios si la promesa de hipoteca no está reemplazada, y el acreedor puede exigir el reembolso del crédito si la promesa de hipoteca es la condición del contrato principal (número 454).

### § VI.—De los contratos de hipoteca hechos en el extranjero.

456. El art. 2128 del Código Civil dice que los contratos hechos en países extranjeros no pueden dar hipoteca en los bienes de Francia si no hay disposiciones contrarias á este principio en las leyes políticas ó en los tratados. Este artículo ha sido vivamente criticado; la ley belga lo deroga; pero para ver el por qué de la derogación interesa precisar en qué sentido los contratos de hipoteca hechos en países extranjeros no *dan* hipoteca en bienes de Francia. Siempre ha sido de principio que los contratos hechos en el extranjero no eran ejecutorios en Francia; la ordenanza de 1629 lo decía: «Estos contratos, dice el art. 121, no tendrán ninguna *hipoteca* ni *ejecución* en nuestro *Reino*.» En cuanto á la fuerza ejecutoria el principio se funda en el derecho público. Los actos se ejecutan en nombre del Jefe del Poder Ejecutivo; luego en nombre de la soberanía nacional, y la soberanía de un Estado no tiene ningún poder en los demás Estados; es, pues, imposible que las actas declaradas ejecutorias en nombre de una soberanía extranjera reciban su ejecución en Francia. Es en este sentido en el que el Código de Procedimientos dice (art. 546): «Las sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros y los actos *recibidos* por oficiales extranjeros no serán susceptibles de *ejecución* en Francia más que de la manera y caso previstos por los arts. 2123 y 2138 del Código Civil;» es decir, que se deben declarar ejecutorias por un *tribunal* francés, salvo disposición contraria que resultara de los tratados. El artículo 2128 aplicaba, pues, el derecho común en tanto que negaba *fuerza ejecutoria* á los contratos de hipoteca hechos en el extranjero; pero iba más lejos, declaraba que los actos de hipoteca hechos en el extranjero no conferían hipoteca en los bienes situados en Francia. Este es el principio que ha sido criticado y que en realidad no se justifica. Una acta de venta hecha en el extranjero transfiere la propiedad de los bienes situados en Francia: ¿por qué una acta de hipoteca que es una enajenación parcial no había de ser válida? No se puede decir que la hipoteca convencional es un contrato de derecho civil, puesto que depende completamente de la voluntad de las partes contratantes. No se puede uno prevalecer del carácter solemne de esta acta porque la solemnidad consiste en formas, y hay un principio universalmente admitido en materias de formas que están determinadas por la ley del país en que se hace el acta. (1)



Estas consideraciones comprometieron á los autores de la ley belga á admitir la validez de las actas de hipoteca hechas en el extranjero; (2) tal es el objeto del art. 77, que dice: «A falta de disposiciones contrarias en los tratados ó en las leyes políticas las hipotecas consentidas en países extranjeros no tendrán *efecto*, con relación á los bienes situados en Bélgica, más que cuando las actas que contengan la estipulación hayan sido investidas con la firma del presidente del tribunal civil de la situación de los bienes.» De este modo la ley belga deroga el Código Napoleón en lo relativo al *efecto* que reconocía á las actas hechas en el extranjero; tienen efecto en el sentido de que producen el derecho de hipoteca; es decir, que son válidas con tal que hayan sido pasadas en la forma auténtica, estando la autenticidad requerida para la existencia de la hipoteca. Es para comprobar que

1 Compárese Durantón, t. XIX, p. 551, núm. 362.
2 Informes de la comisión especial de la Cámara de Representantes y del Senado (Parent, ps. 40, 113 y 419).

las formas prescriptas por las leyes extranjeras han sido observadas por lo que la ley hace intervenir al presidente del tribunal. «Este magistrado, dice el § 2 del art. 77, está encargado de verificar si las actas y los poderes que son su complemento reunen todas las condiciones necesarias para su autenticidad en los países en que han sido recibidos.»

De aquí se sigue que la ley belga no deroga el art. 546 del Código de Procedimientos; no dice que las actas hechas en el extranjero sean *ejecutorias* en Bélgica únicamente por que sean auténticas y que el presidente haya comprobado su autenticidad; solamente dice que dichas actas tienen *efecto* con relación á los bienes situados en Belgica; es decir, que engendran el derecho de hipoteca, mientras que no tenían este efecto en virtud del art. 2128 del Código Civil. (1) No se puede decir que el *vistobueno* del *presidente* les da fuerza ejecutoria, porque este *vistobueno* no es una sentencia procedente del Tribunal, y el art. 546 (Codigo de Procedimientos) exige una sentencia pronunciada por un *tribunal francés* que haga ejecutoria el acta hecha por un oficial extranjero. (2) Cuando, pues, el acredor quiera ejecutar el acta de hipoteca deberá conformarse con el art. 546 del Código de Procedimientos.

457. ¿Cómo asegurará el presidente que las actas hechas en el extranjero llenan las condiciones prescriptas por la ley extranjera para su autenticidad? Martou contesta que el presidente tomará la prueba de la autenticidad en las legalizaciones puestas en el acta por las autoridades políticas. (3) El vistobueno no sería, según esto, más que una pura formalidad, no haciendo el presidente más que comprobar que el acta fué legalizada. No es esto lo que quiere la ley

1 Sentencia del Tribunal de Lieja de 22 de Enero de 1872 (Pasicrisia, 1872, 3, 120).

2 M. Lelièvre parece decir lo contrario en su informe.

3 Martou, t. III, p. 92, núm. 989. Compárese Cloes, t. III, p. 53, núm. 84.



sino que judicialmente se compruebe que el acta es solemne; y la legalización de las autoridades políticas no comprueba más que la verdad de las firmas; los que legalizan no comprueban la observancia de las formas exigidas para la autenticidad del acta. Se preguntará como el presidente puede conocer todas las leyes extranjeras. La respuesta es muy sencilla: toca al acreedor hipotecario que pide el *vistobueno* probar que el acta que produce es auténtica y hacer conocer, por consiguiente, las leyes conforme á las cuales se ha redactado el contrato.

458. El art. 77 exige el vistobueno del presidente para las actas que contengan constitución de hipoteca. Entre esas actas están el poder que, como lo dice el § 2, es el complemento del contrato. ¿Qué debe decidir si un poder se da en el extranjero para hacer en Bélgica un contrato de hipoteca? La Corte de Lieja juzgó que el poder, en la especie, no estaba sometido al vistobueno. Esta decisión fué casada, y debía serlo. El consentimiento del deudor debe darse en la forma solemne; acerca de este punto no se podría dudar, y cuando el deudor da un poder para constituir hipoteca su consentimiento resulta del poder, y el consentimiento dado en el extranjero no tiene efecto en Bélgica sino en virtud del *vistobueno* del presidente. Tal es el principio consagrado por la nueva ley, y decide la cuestión. Creemos inútil insistir. La sentencia fué casada en interés de la ley, sobre la requisitoria del Procurador General; M. Leclercq contesta á todo lo que se pudiera objetar en favor de la opinián contraria. (1)

459. La decisión del presidente está sometida á la apelación (art. 77, § 3). Esta disposición fué introducida por el Senado; el relator la justifica en estos términos: «Vuestra

1 Casación, 15 de Enero de 1853 (Pasicrisia, 1853, 1, 104). Compárese, en sentido contrario, Cloes, t. III, p. 57, núms. 90 á 92.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

comisión ha considerado que no se trataba de una simple formalidad; el presidente está llamado á interpretar una legislación extranjera; es, pues, necesario dar al acreedor un recurso contra la decisión que negara el vistobueno.» (1) La ley dice que la apelación será interpuesta por requisición dirigida á la corte, que estatuirá como en materia de apelación.

460. El art. 77 agrega que puede haber disposiciones contrarias en los tratados ó leyes políticas; es decir, que los tratados pueden estipular que las actas hechas en el extranjero en la forma auténtica tendrán efecto en Bélgica sin el vistobueno. No conocemos semejante tratado; y la razón es sencilla: es que en nuestro sistema el acreedor estaría sin garantía. Podría, en verdad, inscribirse en virtud del acta de hipoteca. Pero los terceros interesados conservarían el derecho de pedir la nulidad de la hipoteca y, por tanto, de la inscripción, fundándose en que las formas exigidas por la ley extranjera no habrían sido observadas; el acreedor tiene, pues, interés en pedir el vistobueno del presidente, que decidirá la cuestión de autenticidad; evitará con esto un proceso y asegurará el ejercicio de su derecho. Los tratados no tendrían utilidad más que si dispensaran al acreedor el recurrir al tribunal para hacer ejecutoria el acta; lo que sería una derogación del Código de Procedimientos (art. 546). El art. 77 supone que esta derogación podría también resultar de las *leyes políticas*. Esta expresión fué tomada del art. 2128; también se halla en el artículo 2123. No sabemos lo que el legislador quiso decir aquí. No hay leyes internacionales, puesto que las relaciones entre los pueblos soberanos se arreglan por convenciones. Una ley ordinaria podría, sin duda, derogar el principio de los arts. 2123 y 2128, pero esta ley nada tendría de *política*.

1 D'Anethán, informe (Parent, p. 419).



## § VII.—¿Quien puede consentir una hipoteca?

461. La hipoteca es el accesorio de la obligación principal; está, pues, consentida regularmente por el deudor que da á su acreedor una garantía real para el pago de su deuda. Sin embargo, un tercero puede constituir una hipoteca por una deuda á que no está obligado personalmente. El hecho de que los bienes de una persona están gravados con hipoteca sin que el propietario sea deudor principal es muy usual; también se presenta amenudo que el deudor enajene el inmueble que ha hipotecado; en este caso la hipoteca está separada de la obligación personal; el deudor continúa estando obligado personalmente, mientras que el tercero detentor sólo está obligado como posesor de un inmueble gravado con una hipoteca. Esto también puede suceder desde el principio en el momento en que se constituye la hipoteca. Un tercero puede constituir una hipoteca para el deudor; la ley lo dice del empeño (art. 2077) y debe también decirlo de la hipoteca aunque la ley no se explica, pero también ninguna disposición de la ley se opone; todo lo que exige el art. 73 (art. 2214 del Código Civil) es que el que consiente una hipoteca convencional tenga la capacidad de enajenar los inmuebles que ha sometido á ella. Queda por saber cómo se hará la inscripción de la hipoteca consentida por un tercero; volveremo á esto.

Se ha comparado á un cauc ionante el tercero que da una hipoteca por una deuda á la que no está personalmente obligado. Apercibimos á nuestros jóvenes lectores contra estas comparaciones. La ley no califica de cauc ionante al tercero que hipoteca su inmueble en seguridad de una deuda que no ha contraído, y la definición que da de la caución no autoriza esta calificación; el cauc ionante se obliga á pagar la deuda cuando el deudor no satisface á su obligación (art. 2011), mientras que el tercero que sólo constituye una

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

comisión ha considerado que no se trataba de una simple formalidad; el presidente está llamado á interpretar una legislación extranjera; es, pues, necesario dar al acreedor un recurso contra la decisión que negara el vistobueno.» (1) La ley dice que la apelación será interpuesta por requisición dirigida á la corte, que estatuirá como en materia de apelación.

460. El art. 77 agrega que puede haber disposiciones contrarias en los tratados ó leyes políticas; es decir, que los tratados pueden estipular que las actas hechas en el extranjero en la forma auténtica tendrán efecto en Bélgica sin el vistobueno. No conocemos semejante tratado; y la razón es sencilla: es que en nuestro sistema el acreedor estaría sin garantía. Podría, en verdad, inscribirse en virtud del acta de hipoteca. Pero los terceros interesados conservarían el derecho de pedir la nulidad de la hipoteca y, por tanto, de la inscripción, fundándose en que las formas exigidas por la ley extranjera no habrían sido observadas; el acreedor tiene, pues, interés en pedir el vistobueno del presidente, que decidirá la cuestión de autenticidad; evitará con esto un proceso y asegurará el ejercicio de su derecho. Los tratados no tendrían utilidad más que si dispensaran al acreedor el recurrir al tribunal para hacer ejecutoria el acta; lo que sería una derogación del Código de Procedimientos (art. 546). El art. 77 supone que esta derogación podría también resultar de las *leyes políticas*. Esta expresión fué tomada del art. 2128; también se halla en el artículo 2123. No sabemos lo que el legislador quiso decir aquí. No hay leyes internacionales, puesto que las relaciones entre los pueblos soberanos se arreglan por convenciones. Una ley ordinaria podría, sin duda, derogar el principio de los arts. 2123 y 2128, pero esta ley nada tendría de *política*.

1 D'Anethán, informe (Parent, p. 419).



## § VII.—¿Quien puede consentir una hipoteca?

461. La hipoteca es el accesorio de la obligación principal; está, pues, consentida regularmente por el deudor que da á su acreedor una garantía real para el pago de su deuda. Sin embargo, un tercero puede constituir una hipoteca por una deuda á que no está obligado personalmente. El hecho de que los bienes de una persona están gravados con hipoteca sin que el propietario sea deudor principal es muy usual; también se presenta amenudo que el deudor enajene el inmueble que ha hipotecado; en este caso la hipoteca está separada de la obligación personal; el deudor continúa estando obligado personalmente, mientras que el tercero detentor sólo está obligado como posesor de un inmueble gravado con una hipoteca. Esto también puede suceder desde el principio en el momento en que se constituye la hipoteca. Un tercero puede constituir una hipoteca para el deudor; la ley lo dice del empeño (art. 2077) y debe también decirlo de la hipoteca aunque la ley no se explica, pero también ninguna disposición de la ley se opone; todo lo que exige el art. 73 (art. 2214 del Código Civil) es que el que consiente una hipoteca convencional tenga la capacidad de enajenar los inmuebles que ha sometido á ella. Queda por saber cómo se hará la inscripción de la hipoteca consentida por un tercero; volveremo á esto.

Se ha comparado á un cauc ionante el tercero que da una hipoteca por una deuda á la que no está personalmente obligado. Apercibimos á nuestros jóvenes lectores contra estas comparaciones. La ley no califica de cauc ionante al tercero que hipoteca su inmueble en seguridad de una deuda que no ha contraído, y la definición que da de la caución no autoriza esta calificación; el cauc ionante se obliga á pagar la deuda cuando el deudor no satisface á su obligación (art. 2011), mientras que el tercero que sólo constituye una

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

hipoteca para seguridad de la deuda no es deudor. La diferencia es radical. Concluimos que no se pueden aplicar al tercero detentor del inmueble hipotecado los principios que rigen al caucionante; especialmente el art. 2037 no es aplicable, como lo hemos dicho en el título sitio de la materia (1) (t. XXVIII, núm. 303).

462. ¿Quién puede consentir una hipoteca? El art. 73 contesta: "Las hipotecas convencionales no pueden ser consentidas más que por los que tienen capacidad de enajenar los inmuebles que someten á ella. Esta disposición implica dos condiciones; se necesita: 1.°, ser propietario; 2.°, ser capaz para enajenar.

*Núm. 1. Se necesita ser propietario.*

463. El art. 73 (Código Civil, art. 2124) no dice en términos formales que se necesita ser propietario para poder consentir una hipoteca, pero lo dice implícitamente exigiendo la capacidad para enajenar. En efecto, el derecho de enajenar es uno de los atributos esenciales del derecho de propiedad; sólo los propietarios pueden enajenar; luego si la capacidad para enajenar es necesaria para poder hipotecar se necesita, por esto mismo, ser propietario. El artículo 78 (Código Civil, art. 2129) es más explícito: quiere que el acta de hipoteca declare especialmente la naturaleza y situación de cada uno de los bienes, actualmente *pertenecientes al deudor*, en los que consiente la hipoteca. Y aunque la ley no lo dijera habría que decidirlo así sin duda alguna; esta es una consecuencia del principio de que la hipoteca es un desmembramiento de la propiedad ó una enajenación parcial, y sólo el propietario puede desmembrar la propiedad ó enajenarla parcialmente. (2)

1 Pont, t. II, p. 47, nota 2. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. III, página 260, nota 1, pfo. 266.
2 Martou, t. III, p. 57, núm. 952. Pont, t. II, p. 59, núm. 624.



464. El principio recibe, sin embargo, excepciones. Sucede algunas veces que aquel que no es propietario tenga, no obstante, el poder de enajenar. Tal es el caso en que una contraletra comprueba que el propietario aparente sólo es un prestanombre; esta contraletra no puede ser opuesta á los terceros (art. 1321); para con éstos el acta aparente hace fe y, por consiguiente, el propietario nominal es el verdadero propietario; lo que le da el derecho de enajenar (1) y, por tanto, de hipotecar.

En el título *Del Contrato de Matrimonio* hemos encontrado otra excepción. Cuando la mujer convierte un inmueble en mueble por cierta suma el marido no puede enajenarlo más que con el consentimiento de la mujer, pero lo puede hipotecar sin su consentimiento (art. 1507). La cuestión de saber si el marido es propietario del inmueble está controvertida. Hay otra conversión en mueble llamada indeterminada; el art. 1508 dispone que la comunidad no se vuelve propietario de los inmuebles señalados con este fin; no obstante, el marido puede hipotecarlos hasta concurrencia de la suma por la que los inmuebles han sido mobilizados. Transladamos acerca de este punto al título *Del Contrato de Matrimonio.*

La jurisprudencia francesa admite una tercera excepción en cuanto á las hipotecas consentidas por el heredero aparente. En la doctrina contraria que hemos enseñado el heredero aparente no puede hacer ningún acto de disposición; por consiguiente, no puede hipotecar los bienes de la sucesión; la hipoteca es nula por haber sido consentida por aquel que no es propietario de la cosa. (2) Expondremos más adelante los principios que rigen la hipoteca de la cosa ajena.

465. ¿El socio puede hipotecar el inmueble que perte-

1 Véase nuestro tomo XIX, núm. 189. Compárense las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1206, 1.° y 2.°
2 Véase nuestro tomo XIX, núm. 562. Compárese Pont, t. II, p. 66, número 631.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nece á la sociedad? Hay que distinguir. En las sociedades civiles cada socio es copropietario de los inmuebles que dependen de la sociedad; puede, con tal título, hacer actos de disposición, como lo vamos á decir. Hay una clase de sociedad que da un poder poco menos que absoluto á uno de los asociados: es la comunidad entre esposos; el marido es señor y dueño; la ley le da el derecho de enajenar y de hipotecar los bienes de la comunidad sin el concurso de la mujer; ya hemos explicado esta anomalía en el título que es el sitio de la materia.

En las sociedades mercantiles es el sér moral considerado como persona civil el que es propietario de los bienes sociales; es, pues, la sociedad sola la que puede hipotecar; los socios no tienen este derecho, pues los bienes de la sociedad no están en su dominio. Si los hipotecaran el acta sería nula como hipoteca de la cosa ajena. Aun después de disuelta la sociedad se admite considerarla como subsistiendo para la necesidad de la adquisición; teniendo el liquidador el poder de enajenar resulta que este derecho no puede ser impedido por los socios; á partir de la disolución se convierten, en verdad, en copropietarios de los bienes que componen el activo; pueden, por consiguiente, hipotecar estos bienes en virtud de su derecho de copropiedad; pero estas hipotecas se hacen ineficaces si el liquidador enajena los bienes hipotecados para las necesidades de la liquidación. Hay, en este caso, conflicto de principios; el socio debiera tener, y realmente tiene, el derecho de hipotecar su parte indivisa, pero no puede usar de este derecho en perjuicio de la masa; y el derecho de la masa domina, durante la liquidación, al de los socios. No entraremos en el examen de estas dificultades, puesto que la materia es extraña á nuestro trabajo. (1)

466. ¿Los copropietarios por indiviso pueden hipotecar?

1 Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. III, p. 266, notas 19 y 20, pfo. 266.



Esta cuestión dá lugar á muchas dificultades; ya las hemos examinado en el título *De las Sucesiones*; los mismos principios se aplican á toda indivisión, cualquiera que sea su causa (tomo X, núm. 402). El copropietario puede hipotecar, á reserva de la aplicación del art. 883 (tomo X, núm. 215). ¿Cuál será el efecto de la partición? (tomo X, núm. 394.) ¿Si el inmueble cae en el lote del que consintió la hipoteca gravará ésta todo el inmueble ó sólo la parte que pertenecía al copropietario cuando el contrato? (tomo X, núm. 402.) ¿El principio del art. 883 se aplica al caso de licitación cuando el inmueble está adjudicado á un tercero? (tomo X, números 423-431.) Todas estas preguntas han sido examinadas en otro lugar. También hemos dicho ya que la ley da á los terceros acreedores el derecho de intervenir en la partición para resguardar sus intereses. Desgraciadamente la garantía es algunas veces insuficiente (tomo X, núms. 524 á 545). La ley acerca del embargo inmobiliar de 1854 ha remediado en parte los inconvenientes prácticos que presenta la aplicación del art. 883 (tomo X, núm. 419).

### *Núm. 2. Consecuencias del principio.*

#### *I. De la hipoteca de la cosa ajena.*

467. Del principio de que hay que ser propietario para poder hipotecar síguese que la hipoteca de la cosa ajena es nula. La ley lo dice implícitamente sentando el principio de la especificación de las hipotecas convencionales: «No hay más *hipoteca convencional válida* que la que declara la naturaleza y situación de cada inmueble *perteneciente actualmente al deudor* en los que consiente la hipoteca.» Si, pues, hipoteca un bien que no le pertenece actualmente la hipoteca es nula. Esto resulta también, por vía de analogía, del art. 1599, según el cual la venta de la cosa ajena es nula;

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

si el no propietario no puede enajenar ún inmueble por el total no puede, por igual motivo, enajenarlo parcialmente. (1)

468. A este respecto la analogía entre la venta y la hipoteca es completa. Sin embargo, hay que cuidarse de concluir que los principios que rigen la venta de la cosa ajena reciben su aplicación á la hipoteca de la cosa ajena. Hay diferencias, y son esenciales. La venta es un contrato no solemne, mientras que en la opinión que hemos enseñado la hipoteca es un contrato solemne. Esto no es sólo una diferencia de forma. Si la hipoteca es una acta solemne es que toca á intereses económicos muy graves: el crédito privado, el desarrollo de la riqueza nacional; la venta, por lo contrario, sólo es relativa á intereses privados. Sin duda la publicidad de las transacciones inmobiliares es también de orden público; la Ley Hipotecária lo ha previsto ordenando la transcripción de los derechos reales inmobiliares. Pero la transcripción no cambia la naturaleza del contrato; la venta permanece un contrato no solemne cuyas condiciones están fijadas en virtud del interés privado.

469. Los caracteres diferentes de la venta y de la hipoteca producen consecuencias diferentes. La dificultad capital que presenta la venta de la cosa ajena está en saber si la venta es nula, es decir, nulificable, ó si es inexistente. Hemos enseñado, y esta es la opinión generalmente seguida, que la venta es nula en el sentido de que la nulidad puede ser pedida y que la acción de nulidad que resulta es de interés privado; por tanto, que la nulidad es relativa. ¿Debe decirse otro tanto de la hipoteca de la cosa ajena? Los autores no examínan la cuestión y no se ha presentado en la jurisprudencia; tan raro es así que se disponga de la cosa ajena. Sin embargo, se necesita una solución. Hemos expuesto en el título *De las Obligaciones* la teoría de las ac-

1 Pont, t. II, p. 60, núm. 625. Martou, t. II, p. 59, núm. 953.



tas inexistentes; si se admite debe concluirse que la hipoteca de la cosa ajena es inexistente. En efecto, una de las condiciones requeridas para la existencia de los contratos es que tengan una causa lícita, y la causa es ilícita, según el art. 1133, cuando está prohibida por la ley y cuando es contraria al orden público, y con este doble título la hipoteca de la cosa ajena es ilícita; la ley la prohibe en los artículos 73 y 78 (Código Civil, arts. 2124-2129), y la prohibe en interés general, puesto que la prohibición se liga á la especificación; es decir, al interés de los terceros, que es un interés público, y al crédito de los propietarios, que constituye igualmente un interés público, y en materia de convenciones el interés público es de orden público.

Hay, pues, un texto que decide la cuestión. Desgraciadamente este texto es muy vago y la teoría de las actas inexistentes es siempre insegura. Aunque se admitiera que la hipoteca de la cosa ajena tiene una existencia legal se llegaría poco más ó menos á las mismas consecuencias en lo que se refiere al carácter de la nulidad. Los autores enseñan que es absoluta y que no puede ser confirmada; toda confirmación, dice Martou, supone la existencia de un germen, cuando menos, de un principio de derecho; no se confirma la nada. Y en el momento en que el deudor ha dado en hipoteca la cosa ajena no tenía en ella ningún derecho, ninguna eventualidad de derecho, ni siquiera una esperanza. Esto es decir que la hipoteca es inexistente aunque el autor no pronuncia la palabra. Los Sres. Aubry y Rau se expresan en el mismo sentido. (1) Admitiendo la consecuencia del principio de que la hipoteca de la cosa ajena no existe para la ley los editores de Zachariæ admiten implícitamente el principio. Pont parece decir que el contrato

1 Martou, t. III, p. 103, núm. 1002. Aubry y Rau, t. III, p. 263, nota 8, pfo. 266.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

solamente es nulo, pero lo que dice de los caracteres de esta nulidad se aproxima más bien á la teoría de la inexistencia del acta: es un contrato al que faltó materia, puesto que el constituyente no tenía ningún derecho en la cosa de que dispuso; el contrato es, pues, como si no existiera, y, sea como fuere, permanece marcado de nulidad radical, irreparable. (1) Esto no es una nulidad, es más: es la inexistencia. No conocemos ninguna sentencia en la materia; hay una sentencia de primera instancia; dice también que la nulidad es radical, absoluta, pero no entiende con esto que el contrato sea inexistente, pues no admite las consecuencias de la inexistencia; (2) esto prueba cuán necesaria es la precisión del lenguaje en esta materia.

470. Hemos insistido en el principio porque sirve para decidir todas las dificultades en las que hay controversias. Se pregunta primero: ¿quién puede prevalecerse de la nulidad de la hipoteca? La cuestión así presentada implica que la hipoteca de la cosa ajena tiene un vicio que permite pedir su nulidad. En nuestra opinión la cuestión debiera formularse así: ¿Quién puede prevalecerse de la inexistencia del acta? Y esta dificultad no lo es, puesto que es de principio que cualquiera persona puede siempre rechazar una acta que no existe. Aunque se admitiera que sólo hay nulidad lo seguro es que ésta es de orden público; lo que conduce á la consecuencia de que cualquiera persona interesada puede oponerla.

El principio no está admitido por todos los autores; de esto controversias acerca de las consecuencias que derivan de él. En nuestra opinión el deudor puede prevalecerse de la inexistencia del acta; esto es el derecho común, en la teoría de las actas inexistentes. En la opinión que considera

1 Pont, t. II, p. 66, núm. 630.
2 Sentencia del Tribunal de Neufchâteau de 29 de Marzo de 1874 (Pasicrisia 1875, 3, 139).



el acta como nula ó nulificable solamente se objeta que el deudor no puede invocar su dolo no pudiendo nadie prevalecerse de su mala fe para reclamar un derecho. Este es un adagio romano que ignoran nuestras leyes; hay que decir más: lo rechazan cuando la nulidad es de orden público; el bígamo puede pedir la nulidad de su matrimonio aunque haya más que dolo y mala fe; hay crimen. Esto es porque existe un interés social en causa; la ley quiere que una acta que lastima el interés general se nulifique y no produzca ningún efecto; es para alcanzar este objeto por lo que da acción á cualquiera parte interesada. Unos autores de consideración, Merlín y Troplong, sostienen la opinión contraria fundándose en la tradición romana. Se ve luego el peligro de esta argumentación tan usada en nuestra ciencia. El derecho procede, es verdad, de lo pasado, pero hay también materias en las que el derecho moderno rompió con la tradición; tal es precisamente el régimen hipotecario. ¿Por qué decimos que la hipoteca de la cosa ajena es nula y que la nulidad es de orden público? Es porque las hipotecas interesan el crédito público; esta es una idea completamente extraña á los jurisconsultos romanos; debe, pues, apartarse la tradición; extravía á los intérpretes en lugar de ilustrarlos. (1)

La cuestión, en lo que se refiere al deudor, no es mucho de teoría. En efecto, si el deudor pidiera la nulidad de la hipoteca el acreedor que sólo trató bajo la condición de la hipoteca podría promover reembolsando el crédito por analogía de lo que la ley dice en el caso en que el deudor ha disminuido por su hecho las seguridades que había dado por contrato á su acreedor (arts. 1188 y 2131; Ley Hipotecaria, art. 79).

La cuestión se hace más práctica cuando la nulidad está propuesta por unos terceros á los que el deudor vendió ó

1 Aubry y Rau, t. III, p. 264, nota 9. Pont, t. II, p. 64, 306. núm.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

hipotecó el inmueble después que adquirió su propiedad. Los terceros acreedores hipotecarios ó adquirentes ¿pueden oponer la nulidad de la hipoteca constituida por el deudor cuando no sea propietario? Hay controversia; sin embargo, la mayor parte de los autores y de las sentencias se han pronunciado en favor de los terceros. (1) Si la cuestión está controvertida la razon es que la doctrina y la jurisprudencia no tienen un principio seguro. En nuestra opinión no hay ninguna duda; que se considere la hipoteca de la cosa ajena como inexistente ó como viciada de nulidad de orden público poco importa, en cualquiera hipótesis los terceros pueden prevalecerse de la nulidad. En vano se les opondría la confirmación; desde luego no es confirmar el adquirir la propiedad de la cosa que fué hipotecada por un propietario, y aunque este hecho implicara por sí la confirmación en el caso cualquiera confirmacion es imposible, puesto que no se confirma la nada. Creemos inútil contestar á las objeciones que Merlín y después de él Troplong han hecho contra el derecho de los terceros; se les ha contestado de un modo perentorio por los editores de Zachariæ. En la opinión que hemos profesado las objeciones caen por sí mismas, teniendo todo tercero interesado el derecho de prevalecerse de la inexistencia del contrato de hipoteca. Si los terceros hipotecarios ó los adquirentes del inmueble no tuvieran el derecho que les reconocemos la hipoteca de la cosa ajena produciría un efecto, y el art. 1131 dice que el contrato inexistente no puede producir ningún efecto.

471. El deudor, después de haber hipotecado el inmueble ajeno, adquiere su propiedad, ya sea como heredero del propietario ó con cualquier otro título. Se pregunta si la hipoteca se vuelve válida. Si se admite el principio de la inexistencia de la hipoteca ni siquiera puede presentarse la cuestión; una acta inexistente es la nada, y ¿cómo había

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. III, p. 263, nota 8, pfo. 266.



la nada de adquirir algún efecto cualquiera? Esto es contradictorio en los términos. Hay todavía otro principio de nuestra Ley Hipotecaria que se opone á que la hipoteca de la cosa ajena esté validada: es la disposición que prohibe terminantemente hipotecar los bienes futuros; y la hipoteca de un bien del que, cuando el acta, no se es propietario, y del que se adquiere más tarde la propiedad, sería la hipoteca de un bien futuro si fuera validada de modo que tuviera efecto á partir del contrato primitivo. Este argumento responde á la objeción que se toma en la tradición romana. Los partidarios del derecho romano olvidan que los jurisconsultos de Roma ignoraban el principio de la especificación; no tenían ninguna idea de los motivos de interés público que se oponen á que el deudor hipoteque bienes futuros; lógicos antes que todo debían admitir que la hipoteca de la cosa ajena se valida cuando el deudor se convierte en propietario del inmueble. Seamos lógicos como nuestros maestros, teniendo en cuenta los nuevos principios de nuestro régimen hipotecario, y llegaremos á esta consecuencia: que la hipoteca de la cosa ajena, si pudiera validarse, sería en realidad la hipoteca de un bien futuro; y nuestra ley prohibe terminantemente esta hipoteca. Este es el argumento que la comisión de la Cámara de Diputados hizo valer, y es decisivo. Sólo que el Relator hace mal en decir que el artículo, tal como lo presentaba la comisión, zanjaba la dificultad, pues el art. 78 reproduce textualmente el art. 2129 del Código Civil; si la comisión quería decidir la controversia por una disposición expresa debía haber formulado su opinión en el artículo de la ley. En en silencio del texto la cuestión queda sujeta á contestación apesar de la solución que la comisión le dió. (1)

1 Martou, t. III, p. 100, núm. 1002; Pont, t. II, p. 61, núms. 627 á 630 y las autoridades que citan. En sentido contrario Merlín y Troplong. Compárese Lelièvre, informe (Parent, p. 144).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Se puede hacer contra la opinión generalmente seguida una objeción que á primera vista parece muy especiosa. La venta de la cosa ajena se convierte en válida cuando el vendedor adquiere la propiedad. Si la enajenación total se valida ¿por qué no se validaría la parcial? Ya hemos contestado al establecer que los principios que rigen la venta no reciben aplicación á la hipoteca (núm. 468). La razon es que la venta de la cosa ajena es nula únicamente en interés del comprador, mientras que la hipoteca de un inmueble que no pertenece al deudor choca con todos los principios del régimen hipotecario, y estos principios son de orden público.

472. Del principio de que la hipoteca de la cosa ajena permanece nula aunque el deudor se vuelva propietario del inmueble se sigue que no se puede hipotecar la cosa ajena bajo la condición de hacerse propietario de ella. La consecuencia está controvertida tanto como el principio, pero las malas razones que Troplong hace valer contra la opinión general sólo sirven para fortificarla. La hipoteca, dice, recae en este caso en un inmueble determinado, luego el principio de la especificación está respetado. Contestamos que la ley está violada, pues prohibe terminantemente la hipoteca de los bienes futuros (art. 78; Código Civil, art. 2131), sin distinguir si la hipoteca está constituida en la generalidad de los bienes ó en bienes determinados. (1) Nuestra ley ha dado nueva fuerza al argumento desechando la excepción que el art. 2130 admitía: toda hipoteca de un bien futuro está prohibida, y la hipoteca de la cosa ajena bajo la condición de volverse propietario de ella no es más que la hipoteca de un bien venidero.

473. ¿Puede hipotecarse el inmueble que pertenece á un tercero respondiendo de él? La afirmativa no es dudosa;

1 Martou, t. III, p. 104, núm. 1004. Aubry y Rau, t. III, p. 262, nota 5, párrafo 266. En sentido contrario Troplong, núm. 528.



esto es la aplicación del art. 1120, según el cual puede uno responder por un tercero prometiendo el hecho de éste. Se entiende que la hipoteca no existirá sino cuando el tercero propietario haya ratificado el compromiso tomado en su nombre, pues sólo entonces será cuando habrá consentimiento del propietario, y no puede formarse contrato de hipoteca sin la voluntad del deudor á quien pertenece el inmueble. Transladamos á lo dicho acerca del efecto de la ratificación en materia de hipoteca (núms. 449-450). La cuestión está controvertida. (1)

474. Se ve que la hipoteca de la cosa ajena nunca puede ser validada de modo que exista desde el origen contra los terceros. Los principios de nuestro régimen hipotecario se oponen á ello. La hipoteca sólo es eficaz para con los terceros por la inscripción; y ésta supone la existencia de la hipoteca que se publica por esta vía; la inscripción no puede conservar derechos que no existen. Todo tercero, aun acreedor quirografario, puede prevalecerse de la inexistencia de la hipoteca; por consiguiente, de la nulidad de la inscripción; si un acreedor hipotecario se inscribe tendrá el primer lugar aunque sea posterior al acta inscripta, pues la inscripción, así como la hipoteca, no tiene existencia legal en el caso. Sucedió que el propietario haya ratificado la hipoteca que se había consentido en su inmueble; esta ratificación valdrá como un nuevo contrato de hipoteca y, por tanto, no tendrá efecto más que en virtud de una nueva transcripción; la primera no tenía ninguna eficacia. (2)

### § II.—De la hipoteca consentida por un propietario cuyo derecho es condicional y rescindible.

475. El art. 78 (Código Civil, art. 2129) dice que el deu-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 262, nota 6, pfo. 266. En sentido contrario, Mourlón, t. III, p. 66, núm. 956 y una sentencia de la Corte de Orleáns que cita.
2 Bruselas, 26 de Diciembre de 1816 (Pasicrisia, 1816, p. 269).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dor no puede hipotecar más que los inmuebles que le *pertenecen actualmente*. ¿Qué se quiere decir por bienes que *pertenecen* á una persona? Hay un antiguo adagio según el cual la cosa se considera pertenecernos cuando tenemos una acción en virtud de la cual nuestro derecho de propiedad será reconocido de modo que se nos considere como haber siempre sido propietarios. Este adagio está fundado en derecho y en razón. La cosa es evidente cuando se trata de una acción reivindicatoria. Un tercero posee un inmueble que me pertenece; no tiene ningún título: ¿puede hipotecar este inmueble como perteneciéndome? Esto no es dudoso; en efecto, la usurpación de mi derecho no me despoja de él; soy y nunca dejé de ser propietario. ¿Qué importa que deba promover en justicia si el usurpador quiere mantenerse en posesión? El juez, al darme razón en la causa, decidirá que nunca dejé de ser propietario, pues las sentencias sólo declaran los derechos de las partes, no les atribuyen ninguno; la consecuencia será que la hipoteca consentida por mí será perfectamente válida, puesto que fué consentida por aquel á quien pertenece el inmueble actualmente, como lo quiere la ley. Lo que decimos de la acción de reivindicación se aplica á cualquiera acción de resolución, de revocación, de rescisión ó de nulidad que tenga por objeto un inmueble. Hay, es verdad, esta diferencia: que el tercero cuyo derecho está resuelto, revocado, rescindido ó anulado, tenía un derecho, no es un usurpador, pero su derecho sólo es aparente; la sentencia lo nulifica á tal punto que se le considera no haber existido nunca. Soy, pues, yo, cuyo derecho reconoce el juez, quien siempre fué propietario del inmueble; por consiguiente, tuve el derecho de hipotecarlo como *perteneciéndome actualmente*, aunque cuando el contrato no estuviera en posesión del inmueble; pero la posesión es de hecho y no decide nada de derecho. El juez, al nulificar el acta en virtud de la cual el tercero poseía, declaró por esto mismo que este inmueble me pertenecía cuando la constitución de la hipoteca; luego ésta es válida. (1)



476. El art. 74 (Código Civil, art. 2125) aplica este principio á aquel que tiene en un inmueble un derecho suspenso por una condición; puede consentir una hipoteca; se entiende como lo agrega la ley, que la hipoteca que consentirá será suspensa por la misma condición. Compro un inmueble bajo condición suspensiva: ¿puedo hipotecarlo? Sí, conforme á nuestro artículo; sin embargo, no soy propietario, el vendedor conserva la propiedad; al hipotecar el inmueble hipoteco en apariencia la cosa ajena. Pero razonar así sería no tener cuenta mi derecho condicional; si la condición se realiza retrotrae y me considero como haber sido propietario desde el día del contrato de venta; en efecto, aquel dia he comprado, me he vuelto propietario bajo condición, es verdad; pero cumpliéndose la condición mi derecho se convierte en puro y simple, y en virtud de este derecho puedo hipotecar el inmueble: la hipoteca será válida desde el día en que fué establecida y tendá lugar á partir de su inscripción, puesto que al constituirla era propietario. Pero si la condición falla resultará que nunca fuí propietario del inmueble; he, pues, hipotecado un inmueble que no me pertenecía; esta hipoteca es inexistente y la inscripción no la hizo eficaz. En este sentido la ley dice que el derecho del acreedor hipotecario está subordinado á la misma condición que el derecho del deudor que constituyó la hipoteca; si la condición no se realiza el deudor no fué nunca propietario y la hipoteca nunca existió.

477. ¿Estos principios se aplican á la venta hecha en cláusula de rescate? Sorprende ver esta cuestión controvertida y sorprende aún más que la Corte de Casación la haya

1 Valette, ps. 200 y siguientes. Pont, t. II, p. 74, núm. 636.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

decidido negativamente; la Corte llega hasta á decir que los principios que invoca son incontestables. Valette tuvo razón en decir que es incontestable, al contrario, que aquel que tiene en un inmueble un derecho subordinado á una condición puede válidamente consentir una hipoteca sometida á la misma condición. Esto es incontestable, puesto que el art. 2125 lo dice. Y aquel que vende con pacto de rescate tiene en el inmueble un derecho condicional; el comprador es propietario bajo condición resolutoria y el vendedor es propietario bajo condición suspensiva. Tales son los verdaderos principios; es imposible contestarlos, puesto que están escritos en la ley. Los hemos expuesto en el título *De la Venta* y hemos deducido de ellos las consecuencias en el título *De las Obligaciones*; siendo seguros los principios es inútil insistir. (1)

478. El art. 74 agrega que «los que tienen en un inmueble sólo un derecho resolutorio en ciertos casos ó sujeto á rescisión no pueden consentir una hipoteca más que sometida á la misma condición ó rescisión.» Acabamos de decir (núm. 477) que aquel que vende un inmueble con cláusula de rescate es propietario bajo condición suspensiva y que con este título puede hipotecar. El comprador, por su parte, es propietario bajo condición resolutoria y con este título puede también hipotecar; sólo que la hipoteca será sujeta á la resolución, así como el derecho del constituyente. A primera vista esto parece estar en contradicción con el principio que hemos establecido (núm. 475), y aun con el buen sentido. Hemos dicho que aquel que tiene una acción en virtud de la cual será reconocido propietario del inmueble puede hipotecarlo como *perteneciéndole actualmente*; según este principio el inmueble vendido con pacto de rescate pertenece al vendedor, quien tiene acción de rescate; y si

1 Compárese Valette, ps. 202 y 203; Pont, t. II, p. 75, núms 638 y 639. Aubry y Rau, t. III, p. 265, notas 13 y 14, pfo. 266.



*pertenece actualmente* al vendedor ¿cómo puede pertenecer en el mismo momento al comprador? Parece resultar de esta doble propiedad una consecuencia tan absurda en derecho como en razón: es la de que un mismo inmueble pertenece á la vez al vendedor y al comprador y puede ser hipotecado por uno y por el otro. Ya hemos contestado en otro lugar que la contradicción sólo es aparente; en derecho siempre hay un solo propietario: el vendedor, si ejerce su derecho de rescate, ó el comprador, si el rescate no se ejerce; sólo que hay también una sola hipoteca que permanecerá válida: la que había concedido el vendedor, si la venta está resuelta, y la que había consentido el comprador, si la venta no se resuelve. Lo que quita la contradicción es que la propiedad del vendedor, así como la del comprador, es condicional; en virtud de este derecho pueden uno y otro gravar el inmueble con una hipoteca (artículo 74; Código Civil, art. 2125), pero el cumplimiento de una ó de otra condición pone fin á la propiedad de una de las partes con este efecto: que está considerada no haber sido nunca propietaria, lo que hace caer la hipoteca que estableció.

479. Este principio se aplica también á la condición resolutoria tácita, como lo hemos dicho en el título *De las Obligaciones*. ¿Qué debe decirse de la resolución voluntaria? La cuestión está controvertida; ya la hemos examinado (t. XVII, núm. 143).

480. La revocación es sinónima de la resolución; el artículo 1183 se vale de la palabra *revocación* para determinar los efectos de la condición resolutoria expresa. Hay, sin embargo, una diferencia: la resolución opera siempre retroactivamente, nulifica el contrato como si nunca hubiera existido. Lo que arrastra la resolución de los derechos concedidos por el propietario cuya propiedad queda resuelta. La revocación se hace también en general con retroac-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ción, pero hay casos en los que sólo produce efecto á partir del momento en que la demanda de revocación se inscribe, lo que deja subsistir los derechos de hipoteca consentidos por el propietario cuyo derecho está revocado. Transladamos á lo dicho en el título *De la Propiedad* y acerca de las disposiciones preliminares de la Ley Hipotecaria.

481. El art. 74 (Código Civil, art. 2125) pone la propiedad sujeta á rescisión en la misma línea que la propiedad resoluble. En efecto, la rescisión ó anulación pronunciada por el juez tiene también por consecuencia nulificar el derecho de aquel que se despoja como si nunca hubiera existido; la rescisión equivale, pues, á la resolución en lo relativo á las hipotecas constituidas por aquel cuya propiedad está rescindida ó anulada; las hipotecas caen porque fueren consentidas por quien no era propietario. Esto es de tal evidencia que no valdría la pena citar las autoridades (1) si no se encontrara una sentencia de la Corte de Casación con una restricción que es contraria á los principios. Se trataba en el caso de una hipoteca establecida en un inmueble cuyo posesor era propietario en virtud de una acta hecha en fraude de los acreedores. Estos tenían la acción pauliana y podían mandar anular, en consecuencia, la adquisición del propietario aparente y, por consiguiente, la hipoteca que había constituido. La anulación de la hipoteca no era dudosa, pero la sentencia agrega "que si el principio podía ceder esto sólo sería en el caso en que la parte que trata con el propietario aparente podría invocar una buena fe fundada en un error común invencible." (2) Hacemos reservas acerca de esta pretendida excepción que permiten á un no propietario conceder una hipoteca por razón de la buena fe del acreedor; la buena fe de los terceros no da derecho á quien no lo tiene. Esto es lo que creemos haber demostrado al discutir la famosa cuestión de las actas de disposición hechas por el heredero aparente.

1 Pont, t. II, p. 82, núms. 644 y 645 y las autoridades que cita. Agréguese París, 6 de Junio de 1872 [Dalloz, 1873, 2, 124].
2 Denegada, 25 de Enero de 1847 [Dalloz, 1847, 4, 342].



482. Se ve que el derecho del acreedor hipotecario amenaza amenudo perecer cuando el deudor que le concedió hipoteca tiene él mismo una propiedad perecedera. Uno de los buenos jurisconsultos del derecho antiguo, Voet, dice que el acreedor no tiene por qué quejarse de la fragilidad de su crédito, porque pudo y debió indagar la naturaleza y extensión de los derechos de su deudor. (1)

Nos sorprende ver esta observación reproducida por Martou en el comentario de una ley que tiene por objeto garantizar á los terceros acreedores como á los terceros adquirentes contra los peligros de la clandestinidad romana. Voet vivía en un país de empeño; pero el empeño tiránico de la tradición es más fuerte que la vida real. Amenudo es imposible que los terceros conozcan las causas de resolución, de revocación ó de rescisión que amenazan sus derechos Por esto la nueva ley prescribe, por una parte, la publicidad de las demandas de revocación y de nulidad, así como de las sentencias pronunciadas en estas demandas (número 3), y por por otra parte subordina la condición resolutoria tácita á la conservación del privilegio del vendedor.

La jurisprudencia aprobó, sin embargo, por mucho tiempo la condición de los terceros acreedores, decidiendo que los representaba el deudor en las instancias en que el derecho de propiedad del deudor y, por tanto, los derechos de hipoteca estaban en causa. Hemos criticado en otro lugar esta falsa doctrina que pierde cada día más su crédito (tomo XX, núms. 105-107). (2) Hay que ir más allá; no sólo los terceros acreedores no están representados por el deudor en las acciones de resolución ó de rescisión intentadas contra

1 Voet, Comentario, lib. XX, tít. VI, núm. 8.
2 Compárese Martou, t. II, p. 71, núm. 969.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

él sino que pueden también ejercer los derechos de su deudor; si, pues, la hipoteca les fué concedida por el que tenía una acción en virtud de la cual se le declarará propietario los acreedores pueden formar esta acción en nombre de su deudor. Si la condición suspensiva que suspende el derecho del deudor y el de los terceros acreedores hipotecarios consiste en el pago de una suma de dinero los acreedores serán admitidos á hacer esta prestación para consolidar su hipoteca; podrían, pues, ejercer el rescate en nombre del vendedor que les dió hipoteca en el inmueble vendido con pacto de rescate. (1)

*III. De la hipoteca consentida por los administradores.*

483. Hay administradores convencionales y administradores legales. Que los primeros no tengan el derecho de hipotecar sin un poder especial esto no es dudoso, puesto que la ley lo dice. El art. 1988 dice: «El mandato concebido en términos generales no abraza más que los actos de administración; si se trata de enajenar ó hipotecar el mandato tiene que ser expreso.» Transladamos, en cuanto al principio, al título que es el sitio de la materia. Hay que agregar que el poder debe ser auténtico; esto es lo que dispone el art. 76.

Fué sentenciado que estos principios reciben su aplicación á los gerentes de las sociedades mercantiles, lo que es evidente; en efecto, el Código de Comercio no da á los gerentes el derecho de enajenar ó hipotecar los inmuebles de la sociedad, y en el silencio de una ley mercantil hay que ocurrir al derecho común del Código Civil, y el Código no permite á los administradores hipotecar, puesto que exige la capacidad de enajenar para poder conceder una hipoteca (art. 2124; Ley Hipotecaria, art. 73). (2) Los gerentes son

1 Valette, Tratado de los Privilegios y de las Hipotecas, p. 204.
2 Denegada, 21 de Abril de 1841 [Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1223], y 3 de Mayo de 1853 [Dalloz, 1853, 1, 186]. Bruselas, 20 de Noviembre de 1872 [Pasicrisia, 1873, 2, 5].



unos mandatarios ordinarios; tienen que estar provistos de un mandato especial y auténtico.

484. ¿Pasa lo mismo con los administradores legales? Se lee en el último tratado que apareció acerca de las hipotecas, que representando á la persona del que administra los bienes tienen, por esto mismo, el derecho de hipotecar los inmuebles de aquellos á quienes representan. Se dice que esto no es derogar los principios que sólo permiten que el propietario hipoteque, puesto que es el propietario el que consiente la hipoteca por intermedio de su representante legal. (1) El principio así enunciado es un error ó está mal formulado. El autor olvida que no basta ser propietario para poder hipoteca, es necesario también tener la capacidad de enajenar, y los mandatarios legales representan á personas incapaces, ausentes, menores, interdictos, mujeres casadas; aunque propietarios estos incapaces no pueden hipotecar y sus representantes no tienen más derechos que ellos. Mejor dicho, sólo representan á los incapaces para administrar sus bienes; en calidad de administradores no tienen otro poder que el de hacer actos de administración; si se trata de enajenar ó hipotecar la ley prescribe formalidades y condiciones en interés de los incapaces, por razón de la falta de capacidad en la persona de los administradores legales; luego cuando éstos hipotecan cumpliendo con las condiciones y formalidades legales no puede decirse que ejercen un derecho que les pertenece en calidad de administradores, pues si tienen que cumplir formalidades y condiciones es precisamente porque no tienen derecho.

485. Los enviados á posesión provisoria de los bienes un ausente no pueden hipotecarlos, porque son simples de administradores (art. 125). Pero puede ser necesario

1 Pont, t. II, p. 69, núm. 633.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

vender los inmuebles del ausente ó hipotecarlos: esto puede ser ventajoso para sus intereses; no teniendo los enviados provisorios más que un poder de administración no pueden hipotecar, y el Código Civil no indicaba ningún medio de suplir su incapacidad. Este vacío ha sido llenado por la Ley Hipotecaria que dice (art. 75): «La hipoteca de los bienes de los ausentes, mientras que la posesión sólo está dada provisionalmente, está sometida á las formalidades prescriptas para los menores y los interdictos.» Transladamos, para los pormenores, á lo dicho en el título *De la Ausencia* y *De la Tutela*.

Si en caso de ausencia hay un esposo comunero en bienes la ley le permite impedir el envío provisorio optando por la continuación de la comunidad. ¿Cuáles son, en este caso, los derechos del esposo, ya sea en la comunidad, ya en los bienes propios del cónyuge ausente? ¿Puede hipotecar? Ya hemos examinado estas cuestiones en el título que es el sitio de esta materia.

Cuando los legatarios piden el envío á posesión definitiva se dividen los bienes del ausente y la ley los considera como propietarios para con los terceros; aunque el ausente viviera todavía tiene que respetar las actas de disposición hechas por los enviados, tales como las hipotecas concedidas por ellos.

486. El tutor es un mandatario legal por excelencia, puesto que la ley dispone que representa al menor en todos los actos civiles (art. 450). Sin embargo, no pueden hipotecar los inmuebles de su pupilo sino con autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal (artículos 457 y 458). Además, la ley limita las causas por las que la autorización podrá ser concedida; es necesario que haya necesidad absoluta ó ventaja evidente. Transladamos para los pormenores al título *De la Tutela*.

El interdicto está asimilado al menor en lo que se refiere á la administración de sus bienes. Es para quitar al enajenado una gerencia de que es incapaz por lo que la familia tiene el derecho de provocar la interdicción; se aplica, por consiguiente, al tutor del interdicto lo que hemos dicho del tutor de los menores (art. 509). Si los enajenados están colocados en un hospicio ó una casa de salud la ley confía la administración de sus bienes á un administrador; ya hemos explicado la ley de 1850 en un apéndice al título *De la Tutela*.



Hay todavía un administrador legal que la doctrina y la jurisprudencia asimilan al tutor: es el padre que durante el matrimonio está encargado de administrar los bienes de los hijos menores. Ya hemos explicado en otro lugar las dificultades que presenta la administración del padre y, por consiguiente, la cuestión de saber si puede hipotecar.

487. El marido administra los bienes de la comunidad y es administrador de los bienes de la mujer. Hemos dicho en el título *Del Contrato de Matrimonio* que el marido puede enajenar é hipotecar los bienes de la comunidad, de los que se le considera señor y dueño (art. 1421), mientras que no puede enajenar los inmuebles personales de la mujer sin su consentimiento (art. 1428); de donde se sigue que no puede hipotecarlos, puesto que el derecho de hipotecar está subordinado a la capacidad de enajenar (art. 2124; Ley Hipotecaria, art. 73). Se deroga el rigor de este principio en la cláusula de mobilización (núm. 464). Bajo el régimen dotal los bienes de la mujer no pueden ser enajenados ni hipotecados; sin embargo, el marido puede volverse propietario de los inmuebles dotales (arts. 1552-1553); se entiende que en este caso puede disponer de ellos y, por tanto, hipotecarlos.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

*Núm. 2. Se necesita tener la capacidad de enajenar.*

488. Según el art. 73 (Código Civil, art. 2124) «las hipotecas convencionales no pueden ser consentidas más que por aquellos que tienen capacidad para enajenar los inmuebles que gravan.» Esto es una aplicación del principio de que la hipoteca es un desmembramiento de la propiedad y, por consiguiente, una enajenación parcial; y para enajenar no basta ser propietario, es necesario también tener capacidad de disponer de sus bienes. Hay propietarios que por razón de su incapacidad no pueden enajenar: esta incapacidad arrastra la de hipotecar. Así sucedería aunque los incapaces tuvieran el poder de obligarse, pues la ley les exige más que esta capacidad para poder hipotecar: quiere que el que hipoteca pueda vender. A primera vista se podría creer que la capacidad para obligarse debiera bastar para poder hipotecar; hay uno de nuestros buenos autores que lo dice. (1) Esto es un error que el texto de la ley condena, puesto que el Código exige formalmente la capacidad de enajenar. Es verdad que aquel que se obliga obliga sus bienes (artículos 2092 y 2093; Ley Hipotecaria, arts. 7 y 8) y, por consiguiente, los enajena indirectamente en el sentido de que da á sus acreedores el derecho de perseguir la expropiación; si puede enajenar indirectamente al obligarse ¿por qué no puede enajenarlos parcialmente hipotecándolos? El acreedor hipotecario no tiene un derecho más extenso en los bienes hipotecados que el acreedor quirografario en virtud de su derecho de prenda que le da la ley. Luego, se dice, el derecho de obligarse implica el de hipotecar. Contestamos que tal no es la teoría de la ley, y tuvo buenas razones para no consagrarla. Una cosa es la prenda general de los artículos 2092 y 2093 (Ley Hipotecaria, arts. 7 y 8) y otra cosa es la hipoteca. El que da un inmueble en hipoteca desmembra

1 Durantón, t. XIX, p. 507, núm. 343, p. 513, núm. 347.



su derecho de propiedad; ya no puede gozar en administrar como un propietario, enajenar una fracción de su derecho; mientras que aquel que se obliga puede, apesar de la prenda que la ley confiere á los acreedores, disponer libremente de sus bienes, de los que conserva la plena y entera propiedad. Así obligarse no es enajenar actualmente; hipotecar, al contrario, es enajenar. De esto se sigue que el poder de obligarse no implica el de hipotecar. Esta diferencia entre el derecho de obligarse y el derecho de hipotecar está también fundado en la razón. El derecho de hipotecar es mucho más peligroso que el de obligarse; en efecto, facilita á aquel que se quiere obligar los medios de contraer deudas; y como se trata de incapaces es necesario, en lugar de facilitarles los medios de obligarse y, por consiguiente, de arruinarse, estorbar una libertad que les sería funesta. El legislador hizo, pues, bien en prohibirles hipotecar á la vez que les permitía obligarse para las necesidades de su administración. Esto no les impide que hipotequen si hay ventaja para ellos en caso de necesidad. Pero sólo podrán hacerlo observando las condiciones y las formas que la ley establece para protegerlos contra su incapacidad.

489. En nuestro derecho los menores y los interdictos que les son asimilados no obran por sí, tienen un representante legal que obra por ellos. No puede, pues, decirse que los menores no tienen capacidad para hipotecar, puesto que no tienen el ejercicio de sus derechos. Debe preguntarse cuáles son los derechos del tutor que los representa en todos los actos civiles (núm. 450). Ya hemos contestado á la pregunta (núm. 486) transladando al libro 1.° del Código Civil, donde se halla el sitio de la materia (t. V, núm 93). Si el menor hipotecara el acta sería nula en la forma (artículo 1311) y, por consiguiente, el menor podría pedir la nulidad probando que las formalidades prescriptas no han sido observadas. Los principios acerca de la acción de nu-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

lidad que tiene el menor han sido expuestos en el título *De las Obligaciones*. Hay, sin embargo, un caso en el que los bienes de un menor no pueden ser gravados de hipoteca general sin formalidad alguna: es cuando el menor se casa; esto puede también suceder en el caso en que por excepción un menor gira la tutela, lo que la ley admite sólo para el supérstite de los padres; la hipoteca legal no exige el consentimiento del deudor; la ley es la que la establece, y la establece sin la voluntad del deudor y, en caso necesario, apesar suyo.

490. El menor emancipado tiene el poder de obligarse para las necesidades de su administración ¿Debe concluirse que tiene el derecho de consentir hipotecas para la garantía de las obligaciones que contrae? Acabamos de contestar á la pregunta en términos generales (núm. 488) y lo hemos contestado más especialmente en lo que se refiere al menor (t. V, núm. 233). Creemos inútil insistir. Si los intérpretes tuvieran más respeto para la ley la cuestión no hubiera sido suscitada, pues hay dos textos que la deciden: el art. 2124 (Ley Hipotecaria, art. 73) y el art. 484; sólo falta dar los motivos que justifican la ley; esto es lo que acabamos de hacer (núm. 488). (1)

490 *bis*. El Código de Comercio consagra una excepción á estos principios en favor de los menores comerciantes; pueden, en virtud de la autorización general que se les da, para practicar el comercio, hipotecar sus inmuebles; pero permanecen incapaces para enajenarlos, salvo que cumplan las formalidades y condiciones exigidas por la ley civil (artículo 6). Se concibe la razón de esta excepción; los menores comerciantes tienen una capacidad más grande que los menores emancipados en general; pueden obligarse no sólo para la administración de sus bienes, lo pueden para las necesidades de su comercio; lejos de estorbar este derecho la

1 Compárese Martou, t. III, p. 79, núm. 974. Pont, t. II, p. 50, núm. 34.



ley quiso favorecerlo, ya que está reconocido que el menor tiene capacidad suficiente; y la hipoteca puede dar al menor un crédito que no tendría si no tuviera el derecho de ministrar garantías reales á los acreedores; la ley hubo de permitirle hipotecar, aunque mantiene su incapacidad para enajenar los inmuebles. Esta distinción entre la hipoteca y la enajenación de inmuebles no es muy lógica, puesto que el menor tiene el poder de disponer de valores mobiliares más considerables; el legislador considera siempre los inmuebles como la porción más preciosa de la fortuna de los ciudadanos.

491. Los pródigos y los débiles de espíritu no pueden hipotecar sus bienes (arts. 499 y 513). Aquí la ley permanece fiel á los principios; las personas colocadas bajo consejo judicial no pueden enajenar y, por consiguiente, son incapaces para hipotecar (t. V, núm. 364).

492. Las mujeres casadas están marcadas de incapacidad general á consecuencia de la potestad marital á que las somete la ley; ésta las declara especialmente incapaces para enajenar é hipotecar (art. 217). Su incapacidad, aunque general, no es absoluta; les basta la autorización marital para enajenar é hipotecar todos sus bienes. Cuando hipotecan es ordinariamente en interés del marido, de modo que éste está interesado en concederle la autorización. Síguese de esto que la autorización no es una garantía para la mujer como lo es la intervención del consejo de familia para el menor. La única garantía que la mujer pueda tener es la de estipular el régimen dotal bajo el que sus bienes dotales son inalienables y, por consiguiente, no pueden ser hipotecados.

Hay un régimen que da una gran libertad á la mujer: es la separación de bienes; la mujer administra libremente su patrimonio y es capaz para obligarse para sus necesidades de administración. ¿Tiene, en este caso, el derecho de hi-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

potecar sus inmuebles para las garantías de las obligaciones que contrata? Nó, pues es incapaz de enajenar sus inmuebles sin autorización (arts.1449 y 1538); hay, pues, que aplicarle el principio que rige esta materia; incapaz para enajenar lo está, por esto mismo, para hipotecar. Está, á este respecto, en la misma situación que el menor emancipado; puede obligarse en los límites de su poder de administración, y al obligarse compromete sus bienes; pero no le está permitido comprometerlos por vía de hipoteca; ya hemos dicho el porqué (núm. 488).

Las mujeres comerciantes tienen una capacidad más grande que la de los menores emancipados; el Código de Comercio les permite enajenar é hipotecar sus inmuebles (art. 7) á no ser que estén casadas bajo el régimen dotal, que hace los inmuebles dotales inenajenables. Hay una razón de la diferencia que la ley establece entre las mujeres y los menores. Estos son incapaces por razón de la inexperiencia de su edad; la ley tuvo que limitar la capacidad relativa que les da. Las mujeres, al contrario, son capaces; si la ley les marca la incapacidad es únicamente por causa de la potestad marital; esta incapacidad está cubierta con la autorización y las mujeres no pueden comerciar sino con autorización de su marido, sólo que esta autorización es general, mientras que, según el derecho común, tiene que ser especial. La autorización debiera, pues, bastar para hacer á la mujer comerciante capaz para enajenar é hipotecar.

493. Cuando un incapaz consiente una hipoteca el acta es nula en la forma, lo que da al incapaz una acción de nulidad fundada en la no observancia de las formas prescriptas por la ley. Las actas nulas pueden ser confirmadas. Esto es el derecho común. ¿Cuál es el efecto de la confirmación que un menor consiente después de su mayor edad en cuanto á las actas que había hecho antes de confirmar



la hipoteca? La cuestión está controvertida; la hemos examinado en el título *De las Obligaciones.* (1)

494. Hay incapacidades especiales relativas al deudor insolvente. La insolvencia sola no engendra la incapacidad para hipotecar; aunque tenga deudas más que haber el deudor conserva la libre disposición de sus bienes, su derecho de propiedad no está restringido más que en los casos previstos por la ley. Hay que distinguir entre el deudor civil y el deudor comerciante.

El deudor en quiebra civil no tiene ninguna incapacidad; puede hipotecar sus bienes y mejorar con esto á uno de sus acreedores á expensas de los demás; éstos sólo tienen el derecho de promover la nulidad por vía de acción pauliana. Llega, sin embargo, un momento en que el deudor insolvente no puede ya disponer de sus bienes. La ley de 15 de Agosto de 1854 sobre expropiación forzada contiene á este respecto la siguiente disposición (art. 27): «El deudor no puede, á contar del día de la transcripción del embargo, enajenar ni hipotecar los inmuebles embargados, bajo pena de nulidad y sin que sea necesario pronunciarla.» El deudor embargado permanece propietario de los bienes cuya expropiación persigue el acreedor, pero, por su parte, los acreedores ejercen su derecho y no puede depender del deudor suspender las promociones y estorbarlas enajenando el inmueble embargado. Este es otro caso en el que el propietario no puede hipotecar. La ley declara la hipoteca nula de plano; esto es una excepción al derecho común y una excepción única. ¿Cuál es la razón? ¿En qué sentido debe entenderse? ¿Cuáles son los efectos de la nulidad? Estas cuestiones son extrañas á nuestro trabajo; transladamos al lector al excelente comentario que nuestro sentido colega Waelbroeck ha publicado acerca de la ley de 1854. (2)

1 Compárese Martou, t. III, p. 80, núm. 979; Pont, t. II, p. 52, núm. 616.
2 Waelbroeck, t. II, p. 270, núms. 13 á 16. Deben agregarse dos sentencias

495. ¿Cuál es la situación del deudor insolvente que hace cesión de todos sus bienes á sus acreedores? Un autor responde que el deudor no puede *evidentemente* constituir hipoteca en los inmuebles cedidos por él. (1) Si fuera permitido hablar de evidencia en una materia controvertida habría que decir que la opinión contraria es evidente. Es de de principio que el contrato de cesión no transmite á los acreedores la propiedad de los bienes que les cede el deudor; en cuanto á la cesión judicial la ley dice terminantemente que no es translativa de propiedad. Si la cesión no translada la propiedad á los acreedores se sigue que el deudor permanece propietario de ellos; desde luego tiene el derecho de propiedad, á no ser que la ley no lo marque con incapacidad; y la ley no lo declara incapaz, lo que decide la cuestión.

Otro autor parece decir que el deudor deja de ser propietario aunque la propiedad no esté transmitida á los acreedores: los bienes están vacantes, dice Tarrible; se les nombra un curador; (2) esto no probaría que el deudor dejó de ser propietario; se nombra también un curador para el inmueble que el tercero abandona por promoción de los acreedores hipotecarios; no obstante, es seguro que el tercero detentor permanece propietario. La verdadera dificultad no está ahí. El abandono que el deudor hace á sus acreedores da á éstos el derecho de mandar vender los bienes; ¿puede impedir este derecho enajenando ó hipotecando los bienes cedidos? Ya hemos contestado á la pregunta en otro lugar. La cesión implica un mandato; el deudor nada puede hacer que ataque el poder que dió á sus acreedores para vender (tomo XVIII, núm. 225). Luego para con los acreedores el deudor no puede hipotecar. Y para con los terceros con-

de la Corte de Lieja de 6 de Agosto de 1859 y de 3 de Mayo de 1871 (Pasicrisia, 1861, 2, 178; 1871, 1, 283).

1 Pont, t. II, p. 58, núm. 621.

2 Merlín, Repertorio, en la palabra Inscripción hipotecaria, pfo. 4, núm. 6.



serva el derecho de hipotecar. ¿Cómo conciliar estos dos derechos que son contradictorios? Teniendo el deudor el derecho de hipotecar el acreedor hipotecario puede hacer valer su derecho contra los acreedores á los que fueron cedidos los bienes. ¿Estos, por su parte, no pueden pedir la nulidad de la hipoteca que el deudor ha consentido en perjuicio de sus derechos? Tienen la acción pauliana, pero esta acción no les aprovecha mucho, pues tienen que probar que el tercer acreedor es cómplice del fraude; de modo que la hipoteca subsistirá si el acreedor hipotecario es de buena fe. ¿No puede decirse que los acreedores tienen derecho de promover la nulidad sin tener que probar el fraude? Esta es la opinión que hemos enunciado en el título *De las Obligaciones*. Hay una duda: es que si se permite á los acreedores promover la nulidad el acreedor hipotecario perderá su derecho, sin que pueda reprochársele imprudencia alguna; se supone que trató en ignorancia de la cesión. (1) Esta objeción nos importa poco. No es este el caso de aplicar los principios de la acción pauliana; si la ley exige el fraude para que los acreedores puedan atacar las actas hechas por el deudor es porque el deudor conserva la libre disposición de sus bienes; no se comprometió con sus acredores á no hipotecar; mientras que el deudor que hizo cesión de bienes tomó este compromiso no está ya en la posición de un propietario libre de disponer de sus bienes, abdicó esta libertad; aquellos en favor de los que la abdicó deben tener el derecho de atacar las actas que hace despreciando estos derechos. Aquí está el verdadero motivo de la dificultad. ¿Cuál es la naturaleza del derecho que la cesión da á los acreedores? No es un derecho real, puesto que no son propietarios, y no puede tratarse de un desmembramiento de

1 Esta es la razón por la que Aubry y Rau se han pronunciado en favor del acreedor hipotecario (t. III, p. 272, y notas 38 y 39, pfo. 266).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la propiedad. La cesión es un contrato que sólo engendra derechos de crédito. Es un mandato dado á los acreedores en su interés; y el mandato no da á los mandatarios más que un derecho personal contra el mandante, no les da ningún derecho en la cosa. En el caso los acreedores mandatarios no tienen más que una acción personal contra el deudor que les hizo cesión de bienes, no tienen derecho en los bienes abandonados. ¿Desde luego no debe decidirse que no tienen ninguna acción contra los terceros adquirentes ni contra los acreedores hipotecarios? Los terceros son extraños á la cesión; luego las partes no se la pueden oponer. La opinión contraria que hemos sostenido en el título *De las Obligaciones* está más conforme con la equidad y con el interés de los terceros; pero se necesitaría un texto para consagrarla. En definitiva, hay un vacío en la ley; lo señalamos al legislador.

496. El deudor quebrado no puede ya hacer una acta de disposición después de la sentencia declarativa de quiebra. Está desposeído de la administración de sus bienes en interés de la masa; por consiguiente, no puede ya hipotecar sus bienes en perjuicio de los acreedores de la quiebra. La ley va más allá; declara nulas para con la masa las hipotecas convencionales constituidas en los bienes del quebrado desde la época determinada por la sentencia declarativa de quiebra, como siendo la de suspensión de pagos, ó en los diez días que precedieron á esta época (ley de 18 de Abril de 1851, art. 445). Transladamos, en cuanto á los pormenores, al derecho comercial.

## § VIII.—De la especificación de las hipotecas convencionales.

### *Núm. 1. Principio.*

497. En el derecho antiguo la hipoteca convencional era



general: todo contrato pasado ante notario daba al acreedor una hipoteca en los bienes de su deudor, presentes y futuros. La hipoteca era, á la vez, oculta y general, mientras que, en nuestro derecho moderno, es pública y especial: son las dos bases de nuestro régimen hipotecario. Ya hemos dicho que los jurisconsultos antiguos habían ya criticado el sistema romano de la clandestinidad de las hipotecas; sin embargo, el principio de publicidad tuvo dificultad en penetrar en las inteligencias alimentadas en el respeto de la tradición; d'Aguesseau se hizo defensor de la hipoteca oculta que estaba en completa oposición con las necesidades modernas. La especificación tiene íntima liga con la publicidad; ésta sería incompleta é insuficiente si no descansara en la especificación que determina los bienes hipotecados y el crédito para cuya seguridad fué establecida la hipoteca. El interés que los terceros tienen en conocer los bienes gravados de hipoteca y el monto del crédito para cuyo pago están gravados es de tanta evidencia que no podrá mucho negársela. Loyseau lo ha hecho notar en su *Tratado del Abandono*, pero no veía ningún inconveniente en la generalidad de la hipoteca en lo que se refiere al deudor: es muy racional, decía, hacerlo buen pagador por todos los medios. (1) Esto no es exacto; no es necesario que la hipoteca sea general para que dé al acreedor una completa garantía, basta que la hipoteca esté establecida en bienes que tengan valor suficiente para asegurar el pago del crédito y de los gastos. En cuanto al deudor está tan interesado como los terceros en que la hipoteca no grave más que los bienes necesarios á la garantía del acreedor, pues su crédito sufre por sólo que sus bienes estén cubiertos de inscripciones, mientras que si la inscripción no recae más que en determinados bienes conserva un crédito proporcional á los que quedan libres. Y el crédito de los propietarios es la

1 Loyseau, Del abandono, lib. III, cap. I, núms. 14 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la propiedad. La cesión es un contrato que sólo engendra derechos de crédito. Es un mandato dado á los acreedores en su interés; y el mandato no da á los mandatarios más que un derecho personal contra el mandante, no les da ningún derecho en la cosa. En el caso los acreedores mandatarios no tienen más que una acción personal contra el deudor que les hizo cesión de bienes, no tienen derecho en los bienes abandonados. ¿Desde luego no debe decidirse que no tienen ninguna acción contra los terceros adquirentes ni contra los acreedores hipotecarios? Los terceros son extraños á la cesión; luego las partes no se la pueden oponer. La opinión contraria que hemos sostenido en el título *De las Obligaciones* está más conforme con la equidad y con el interés de los terceros; pero se necesitaría un texto para consagrarla. En definitiva, hay un vacío en la ley; lo señalamos al legislador.

496. El deudor quebrado no puede ya hacer una acta de disposición después de la sentencia declarativa de quiebra. Está desposeído de la administración de sus bienes en interés de la masa; por consiguiente, no puede ya hipotecar sus bienes en perjuicio de los acreedores de la quiebra. La ley va más allá; declara nulas para con la masa las hipotecas convencionales constituidas en los bienes del quebrado desde la época determinada por la sentencia declarativa de quiebra, como siendo la de suspensión de pagos, ó en los diez días que precedieron á esta época (ley de 18 de Abril de 1851, art. 445). Transladamos, en cuanto á los pormenores, al derecho comercial.

## § VIII.—De la especificación de las hipotecas convencionales.

### *Núm. 1. Principio.*

497. En el derecho antiguo la hipoteca convencional era



general: todo contrato pasado ante notario daba al acreedor una hipoteca en los bienes de su deudor, presentes y futuros. La hipoteca era, á la vez, oculta y general, mientras que, en nuestro derecho moderno, es pública y especial: son las dos bases de nuestro régimen hipotecario. Ya hemos dicho que los jurisconsultos antiguos habían ya criticado el sistema romano de la clandestinidad de las hipotecas; sin embargo, el principio de publicidad tuvo dificultad en penetrar en las inteligencias alimentadas en el respeto de la tradición; d'Aguesseau se hizo defensor de la hipoteca oculta que estaba en completa oposición con las necesidades modernas. La especificación tiene íntima liga con la publicidad; ésta sería incompleta é insuficiente si no descansara en la especificación que determina los bienes hipotecados y el crédito para cuya seguridad fué establecida la hipoteca. El interés que los terceros tienen en conocer los bienes gravados de hipoteca y el monto del crédito para cuyo pago están gravados es de tanta evidencia que no podrá mucho negársela. Loyseau lo ha hecho notar en su *Tratado del Abandono*, pero no veía ningún inconveniente en la generalidad de la hipoteca en lo que se refiere al deudor: es muy racional, decía, hacerlo buen pagador por todos los medios. (1) Esto no es exacto; no es necesario que la hipoteca sea general para que dé al acreedor una completa garantía, basta que la hipoteca esté establecida en bienes que tengan valor suficiente para asegurar el pago del crédito y de los gastos. En cuanto al deudor está tan interesado como los terceros en que la hipoteca no grave más que los bienes necesarios á la garantía del acreedor, pues su crédito sufre por sólo que sus bienes estén cubiertos de inscripciones, mientras que si la inscripción no recae más que en determinados bienes conserva un crédito proporcional á los que quedan libres. Y el crédito de los propietarios es la

1 Loyseau, Del abandono, lib. III, cap. I, núms. 14 y siguientes.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

base de la riqueza pública. La especificación es, pues, de interés general en lo que se refiere al deudor y en lo que se refiere á los terceros adquirentes ó acreedores hipotecarios. Si Loyseau no comprendió este interés es porque el poder de la tradición domina á los mejores espíritus (números 161-172).

498. La Revolución rompió con la tradición; por esto mismo estaba dispuesta para innovar en el dominio del derecho privado tanto como en el terreno público. Así se explican las leyes de Mesidor, año III, y de Brumario, año VII, que fundaron el régimen hipotecario en sus verdaderas bases, la especificación y la publicidad, sin tener cuenta alguna de la tradición romana que el legislador revolucionario estaba muy dispuesto á despreciar. Pero la reacción contra la Revolución no tardó en manifestarse: el Consulado preparó el Imperio. Los autores del proyecto del Código Civil volvieron á la tradición francesa; sentaron como principio que la hipoteca convencional se extendía á los bienes presentes y futuros del deudor, salvo estipulación contraria. Por fortuna la Corte de Casación se pronunció enérgicamente en favor de la ley de Brumario. (1) La especificación fué consagrada por el Código Civil; no obstante, con anotaciones restrictivas; las hipotecas legales y judiciales eran generales y la hipoteca convencional misma podía extenderse á los bienes futuros en caso de insuficiencia de los bienes presentes. Así la especificación era incompleta así como la publicidad. El legislador belga, más lógico, volvió á los verdaderos principios, tales como la ley de Brumario los había formulado. Nuestra Ley Hipotecaria somete á la publicidad y á la especialidad las hipotecas legales de los incapaces: abole la hipoteca judicial y desecha la hipoteca convencional en bienes futuros. Nada es peor que leyes que

1 Observaciones del Tribunal de Casación, en Fenet, t. II, ps. 615 y siguientes.



tratan de conciliar principios contrarios: la especificación y la generalidad de las hipotecas, la publicidad y la clandestinidad: se transige en intereses, no se trantige en principios, porque los principios son la verdad relativa tal como está dado al hombre conocerla, y cuando se conoce la verdad se tiene el deber de proclamarla.

499. La especificación prepara la publicidad, pero hay que cuidarse de confundir estas dos bases de nuestro régimen hipotecario. Puede uno equivocarse y la jurisprudencia no siempre supo evitar el escollo. Hay un primer punto en el que no hay ninguna duda. La ley belga, así como el Código Civil, quiere que el acta notariada en que consta el contrato especifique la hipoteca, y quiere también que la inscripción sea especial. ¿Quiere esto decir que la especificación del contrato de hipoteca no sirva más que para preparar la especificación de la inscripción? Si así fuera la especificación de la inscripción sería el objeto y la del acta notariada el medio; de donde resultaría que el objeto de la especificación estaría alcanzado desde que la inscripción especificara la hipoteca, aunque el contrato hubiera omitido especificar ó no lo hubiera hecho lo bastante. Los textos del Código rechazan esta interpretación. Hay dos principios: la especificación y la publicidad; y aunque estos principios concurren á un mismo objeto son distintos y difieren. El art. 78 dice: «*Sólo hay hipoteca convencional válida* cuando declara especialmente la naturaleza y la situación de cada uno de los inmuebles en los que el deudor consiente hipoteca.» Así la hipoteca es nula cuando el acta notariada no especifica los inmuebles en los que está establecida. También es nula, según el art. 80, cuando el acta no determina la suma por la que fué consentida. Y la hipoteca nula no produce ningún efecto. En vano el acreedor en el momento de tomar inscripción declararía los bienes y la suma: la inscripción sería inoperante, pues estaría tomada en virtud

de un derecho que no existe. En efecto, la inscripción sólo es la manifestación de la hipoteca, que hace pública en interés de los terceros; supone, pues, un derecho preexistente que se trata de conservar, como la ley lo dice de la publicidad de los privilegios; donde no hay derecho la inscripción nada puede conservar; si se toma, esto es, sin derecho, el propietario de los bienes indebidamente gravados puede pedir la cancelación y el tribunal tiene que pronunciarla (art. 95; Código Civil, art. 2160). La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (1)

Si la inscripción, aunque regular, no valida la hipoteca nula por falta de especificación es evidente que la validez de la hipoteca no impide ser nula la inscripción cuando ésta no especifica suficientemente los inmuebles y el crédito; los terceros no consultan el acta notariada que constituye la hipoteca; desde que la inscripción es irregular y que resulta un perjuicio para ellos pueden pedir su nulidad, lo que quita su eficacia á la hipoteca.

500. El acta de hipoteca puede ser mueble y serlo también la inscripción por falta de especificación. Hé aquí en apariencia una completa analogía; sin embargo, hay una diferencia, y es bien grande. La Ley Hipotecaria establece el principio de que la irregularidad de la inscripción sólo arrastra nulidad cuando resulta de ella un perjuicio en detrimento de los terceros (art. 85). Este principio no recibe su aplicación á la falta de especificación en el contrato de hipoteca; basta que el acta no especifique la hipoteca para que ésta sea nula; los arts. 70 y 80 (Código Civil, artículos 2129 y 2132) no subordinan la nulidad de la hipoteca á un perjuicio que resultare á los terceros; por sólo que la hipoteca no fué especificada es nula. La razón de esta diferencia se relaciona á la diferencia de los dos principios de especificación y de publicidad. La hipoteca sólo es válida bajo la condición de ser especial; en cuanto á la publicidad no está requerida para la validez de la hipoteca; supone, al contrario, que la hipoteca es válida, sólo subordina sus efectos á la inscripción. La publicidad está destinada á ilustrar á los terceros; si es insuficiente y que, por tanto, los terceros están inducidos á error pueden pedir la nulidad de la inscripción probando que la irregularidad les causó un perjuicio. No pasa lo mismo con la irregularidad del acta de hipoteca; esto no es una cuestión de perjuicio, pues los terceros no tratan después de haber consultado el acta; amenudo ni la conocen; es una cuestión de validez de una acta que la ley sujeta á condiciones y á formas en interés general.

1 Pont, t. II, p. 109, núm. 672. Casación, 8 de Febrero 1810 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1292); Denegada, 18 de Diciembre de 1822 (Dalloz, *ibid.*, núm. 1296), y Denegada, 26 de Abril de 1852, Sala Civil (Dalloz, 1852, 1, 131).



501. La hipoteca debe ser especificada en cuanto á los inmuebles que están gravados y en cuanto al crédito para cuya garantía fué consentida. Ya hemos dado la razón de esto.

### *Núm. 2. De la especificación en cuanto á los bienes.*

502. ¿En qué consiste la especificación en cuanto á los bienes? El acta notariada debe declarar especialmente la naturaleza y la situación de los inmuebles pertenecientes al deudor en los que consiente la hipoteca del crédito (artículo 78; Código Civil, art. 2129). Es necesario que la especificación se haga por acta notariada; el deudor tiene que declarar cuáles bienes hipoteca, y esta declaración debe encontrarse ya en el título auténtico constitutivo de hipoteca, ya en acta auténtica posterior; o es decir, en el contrato de hipoteca cuando es distinto del contrato principal, y en rigor en una acta separada que especifique los inmuebles, acta que sería la continuación de la que constituye la

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

hipoteca y su complemento. Se entiende que la hipoteca en este caso sólo existiría á partir del acta que complete este contrato. ¿Por qué quiere la ley que se haga la especificación en forma auténtica? E to es una consecuencia de la solemnidad del acta. Todos los elementos del contrato deben ser solemnes (núm. 438), luego también la especificación. Si ésta se hiciera por acta privada sería nula en la forma; por consiguiente, no existente; de donde se seguirá que la hipoteca también lo sería.

La ley agrega que el deudor no puede declarar más que los bienes le pertenecen actualmente. Ya hemos explicado este principio al exponer las condiciones de capacidad requeridas para que el deudor pueda hipotecar (números 475 y 476); no es necesario que el deudor posea los bienes en el momento de hipotecarlos, basta que tenga una acción en virtud de la cual será declarado propietario.

¿En qué debe versar la declaración? El acta debe declarar la *naturaleza* y la *situación* de cada inmueble que el deudor hipoteca; y el art. 78 quiere que esta declaración sea *especial*. La ley no dice lo que debe entenderse por *naturaleza* de los bienes; el art. 2148, que fija las formalidades de la inscripción, se vale de la palabra *especie*; la ley belga (artículo 83) emplea la palabra *naturaleza* en todos los artículos relativos á la especificación. Se lee en una sentencia de la Corte de Casación que por esta palabra la ley entiende el estado de la superficie de los inmuebles; es decir, el modo de su explotación; lo que equivale á decir que el acta debe designar las construcciones, patios, jardines, tierras de labor ó incultas; y esta designación debe hacerse por *cada uno* de los inmuebles; en este sentido será *especial* como lo quiere la ley. (1) La *situación* es más fácil de definir; si se trata de casa en una ciudad ó en un municipio rural en don-

1 Casación, 20 de Febrero de 1810 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1292).



de las casas tienen número el acta indicará el municipio, la calle y el número. Donde no hay calles ni números el acta tendrá que determinar la situación de modo que el inmueble esté claramente designado; si el bien tiene un nombre como es de uso en el campo el notario lo indicará; esto es el mejor medio de darlo á conocer, pero esto no dispensa al notario de indicar la *situación* de un modo *especial:* esta es la disposición terminante de la ley y ésta la prescribe bajo pena de nulidad. (1)

503. La aplicación de la ley relativa á las indicaciones que constituyen la especialidad ha dado lugar á numerosas dificultades. ¿Cuándo hay suficiente especificación? Si los intérpretes se atuvieran al texto de la ley la solución sería muy fácil, pues el art. 2129 (Ley Hipotecaria, art. 78) está muy claro. Desgraciadamente los jueces gustan de decidir de hecho; y cuando la aplicación de la ley les parece muy rigurosa tratan de eludirla. Hay autores que aprueban este sistema de indulgencia y que acusan de chicaneros ó quisquillosos á los que aplican la ley tal cual es, sin importarles las consecuencias rigurosas que resultan de ella. Troplong olvida que esto es hacer un proceso á la ley, apartarse de lo que prescribe, y que el deber del juez es aplicarla sin que le pertenezca juzgarla. Este es nuestro principio de interpretación y no conocemos otro que se concilie con el respeto que el intérprete debe tener por la ley. (2) Demos más adelante que los autores de la ley belga han consagrado este principio manteniendo el rigor del Código Civil en esta materia.

504. El contrato dice que la hipoteca está constituida en todos los bienes que el deudor posee en la extensión de tal municipio. ¿Esta especificación es la que quiere la ley?

1 Durantón, t. XIX, p. 580, núm. 373.
2 Troplong, t. II, núm 536, 2.°



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Basta comparar el contrato con el texto para convencerse de que la ley no está observada: en lugar de indicar la *naturaleza* de los bienes en los que el deudor consiente una hipoteca el acta está absolutamente muda en la naturaleza de los bienes hipotecados; esto es lo que dijo la Corte de Casación al casar una sentencia que había validado la hipoteca. (1) La Corte lo sentenció así en varias ocasiones conforme con la ley de 11 Brumario, año VII, y ¡cosa notable! esta ley era menos rigurosa que el Código Napoleón; decía (art. 4): «Toda estipulación de hipoteca debe indicar la *naturaleza* y situación de los inmuebles hipotecados.» El Código Civil agregó á este texto dos palabras decisivas: el acta debe *especialmente* declarar la naturaleza y la situación de *cada uno* de los inmuebles en los que el deudor consiente hipoteca. Es decir, que la especificación debe ser individual. Esto resulta también de la frase que sigue en el art. 2129: «*Cada uno* de los bienes presentes puede ser *nominativamente* sometido á la hipoteca.» Estas palabras no fueron reproducidas por la ley belga; no porque el legislador haya entendido apartarse del rigor del Código Civil manifestó la voluntad contraria; si esta parte del art. 2129 fué omitida es porque era inútil; lo seguro es que precisaba aun más lo que la ley entiende por especificación: cada inmueble hipotecado debe ser designado separadamente por la naturaleza de su explotación y por su sitio. Toda otra designación es insuficiente y arrastra la nulidad de la hipoteca.

La Corte de Casación mantuvo su jurisprudencia cuando ha sido llamada á decidir la cuestión conforme al Código Civil, pero la redacción de las sentencias manifiesta una especie de relajamiento. Una sentencia de la Corte de Caen había anulado una hipoteca por motivo de que el acta decía

1 Casación, 23 de Agosto de 1808 y 20 de Febrero de 1810 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1292).



sencillamente que la hipoteca estaba establecida en unas casas y terrenos situados en la jurisdicción de la oficina. En el recurso la Corte de Casación pronunció una sentencia de denegada que se limita á decir que la Corte de Apelación no había violado ninguna ley; (1) debía haber dicho que la sentencia atacada había hecho buena aplicación del art. 2129.

Citaremos también una excelente sentencia de la Corte de Aix. El acta decía que el deudor hipotecaba los bienes rurales que poseía en la jurisdicción de dos municipios y las «casas que tenía en dichos lugares.» Se pretendió que esta especificación era suficiente. Nó, dijo la Corte; esta es una designación indeterminada de *bienes rurales* y de *casas*, que no da á conocer si los bienes rurales son tierras de labor, montes, praderas, frutales ó bosques; si las casas servían para habitación ó si eran almacenes ó fábricas. Si, agrega la sentencia, se pudiera hipotecar vagamente todos los bienes que se poseen en tal municipio se podría igualmente hacerlo para todos los que se tienen en una provincia ó departamento; así interpretada la especificación sólo sería una palabra vana. (2)

505. Las cortes de apelación han resistido casi siempre á una interpretación rigurosa de la ley. Vamos á oír sus razones. Una acta constituye una hipoteca en los bienes situados en la extensión de tal municipio, domicilio del constituyente. Esto es declarar suficientemente, dice la Corte de Riom, cuáles son los bienes hipotecados, porque todos los que posteriormente á esta acta hubiesen tratado con el deudor estaban avisados de que todos los bienes que poseía en el municipio estaban gravados con hipotecas. (3)

1 Denegada, 19 de Febrero de 1828 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1292). Compárese Casación, 26 de Abril de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 131).
2 Aix, 30 de Agosto de 1809 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1292).
3 Riom, 15 de Abril de 1826 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1292). Compárese Grenoble, 27 de Julio de 1829 [*ibid.*]

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Esto no es exacto, pues el deudor podía adquirir nuevos bienes en el mismo municipio; ¿cómo distinguirían los terceros los bienes hipotecados de los bienes que estaban libres? La Corte olvida, además, el interés del deudor: ¿qué crédito tendrá por los bienes que adquiera? Los terceros consultarán los registros del conservador y deberán creer que todos los bienes del deudor están gravados, y para saber que los hay libres tendrán que indagar, consultar títulos y discutirlos. ¿Es esto lo que quiso el legislador al establecer el principio de la especificación?

Las cortes parecen preocuparse exclusivamente del interés de los terceros. Se lee en una sentencia de la Corte de Nancy que los terceros interesados no han sido inducidos en error, puesto que la inscripción tomada en los registros del conservador les dió á conocer que todos los bienes del deudor estaban gravados de hipoteca. (1) Suponiendo que esto fuera exacto aun así la jurisprudencia sería contraria á la ley. Confunde la inscripción hipotecaria con el contrato de hipoteca; ya hemos hecho resaltar las diferencias que son esenciales (núms. 499-500). Cuando se trata de la inscripción las cortes tienen razón de examinar si la publicidad dada á la hipoteca da á conocer á los terceros de un modo suficiente que los bienes están gravados, ó si por razón de la falta de especificación han sido inducidos en error. Sucede muy distintamente cuando se trata del contrato de hipoteca; aquí el juez está ligado por un texto absoluto que estatuye en interés general, el del crédito inmobiliar, y que exige, como condición esencial para la validez de la hipoteca, que ésta esté especificada. Y la ley determina de un modo preciso en qué consiste la especificación: es necesaria una designación individual y nominativa de cada inmueble hipotecado; á falta de esta especificación la hipoteca es nula. En vano las cortes dicen que la inscripción, conforme al acta, bastó suficientemente para dar á conocer á los terceros cuáles son los bienes hipotecados, y sería absurdo anular la hipoteca por falta de especificación cuando está suficientemente especificada en el sentido de que el interés de los terceros está resguardado. Contestamos que el reproche, de un rigor excesivo, se dirige al legislador; el texto está terminante, habría que cambiarlo para justificar la jurisprudencia, lo que condena la doctrina de las sentencias. Aun hay más: las cortes no tienen en cuenta uno de los motivos por los cuales la ley ha establecido la especificación: es el crédito del propietario, y este crédito es también el de la sociedad. La ley no quiere que el deudor hipoteque en conjunto todos los bienes que posee; quiere que la hipoteca no grave más que los bienes necesarios á la garantía del acreedor; sólo hay un modo de alcanzar este objeto: es llamar la atención del deudor en cada uno de los inmuebles que da en hipoteca, obligándolo á designarlos nominativamente; así podrá reservarse bienes libres que le permitirán contraer nuevos compromisos. Las cortes se han, pues, equivocado considerando únicamente el interés de los terceros que tratan con el deudor; el legislador estableció la especificación en un interés general; la ley es de orden público; desde luego el juez sólo tiene que ver una cosa: ¿Responde, sí ó nó, el acta á las exigencias precisas de la ley? Si no responde á ellas debe anular la hipoteca. (1)

1 Nancy, 30 de Mayo de 1843 [Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1292]. Compárese Rennes, 2 Junio de 1824 (*ibid*.)



506. Hay una fórmula muy usada que, en apariencia, respeta la ley y que, en realidad, la viola. El deudor constituye una hipoteca «en una casa, construcciones, patios, jardines, tierras y viñedos que le pertenecen en tal municipio.» Hay fórmulas más largas; Troplong dice que los notarios indican al acaso toda clase de inmuebles, de modo

1 Aubry y Rau, t. III, p. 278, nota 58, pfo. 266. Pont, t. II, p. 110, número 664.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que el deudor se encuentra hipotecar clases de bienes que no posee. La fórmula, es decir, el notario, parece someterse á la especificación minuciosa que la ley exige y, en el fondo, se ríe de ella y la reduce á un formulario pueril. Troplong concluye que la enumeración es inútil; nosotros concluimos que es insuficiente y que si los notarios respetaran la ley indicarían nominalmente cada inmueble hipotecado, especificándolo según su naturaleza y sitio; lo que no les permitiría reírse de la ley. Sin embargo, la jurisprudencia se conforma con este simulacro; las sentencias se limitan á decir que el acta que dice que los inmuebles hipotecados consisten en casas, prados y tierras situadas en tal municipio llenan suficientemente el objeto del art. 2129. (1) Esto no es motivar una sentencia, es afirmar, y la afirmación se encuentra en oposición directa con la ley.

La Corte de Casación prestó el apoyo de su autoridad á este relajamiento. Un contrato de hipoteca dice que el deudor afecta á la seguridad de la apertura de un crédito «todos los bienes inmuebles que posee y de los que goza, por cualquier título que sea, consistiendo en casas y construcciones diversas, fábricas, talleres, caballerizas, terrenos de labor, viñedos y otras clases de propiedades; todo situado en el territorio de dos municipios designados en el acta.» La hipoteca atacada fué mantenida por la Corte de Montpellier. Recurso desechado por la Cámara de Requisiciones. La Corte de Casación dice, como las de apelación, que la enumeración de los diversos inmuebles hipotecados bastó suficientemente para las prescripciones de la ley. Decimos que esto es una enumeración; y la ley quiere más: una especificación de *cada uno* de los inmuebles, indicando nominalmente la *naturaleza* y situación de éstos. Así la

1 Troplong, núm. 536, 2.° París, 10 de Junio de 1812. Metz, 21 de Mayo de 1813. Riom, 31 de Agosto de 1816 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1294, 1.°). París, 21 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1852, 5, 305).



Corte declara suficiente una especificación que la ley declara insuficiente. La Corte agrega que «el juez del fondo, apreciando que las indicaciones dadas por el título eran suficientes para *avisar á los terceros* una situación que no podía ni quería disimular, hizo con las circunstancias de la causa una apreciación soberana que no cae en la censura de la Corte de Casación.» (1) Volveremos á este punto. Conste sólo que la Corte confirma el error que arrastró al juez del hecho en esta materia; si el interés de los terceros decide la validez de la hipoteca es inútil discutir acerca de la especificación de la hipoteca; ésta será válida desde que conste que los terceros no han sido inducidos á error. Queda por saber si este es el sentido de la ley. Creemos haber demostrado lo contrario.

507. Las cortes de Bélgica y el legislador belga permanecen fieles á los verdaderos principios. Una acta dice que dos esposos constituyen una hipoteca «en la generalidad de los inmuebles que les pertenecen, situados en Habay la Nueva y en el territorio de este municipio, consistiendo en dos casas de habitación situadas en el camino real y reuniendo en junto caballerizas, construcciones, jardines y anexos; más tierras de labor y praderas.» La Corte de Lieja dice muy bien que la designación de los inmuebles hipotecados era suficiente; pero, por esto mismo, la de las tierras de labor y praderas no lo era. En efecto, en lugar de declarar *especialmente* la naturaleza y la situación de *cada una* de las tierras y praderas el título no les designaba más que *generalmente* y en *masa*. «Tal designación, dice la Corte, puede tanto menos bastar en el caso cuanto que no se trata de un cuerpo de explotación con especial denominación sino de fracciones distintas y separadas.» (2) Volveremos á este último punto.

1 Denegada, 12 de Marzo de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 347). Compárese Denegada, 25 de Noviembre de 1868 (Dalloz, 1869, 1, 149).
2 Lieja, 15 de Enero de 1859 (Pasicrisia, 1859, 2, 152).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Esta decisión fué pronunciada bajo el imperio de la nueva Ley Hipotecaria; la Corte no invoca los informes que la precedieron, y hace bien, pues el texto basta, y él es el que decide y no la discusión. Sin embargo, es bueno dar á conocer la opinión emitida en los informes; esto es una autoridad moral que no debe descuidarse en una materia en que la jurisprudencia se aparta de la ley tan amenudo. Se lee en el informe de la comisión especial que preparó el proyecto de ley: «El principio de la especialidad está consagrado por el art. 2129. Pero la jurisprudencia la interpretó en sentido diverso. *Contrariamente al objeto claramente expresado por la ley* ha llegado hasta permitir hipotecar todos los bienes situados en un municipio determinado, sin más especificación que la de la naturaleza de estos bienes. *Esto es desconocer el espíritu de la ley.* Sin embargo, la *precisión de los términos* de que se vale no puede dejar *ninguna duda* acerca de su voluntad y debe hacer rechazar una interpretación cuy *error es evidente.* Por esto la comisión especial propone el mantenimiento puro y simple de la primera disposición del art. 2129.»

La comisión de la Cámara de Diputados se pronunció en este sentido: «Es de opinión que, para realizar el sistema de especificación cuyas ventajas son bien conocidas, hay que atenerse al tenor claro y preciso de la ley; en consecuencia, no se podría considerar como válida una constitución de hipoteca recayendo en todos los bienes que el deudor posee en un municipio determinado.» (1)

La interpretación es tan precisa como el texto; desgraciadamente no tiene ninguna autoridad legal; por esto es que hemos creído deber entrar en pormenores de la jurisprudencia para hacer una crítica racional. Sin embargo, la opinión de la comisión dejó un rastro en la ley, é importa

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 40); Lelièvre, informe (Parent, p. 144).



hacerlo constar porque el argumento del texto tiene más importancia que las doctrinas profesadas en los informes. El art. 2148, que determina la especificación de la inscripción, no exige más que una mención de la *especie* y de la situación de los bienes, sin reproducir la disposición más rigurosa del art. 2129 que exige, además, la designación *especial* y *nominal* de la *naturaleza* de *cada* inmueble. Se prevalecen de esta diferencia de redacción para explicar el artículo 2129 por el art. 2148. Esto es muy mal argüir, pues estos dos artículos fijan condiciones diferentes, aunque concurren una y otra al mismo objeto: la especificación y la publicidad. El legislador belga quitó este pretexto á la jurisprudencia reproduciendo en el art. 83 (Código Civil, art. 2148) los términos del art. 78 (Código Civil, art. 2129); en efecto, el núm. 5 del art. 83 dice que la inscripción debe contener «la indicación *especial* de la *naturaleza* y de la situación de *cada uno* de los inmuebles en los que el que inscribe entiende conservar su hipoteca.» Esta redacción, dando una autoridad legal á la interpretación de los autores de la ley, confirma lo que hemos dicho de la diferencia que existe entre la publicidad y la especificación. La inscripción tiene por objeto *conservar* la hipoteca; supone, pues, una hipoteca existente y eficaz; es decir, que la validez de la hipoteca no debe ser determinada por la validez de la inscripción. Esta puede ser válida aunque no especifique de ningún modo la hipoteca, mientras que la hipoteca sería seguramente nula si el acta se limitara á decir que el el deudor hipoteca todos sus bienes.

508. Aun se presentan dudas en la aplicación del principio. Llamamos la atención de los notarios acerca de este punto; la redacción insuficiente de sus actas hace nacer los procesos y, sin embargo, se les ha confiado la redacción de los contratos de hipoteca precisamente para asegurar su va-



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

lidez. ¿Por qué no se ajustan á la letra de la ley? Esto es un medio muy sencillo para evitar toda dificultad y de estar al abrigo de toda responsabilidad.

M. Lelièvre dice en su informe: «Entendido que si se trata de una posesión, de una hacienda ó de una granja, bastará con decir el *nombre* y la situación designando las diversas partes que las componen.» El relator invoca en apoyo de esta interpretación el art. 64 del Código de Procedimientos, que está concebido así: «En materia real las notificaciones de aplazamiento enunciarán la *naturaleza* de la heredad, el municipio, y en cuanto es posible la parte del municipio en que está situada y dos al menos de las colindantes; si se trata de una posesión ó de una granja bastará designar el *nombre* y la *situación*.» Aceptamos la argumentación analógica en lo relativo á la *regla*, pero no se puede admitirlo para la excepción que la comisión quiere hacer en lo relativo á los dominios; es cierto que la disposición del art. 64 es excepcional y la interpretación del art. 2129 (Ley Hipotecaria, art. 78) que se propone también sería una excepción; en efecto, la ley no distingue, comprende todos los *inmuebles*, luego también los *dominios* ó *posesiones* y quiere que el acta indique la *naturaleza* de *cada uno* de los inmuebles y que dicha indicación sea *especial*, *nominal*. Decir que la designación del *nombre* basta, cuando se trata de un dominio, con una indicación *general* de los bienes que componen el dominio esto es derogar la ley, es hacer una excepción: y ¿quién da al intérprete el derecho de derogar la ley?

Tal es, sin embargo, la opinión generalmente seguida. Tarrible ya la había propuesto; sólo exige una condición: que los terrenos dependientes, contiguos ó separados, sean claramente designados. Esto es una universalidad de hecho, dicen los editores de Zachariæ. (1) Esa palabra *universali-*

1 Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. III, p. 279, nota 59, pfo. 266.



*dad* hace un extraño contraste con la designación *especial;* decir que cada uno de los inmuebles debe ser *nominalmente* designado ¿no es excluir una denominación general? El espíritu de la ley se opone á ello, como también el texto de la ley. Diariamente ocurre que el propietario de un dominio lo ensancha con nuevas adquisiciones; si la inscripción, conforme al acta, grava todo el dominio parecerá comprender las nuevas adquisiciones, aunque en realidad no las comprende. ¿Cómo se distinguirá la parte del dominio hipotecada y la que no lo está? La incertidumbre que el acta y la inscripción dejan subsistir á este respecto es incompatible con el principio de especialidad.

509. Aun hay otra dificultad más grave. Se enseña, y la jurisprudencia admite, que los jueces del hecho tienen en esta materia un poder de apreciación que escapa al controlo de la Corte de Casación. La apreciación de los tribunales es soberana cuando deciden de hecho. ¿Es la especialidad de las hipotecas una cuestión de hecho? Nó, seguramente, puesto que es uno de los principios fundamentales del régimen hipotecario. Y la prueba de que la Corte de Casación no entendió abdicar el controlo que le pertenecía es que casó las sentencias que habían validado la hipoteca al decidir que estaba especializada en el acta, mientras que la Suprema Corte las anuló por falta de especialidad. Cuando el primer juez decide de hecho la Corte de Casación no tiene controlo que ejercer; sucede de otro modo cuando decide de derecho. La ley quiere que el título designe la *naturaleza* de cada inmueble sin especificar lo que se entiende por naturaleza; es por demás decir que no puede tratarse de términos sacramentales cuando la ley no dice lo que se debe entender por *naturaleza* del inmueble. Con mayor razón pasará así con la situación del inmueble; lo que es de derecho es que el acta designe la situación de cada inmueble; de hecho el juez decidirá si la designación hace cono-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cer bastante la situación. Pero puede suceder que el juez dé á su decisión el color de una apreciación de hecho para escapar á la censura de la Suprema Corte; desde que la sentencia recae en este punto de derecho está sujeta á casación. (1)

Se trata de saber si tales inmuebles están comprendidos entre los que grava la hipoteca. La cuestión por sí sola prueba que no se ha observado la ley; si las actas indicaban *especialmente* la *naturaleza* y la *situación* de *cada inmueble* hipotecado de manera á individualizar cada uno de los inmuebles que el deudor entendió hipotecar no surgirán nunca dificultades acerca de los inmuebles dados en hipoteca. Se lee en una sentencia de denegada «que la dificultad se reducía al punto de saber si los inmuebles que se querían substraer á la hipoteca eran distintos ó, al contrario, una dependencia de los inmuebles designados; que toca á las cortes de apelación resolver la cuestión de saber si la naturaleza y situación de los bienes están lo bastante enunciadas en los títulos y si los bienes están individualizados de *manera á evitar todo error por parte de los terceros.*» (2)

La cuestión en la especie era de hecho, pero, cosa extraña, la Corte hace una cuestión de derecho á la vez que se transporta á la apreciación del tribunal, porque la controversia sobre la especialidad de la hipoteca recae precisamente en el punto de saber si la suficiencia ó insuficiencia de las designaciones hechas en el acta dependen del interés de los terceros. Esta es con seguridad una cuestión de derecho; y por este punto la Corte de Casación tendría el derecho de casar una sentencia que validara una hipoteca por sólo el motivo de que la especificación no pudo inducir al error á

1 Pont, t. II, p. 113, núm. 675. Aubry y Rau, t. III, p. 280, notas 60 y 62 y los autores que citan.

2 Denegada, 8 de Abril de 1844 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1295, 2.°) Compárese Denegada, 6 de Abril de 1841 (*ibid.*), 10 de Febrero de 1829 (Dalloz, *ibid.*, núm. 1290).



los terceros. En razón de rectificar el error de los primeros jueces la Suprema Corte la fortifica con su autoridad. Tal es la decisión que relatamos, haciendo nuestras reservas (núm. 506). La Corte de Montpellier había validado una especificación concebida en los términos que los autores de la ley belga repudiaron como siendo evidentemente contrarios á la ley. Sin embargo, la Corte de Casación confirmó la sentencia atacada por motivo, que también consideramos erróneo, de que el juez del hecho había apreciado soberanamente que la indicación de los bienes dada por el título era suficiente *para advertir* á *los terceros.* Si se extendiera hasta allí el poder de apreciación de los tribunales resultaría que no habría ya especialidad.

510. Ya dijimos (núm 499) que la insuficiencia de la especificación no está cubierta por la inscripción que sería conforme á la ley. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en este punto. Sin embargo, los autores más exactos, MM. Aubry y Rau enseñan que sucede de otro modo con una designación simplemente insuficiente de los inmuebles comprendidos en una constitución ya especial. Preguntaremos desde luego cómo una constitución de hipoteca puede ser *especial* cuando la designación de los inmuebles es insuficiente; esto sería una explicación insuficiente; es decir, nula, y, por tanto, la hipoteca sería nula; ¿y la inscripción de una hipoteca nula puede validar la hipoteca? Los editores de Zachariæ agregan que el deudor no podría prevalecerse de este vicio y que la nulidad podría repararse, en cuanto á los terceros, con ayuda de indicaciones más completas dadas en la inscripción. ¿En qué se funda esta excepción, pues que se trata de una excepción? Se cita una sentencia de la Corte de Pau que no dice lo que los autores parecen hacerla decir y que, en todo caso, no tiene ninguna autoridad, puesto que es contraria á la ley. El acta litigiosa decía que el deudor hipotecaba los bienes situados

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

en tal municipalidad, *tales como estaban inscriptos y confrontados en el catastro* (1) ¿Es una especialidad sencillamente insuficiente? Contestamos sin titubear, con los autores de la ley belga, que es nula, como contraria al texto formal de la ley. Lo que la Corte agrega para validar la especificación no hace más que agravar el vicio de que adolece. Era fácil, dice, al acreedor tomar conocimiento exacto y cierto de los inmuebles hipotecados recurriendo al catastro, y el deudor (el que invocaba la nulidad) no puede prevalecerse de una designación insuficiente. El sentencista tiene razón en decir que hay en esto un doble error. Desde luego el deudor puede pedir la nulidad de la hipoteca por falta de especialidad, como vamos á decirlo; en efecto, la especialidad no sólo se refiere al acreedor, la ley la hace base del régimen hipotecario; es decir, que es esencialmente de orden público. En segundo lugar el art. 2129 quiere que la especificación se haga en el título constitutivo de la obligación principal ó de la hipoteca: ¿con qué derecho permite la Corte al redactor del acta reportarse al catastro? La inscripción, en la especie, no especificaba la hipoteca como lo suponen los Sres. Aubry y Rau, y aun cuando lo hubiera hecho, le preguntaremos también ¿con qué derecho hacía una excepción á la ley que exige como condición de existencia de la hipoteca que sea especificada en el acta que la constituye? ¿En qué ley, en qué principio está fundada esta excepción? ¿y puede haberla sin texto en una materia de orden público?

511. ¿Cuál es la consecuencia de la falta de especialidad? En principio no hay duda. Nuestra Ley Hipotecaria no admite más que hipotecas especiales; luego decir que una hipoteca no es especial es decir que no existe; la ley no la

1 Pau, 23 de Agosto de 1843 (Dalloz, en la palabra Renta constituida, número 202, 1. °) Compárese la crítica de Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1293.



reconocía. El texto y el espíritu de la ley están en este sentido. El art. 78 (Código Civil, art. 2129) dice que no hay hipoteca convencional válida más que la que declara especialmente los bienes en que está constituida. No se debe uno acoger de la palabra *válida* para inducir que la especialidad solamente está requerida para la *validez* de la hipoteca y no para su *existencia*; esta terminología pertenece á la escuela, se llama *inexistente*, el Código lo llama *nulo ó nulo de pleno derecho*; asimismo el acta valida es la que con relación á la ley tiene existencia y que además no adolece de ninguna forma de nulidad. Una acta que no es válida es, pues, la que no produce ningún efecto. El espíritu de la ley no deja ya ninguna duda acerca de este punto. La especialidad es de orden público; es, pues, de esencia de la hipoteca; una hipoteca no especial no es una hipoteca.

La doctrina está en este sentido; sólo que se debe hacer abstracción de la terminología. Grenier comienza por decir que una hipoteca general es nula; después dice que no produciría ningún efecto; estos son los términos del art 1131; implican que la hipoteca no especial no tiene existencia legal. Martou enseña que si la especialidad hace falta ó está juzgada insuficiente la hipoteca es *radicalmente nula*, como faltándole una de las condiciones substanciales de su existencia. (1) Esto es lo que se llama una acta inexistente.

512. La jurisdrupencia no se preocupa ya de las teorías de la escuela. Sin embargo, se ha debido pronunciar por la nulidad radical de la hipoteca cuando hay falta ó insuficiencia de especialidad. Se trata de saber quién puede prevalecerse de la nulidad ó de la inexistencia de la hipoteca. Los terceros tienen este derecho; esto no es dudoso, puesto que en la práctica se considera la especialidad como establecida sobre todo y casi exclusivamente en interés de los terceros. Pero se pregunta si el deudor puede obrar en

1 Grenier, t. I, p. 84, núm. 65. Martou, t. III, p. 98, núm. 999.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nulidad. La solución depende del carácter de nulidad; si se admite, como hemos dicho, que la hipoteca es inexistente la consecuencia será que toda persona interesada, luego el deudor, podrá siempre oponer que la hipoteca no existe. Aunque hubiera nulidad propiamente dicha aun faltaría decidir que es absoluta, puesto que es de orden público; lo que conduce á la misma consecuencia en lo referente al deudor. (1) Pero si la especialidad sólo tiene por objeto resguardar los intereses de los terceros que tratan con el deudor debe inducirse que la nulidad es relativa y que, por consiguiente, no puede ser opuesta por el deudor. Esta última opinión parece prevalecer en jurisprudencia.

La Corte de Tolosa, al pronunciarse contra el deudor, invoca desde luego la equidad natural; en nuestro concepto hay que ponerlo fuera de causa cuando está en oposición con el derecho; diremos más adelante cuándo puede conciliársele con el rigor de los principios. Después la Corte dice que es de regla que las nulidades relativas no pueden ser opuestas más que por aquellos en favor de quienes la ley ha introducido la disposición cuya omisión da lugar á la nulidad. (2) Esto es verdad, pero queda por probar que la nulidad resultante de la falta ó de la insuficiencia de la especificación es relativa. La jurisprudencia, aun la de la Corte de Casación, sólo habla del interés de los terceros; ya hemos probado que esta apreciación es incompleta; la ley tiene cuenta de todos los intereses, y todos se confunden en uno solo: el de la sociedad; lo que decide nuestra cuestión. Hay una sentencia de la Corte de Bourges en este sentido. (3)

1 Martou, t. III, p. 93, núm. 999. Aubry y Rau, t. III, p. 280, nota 63, párrafo 266.

2 Tolosa, 6 de Marzo de 1819 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1299, 1.°) Compárese Gante, 25 de Enero de 1839 (Pasicrisia, 1839, 2, 13).

3 Bourges, 17 de Enero de 1816 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1300).



513. ¿Cuál será la consecuencia de la anulación de la hipoteca en lo que se refiere al acreedor? ¿Podrá pedir el reembolso del crédito ó una nueva hipoteca? La jurisprudencia está dividida en esta cuestión, así como los autores; la mayor parte la deciden contra el acreedor. Creemos, con Persil, que el acreedor tiene una acción para obtener una hipoteca ó la resolución del contrato y, por consiguiente, el reembolso de su crédito. (1) Persil invoca la intención de las partes contratantes; la del prestamista fué seguramente tener una hipoteca que le asegurara la restitución del dinero prestado, y el deudor no recibió el dinero más que bajo esta condición. Hay, pues, compromiso, y esta convención debe tener su ejecución. La Corte de Bruselas lo sentenció así. (2)

Treplong hace una objeción que nos sorprende ver reproducida por buenos autores. La hipoteca es nula, no puede ser reemplazada por el solo hecho del juez, pues las sentencias no crean convenciones, sólo las declaran. ¿Y qué se hace aquí? Se obliga al deudor á conceder otra cosa de lo que ofreció. El argumento es de extremada debilidad. ¿Qué ofreció el deudor? ¿Una hipoteca nula? Quiso dar al acreedor una garantía seria, y es ordinariamente por que la da demasiado garante por lo que resulta nula. El deudor constituye todos sus bienes en hipoteca sin especificar nada; ¿cuál es el sentido de este compromiso? Es que el deudor entiende ministrar al acreedor una garantía tan extensa como sea posible. Si esta hipoteca es nula ¿se dirá que no se puede obligar el deudor á especificar porque esto sería obligarle á conceder otra cosa de lo que ofreció? Esto no

1 Persil, t. I, p. 442, art. 2129, núm. 1. Compárese Grenier, t. I, núm. 67. En sentido contrario, Martou, t. III, p. 99, núm. 1000; Pont, t. II, p. 113, número 678, y Troplong, núm. 515.

2 Bruselas, 27 de Junio de 1821 (Pasicrisia, 1821, p. 412). En sentido contrario, Aix, 16 de Agosto de 1811 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1346).



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tiene sentido, pues es decir que ofreció una garantía nula y que el acreedor se conformó con ella. Se dice que es culpa del acreedor haber estipulado ó, cuando menos, haber aceptado una hipoteca general. Preguntaremos si las partes son quienes redactan las actas. Las partes quieren una garantía real; luego una hipoteca válida; es por culpa del notario por lo que ésta es nula; si hubiera dado á conocer la ley á las partes contratantes éstas hubieran seguramente especificado la hipoteca. Su intención no es, pues, dudosa; la única dificultad está en saber si esta intención puede recibir su ejecución cuando la hipoteca es nula. Se dice que siendo el contrato radicalmente nulo no puede resultar de él ninguna acción en favor del acreedor. Esto es demasiado absoluto. El contrato de hipoteca implica un compromiso del deudor de ministrar una garantía hipotecaria; es bajo esta condición como las partes contratan; en lugar de una garantía real el deudor, sin quererlo, ministra una garantía nula. ¿Qué es lo nulo? Es la hipoteca, no el compromiso de dar una garantía; este compromiso subsiste: sería no sólo contrario á la equidad sino también á la voluntad de las partes contratantes que el deudor pudiera retener el dinero cuando no cumple las condiciones bajo las cuales le ha sido prestado. Es, pues, necesario que cumpla con esta condición especificando la hipoteca, ó que reembolse el dinero que recibió.

*Núm. 2. Consecuencias de la especialidad.*

*I. De la hipoteca de los bienes futuros.*

514. El art. 78 dice que los bienes futuros no pueden ser hipotecados. Esto es una consecuencia evidente del principio de la especificación, puesto que el deudor no puede hipotecar más que los bienes que le pertenecen actualmente, no le está permitido hipotecar bienes que no tiene



aún. ¿Cuáles serían estos bienes futuros? Sólo pueden ser los que le advendrán por sucesión. Estos bienes sólo son una esperanza, y no se hipotecan las esperanzas. Si el acreedor se contenta con ellas será con condiciones ruinosas para el deudor. ¿Quiénes son los que descuentan así el porvenir? No son los buenos padres de familia, son los pródigos que gastan de antemano los bienes que aún no tienen. El legislador no tenía que favorecer estas especulaciones ruinosas. Los principios del derecho se oponen á ello. Hipotecar bienes futuros es disponer de bienes que se esperan de una sucesión futura, es un pacto sucesivo. Estos pactos son inmorales; algunas veces el legislador se resigna á aprobarlos; pero cuando estas convenciones son funestas para una de las partes contratantes hay una razón más para mantener su prohibición, extendiéndola si es necesario.

515. El Código Civil establecía el mismo principio, pero con una excepción que decía (art. 2130): «No obstante, si los bienes presentes y libres del deudor son insuficientes para la seguridad del crédito puede, al expresar esta insuficiencia, consentir que cada uno de los bienes que obtenga más tarde esté gravado conforme los adquiera.» ¿Por qué no fué reproducida esta disposición por el legislador belga? La comisión especial propuso se suprimiera: primero, porque permitía que el deudor constituyera una hipoteca general en sus bienes presentes y futuros por la simple declaración de que sus bienes presentes eran insuficientes; lo que es contrario á un principio fundamental de la nueva ley que abole toda hipoteca general, aunque la hipoteca esté establecida en favor de incapaces. Se ha dicho en favor de la excepcion consagrada por el Código Civil que permitía al deudor procurarse en sus bienes futuros un crédito que sus bienes presentes no le daban; lo que puede ser un medio para equilibrar sus negocios. La comisión contesta que la excepción más bien ofrece un alimento á la prodigalidad y

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que favorece el agio. ¿Fué este hecho comprobado por la experiencia ó es un simple temor? Lo ignoramos. M. Lelièvre dice en su informe á la Cámara que la experiencia ha demostrado los inconvenientes serios que resultan de la facultad concedida al deudor para hipotecar bienes futuros: favorece las pasiones en las que ciertos prestamistas no temen especular. (1) Si así es tuvo razón el legislador en prohibir de un modo absoluto la hipoteca de los bienes futuros; no debe dar á los hombres medios para arruinarse.

*II. Del caso en que la hipoteca se vuelve insuficiente.*

516. La hipoteca especial presenta un inconveniente: es que los bienes que cuando el contrato eran suficientes para la seguridad del acreedor pueden volverse insuficientes. ¿Resulta de esto un derecho para el acreedor contra el deudor? Sí, según el art. 79 (Código Civil, art. 2131), «si los inmuebles gravados por hipoteca han perecido ó han sufrido deterioros de modo que se hayan vuelto insuficientes para la seguridad del acreedor.» Este tiene en este caso el derecho de reclamar el reembolso de su crédito. A primera vista el derecho que la ley concede al acreedor parece contrario á la ley del contrato. La hipoteca fué estipulada ó aceptada por el acreedor; el deudor disminuyó las seguridades que por su contrato había dado al acreedor; es el caso previsto por el artículo 1188; pierde el beneficio del plazo porque falta á su compromiso; pero si lo cumple y que por un caso fortuito los bienes hipotecados perecen ó quedan deteriorados no hay ningún reproche que hacer al deudor. Sin embargo, la ley decide, sin distinguir si el deudor tiene ó no la culpa, que se le puede obligar á reembolsar. Hay para esto una razón jurídica que es decisiva: es que la hipoteca es la condición bajo la que el acreedor trató, la condición bajo la

1 Informe de la comisión especial (Parent, ps. 40 y siguientes). Lelièvre, informe (Parent, p. 144). Compárese Pont. t. II, p. 115, núm. 681.



que hizo anticipos; sin la garantía hipotecaria no hubiera contratado; luego si esta garantía está destruida ó disminuida el acreedor debe tener el derecho de pedir la resolución del contrato; es decir, exigir el reembolso de su crédito. Poco importa que el deudor tenga ó no la culpa; no por eso dejará de ser verdad que no puede aprovechar un contrato que el acreedor no hubiera consentido sin garantía real. (1)

517. Sin embargo, el acreedor no tiene el derecho de pedir el reembolso en todos los casos en que las seguridades ofrecidas se vuelven insuficientes; es necesario que la insuficiencia proceda de la pérdida de los inmuebles ó de su degradación, lo que es una pérdida parcial. Así es la insuficiencia material de los inmuebles hipotecados la que sola legitima la acción de reembolso. Si los inmuebles, bien que conservando su integridad, han perdido valor, aunque sea por accidente, el acreedor no tiene derecho. Las revoluciones, las crisis industriales, las guerras, disminuyen el valor de la propiedad inmobiliar; algunas veces unos trabajos públicos, unas vías de comunicación que aumentan la propiedad y riqueza de una parte del país, tienen una influencia enteramente contraria en otra parte, dejando desiertos caminos que eran antes muy transitados. Estos accidentes se podrían comparar á una perdida parcial. ¿Por qué el legislador no los tiene en cuenta? Es porque la mengua de valor no es puramente accidental como el deterioro. Esto no podría preveerse; mientras que el acreedor sabe que si ordinariamente aumentan los inmuebles de valor pueden sobrevenir causas que los disminuyan provisionalmente. A él toca calcular y estipular una garantía hipotecaria que permanecerá suficiente aunque sobreviniera una mengua en el valor de los bienes. Si no lo hace él tiene la culpa, y hubiera sido tan contrario al derecho como á la equidad ha-

1 Martou, t. III, p. 106, núm. 1005.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cer responsable al deudor de un hecho que debe ser imputado á la imprevisión del acreedor. (1)

518. Con más razón el acreedor no tiene acción cuando la insuficiencia exístía ya cuando el contrato. El texto está tan terminante que parece que toda duda sea imposible. Es necesario, según el art. 79 (Código Civil, art. 2131), que los inmuebles hayan sufrido deterioros; y no se puede seguramente decir que unos inmuebles ya deteriorados en el momento de gravamen hipotecario sufren deterioros. La ley agrega que á consecuencia de estas degradaciones los inmuebles se hayan *vuelto insuficientes* para la seguridad del acreedor; lo que implica también que la causa sea posterior al contrato. Si el acreedor se conforma con una hipoteca insuficiente ¿de qué puede quejarse? ¿De una insuficiencia que conocía? ¿que debió conocer? Esto no tiene sentido; hubo, no obstante, una corte que decidió que el acreedor podía exigir el reembolso por falta de suficiente seguridad en un caso en que esta insuficiencia existía desde el principio y en que no había aumentado durante el contrato. Todos los autores han criticado la sentencia de la Corte de Riom; (2) creemos inútil renovar este debate zanjado por el texto de la ley.

519. No basta que el deterioro sea posterior al contrato para que el acreedor pueda promover el reembolso, es necesario que estos deterioros no hayan sido previstos cuando el contrate. La ley no lo dice, pero esto resulta del motivo en el cual el derecho del deudor está fundado. Si puede pedir el reembolso de su crédito es porque la ley del contrato está rota cuando los inmuebles hipotecados se vuelven insuficientes; y ¿puede decirse que estén alteradas las convenciones de las partes cuando al contratar supieron que los inmuebles perderían su valor? Aquel que estipula una

1 Durantón, t. XIX, p. 596, núm. 382. Pont, t. II, p. 126, núm. 693.
2 Durantón, t. XIX, p. 597, núm. 383 y todos los autores.



hipoteca en un monte, en una mina, en una cantera, sabe que el valor de la cosa será disminuido por la explotación que el deudor tiene el derecho de hacer de ella; le toca, pues, estipular en consecuencia. Ni siquiera puede decirse que éstos sean *deterioros*; el deudor no deteriora un bien por los actos de goce que tiene derecho de hacer. Mucho menos aún hay *pérdida* cuando la hipoteca constituida en un inmueble indiviso llega á caer á consecuencia de la partición ó de la licitación. Esto fué sentenciado así y la cuestión no debiera haber sido llevada ante los tribunales; el acreedor sabe que la validez de su hipoteca está subordinada al resultado de la partición; la ley le da el medio de resguardar sus intereses interviniendo en ella. Luego todo está previsto, convenido; el acreedor no puede quejarse de que la ley del contrato está rota. (1)

520. La degradación del inmueble hipotecado no basta para que el acreedor pueda promover el reembolso, es necesario que el inmueble se haya vuelto insuficiente para la seguridad del acreedor. Si apesar del deterioro el valor del inmueble deja al acreedor garantía plena no puede quejarse, pues no tiene interés en ello. Sólo es cuando el inmueble deteriorado no tiene ya un valor que esté en relación con el monto del crédito cuando el acreedor tiene derecho á pedir el reembolso. ¿Cuándo puede decirse que hay insuficiencia de seguridad? Esto es una cuestión de hecho; los peritos se encargarán de valuar el inmueble y el juez decidirá en consecuencia. El art. 1188, que prevee un caso análogo, se vale de una expresión más general: cuando el deudor *disminuye las seguridades* que dió por su contrato al acreedor éste puede promover el reembolso, y la mengua de seguridades puede existir sin que haya deterioro. De ahí dificultades que hemos examinado en el título *De las Obligaciones*; no se presentan en el caso previsto por el

1 Pont, t, II, p. 127, núm. 693. Martou, t. III, p. 107, núm. 1007.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

art. 79 (Código Civil, art. 2131); las palabras *degradación* y *pérdida* no dejan ninguna duda; implican una alteración material, una destrucción total ó parcial del inmueble.

521. Un inmueble está expropiado por causa de utilidad pública; en consecuencia, la hipoteca cae. Esto es como si la cosa hubiera perecido; perece para el acreedor, puesto que se pone fuera del comercio. ¿El acreedor tendrá derecho de hacerse pagar antes del vencimiento ejerciendo su recurso sobre la indemnización, ó puede el deudor prevalecerse del art. 79? (Código Civil, art. 2131) ¿ofrece al acreedor otra hipoteca? La Corte de Lieja se pronunció en este último sentido aplicando los principios generales al caso de expropiación. Su decisión fué casada. La cuestión debe ser decidida no conforme al derecho común sino conforme á las reglas especiales que rigen la expropiación por causa de utilidad pública. Y en virtud de la ley de 17 de Abril de 1835 la indemnización reemplaza al inmueble en lo que se refiere á los derechos de los terceros; el acreedor hipotecario ejerce, pues, su derecho en la indemnización, sin que el deudor pueda ofrecerle otra hipoteca. Esto sería cambiar la ley del contrato bajo pretexto de respetarla. (1)

522. El inmueble está destruido por un incendio. ¿Si estaba asegurado se ejercerá el derecho del acreedor hipotecario en la indemnización pagada por la compañía de seguros? La cuestión estaba controvertida bajo el imperio del Código Civil y fué zanjada por la ley belga (art. 10); volveremos á esta disposición al tratar de la extinción de la hipoteca.

523. ¿Cuál es el derecho del acreedor cuando los bienes hipotecados se han vuelto insuficientes á consecuencia de pérdida ó deterioros? La cuestión estaba controvertida ba-

1 Casación, 26 de Agosto de 1850 (Pasicrisia, 1851, 1, 138). Martou, t. III, p. 108, nota 1009.



jo el imperio del Código Civil; unos decían que el acreedor tenía elección para pedir el reembolso de un crédito ó un suplemento de hipoteca, otros decían que el derecho de dar un suplemento de hipoteca era facultad del deudor más que un derecho para el acreedor. (1) La ley belga ha consagrado esta última opinión que, en nuestro concepto, es la mejor. ¿Por qué da la ley una acción al acreedor? Porque la ley del contrato está rota, y cuando la condición bajo la que el acreedor ha contratado no está cumplida tiene el derecho de pedir la resolución del convenio; es decir, el reembolso de su crédito. Se dirá en vano que el acreedor puede también pedir la ejecución del contrato, conforme al artículo 1184; contestaremos que el art. 79 (Código Civil, art. 2131) no es una aplicación de la condición resolutoria tácita, porque no se puede decir que el deudor no ha ejecutado su compromiso; lo cumplió, puesto que ministró al acreedor una garantía real que éste había estipulado; hay que apartar el art. 1184 y decidir que el contrato está roto porque el acreedor no goza ya de una garantía real que era la condición del contrato. La consecuencia es que, como lo dice el art. 79, el acreedor tiene el derecho de pedir el reembolso de su crédito.

Queda por saber si el deudor puede ofrecer al acreedor un suplemento de hipoteca para evitar el reembolso. El artículo 79 responde que «el deudor será admitido á ofrecer un suplemento de hipoteca si la pérdida ó los deterioros han tenido lugar sin culpa suya.» Esto es una facultad para el deudor, no un derecho del acreedor. Acabamos de decir por qué el acreedor no puede pedir un suplemento de hipoteca aunque el deudor disminuya por su hecho las seguridades que le tenía dadas. Es siempre justo decir que el

1 Pont, t. II, ps. 129 y siguientes, y las autoridades que cita, p. 130, nota 2. Véanse las sentencias en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Privilegios, núms. 1333 y 1338.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

deudor cumplió su compromiso ministrando la garantía estipulada por el acreedor. Si después esta garantía disminuye por su hecho rompe el contrato; luego el acreedor tiene el derecho de pedir su resolución. Además la ley no podía obligar al deudor á dar un suplemento de hipoteca; puede suceder que no tenga inmuebles ó que no quiera hipotecarlos, y como se trata de una obligación de hacer la ley no lo puede obligar á ello. Luego el suplemento de hipoteca no podía ser más que una facultad del deudor. ¿Cuándo goza de esta facultad? La ley distingue; si es por su hecho por lo que el inmueble fué deteriorado tiene culpa, y ésta no puede darle un derecho; si no tiene culpa en que los inmuebles se hayan perdido ó deteriorado la equidad exige que pueda dar un suplemento de hipoteca; restablece con esto la ley del contrato, que estaba rota por caso fortuito.

524. Se entiende que el suplemento de hipoteca que el deudor tiene el derecho de ofrecer al acreedor es una nueva hipoteca; es, pues, necesaria una nueva acta y una nueva inscripción. Si el inmueble está ya gravado de inscripciones que no dejarían seguridad bastante al acreedor éste tendría el derecho de desechar la oferta que le hace el deudor, y la hipoteca que el deudor ofrece como un suplemento debe naturalmente procurar al acreedor una verdadera seguridad. En caso de negativa por parte del acreedor el juez del hecho decidirá. (1)

*Núm. 4. De la especialidad en cuanto al crédito.*

*I. Principio.*

525. «La hipoteca convencional no es válida en tanto que la suma por la que fué consentida se determina por el

1 Pont, t. II, p. 130, núm. 696.



acta» (art. 80; Código Civil, art. 2132). Este es el segundo elemento de la especialidad; no está completa y no alcanza su objeto sino cuando el acta determina á la vez los inmuebles en los que se establezca la hipoteca y el monto del crédito á que la hipoteca está destinada á garantizar. Los terceros conocerían á medias la situación hipotecaria de su deudor si no supieran la suma exacta por la que estaban gravados sus bienes, y el deudor no tendría el crédito del que aún puede gozar, apesar de las hipotecas que gravan sus bienes, si no pudiera establecer por la misma acta de hipoteca que los inmuebles hipotecados tenían un valor mayor que el monto de sus deudas.

El principio de la especialidad es idéntico, ya se trate del crédito ó de los bienes. Es preciso que la suma esté determinada en el *acta*, dice el art. 80 (Código Civil, artículo 2132), es decir, como lo explica el art. 78 (Código Civil, art. 2129), en el título auténtico constituyente del crédito, si la hipoteca está constituida en la misma acta, ó en una acta auténtica posterior si la hipoteca está constituida por acta separada. La especificación del crédito está, pues, sometida á la solemnidad, como la especificación de los inmuebles, y es igualmente substancial. No hay hipoteca cuando el crédito no está especificado, como no la hay tampoco cuando los inmuebles no están designados especialmente. Todo lo que hemos dicho de la especialidad con relación á los inmuebles se aplica á la especialidad relativa al crédito.

526. El principio de la especialidad se tomó del Código Civil; hay, sin embargo, un punto acerca del cual la ley belga ha derogado el derecho francés. Cuando el crédito es cierto en cuanto á su existencia y á su monto la especificación es muy sencilla; resulta del acta misma en que consta la obligación si la hipoteca está constituida en esa acta, y si la hipoteca está establecida en una acta posterior se

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

recordará en ella la suma por la cual el inmueble está gravado.

El crédito puede ser condicional por su existencia á la vez que tenga por objeto una suma determinada. Este caso no difiere del que forma la regla general; sólo que la ley quiere que la condición sea mencionada en la inscripción hipotecaria. La disposición habría estado mejor colocada en el art. 83 (Código Civil, art. 2148) que enumera todo lo que debe contener la inscripción hipotecaria, lo que está prescripto en interés de los terceros, y éstos se hallan muy interesados en saber si el crédito es condicional, puesto que la condición suspende los efectos de la obligación y, por consiguiente, la hipoteca; de modo que si la condición no se verifica no habrá habido ni obligación principal ni accesoria.

El art. 80 no habla de los créditos indeterminados como lo hacía el art. 2132 del Código Civil. Con arreglo á esta última disposición los créditos indeterminados en su valor no debían ser especificados por el acta constituyente de la hipoteca; solamente que el acreedor no podría requerir la inscripción de la hipoteca sino hasta concurrencia de un valor estimativo declarado expresamente por él y que el deudor tendría el derecho de hacer reducir si hubiera lugar. La ley belga sienta como regla absoluta que el crédito sea determinado por el acta; si, pues, lo está las partes contrayentes deberán hacer avalúo, para lo cual es necesario el concurso de voluntades del deudor y del acreedor. Esto es más lógico que el sistema del Código y más sencillo. La especificación del crédito es un elemento esencial del contrato de hipoteca, y todos los elementos de un contrato deben estar convenidos por las partes; no se concibe que el acreedor, por su voluntad, determine la suma por la cual estarán gravados los bienes del deudor, como no puede depender de él determinar los inmuebles que estarán gravados con la hipoteca. También el Código da al deudor el derecho de hacer reducir la inscripción hecha por el acreedor. Más valdría exigir el concurso de voluntades de las partes en el acta que constituye la hipoteca. Es verdad que las partes pueden hacer un avalúo inexacto, porque es difícil determinar de antemano el monto de un crédito eventual: tal es un crédito por daños y perjuicios, porque aun es difícil al juez estimar cuándo está ilustrado por una experticia ó una instrucción. Si el valúo es excesivo ó insuficiente las partes no podrán volver á su convención, salvo por consentimiento mutuo. Este es un inconveniente; pero es inevitable, puesto que resulta de la naturaleza misma del crédito para cuya seguridad se estableció la hipoteca. (1)



527. ¿Se puede constituir hipoteca por una deuda futura? La cuestión fué controvertida bajo el imperio del Código Civil; no está decidida directamente por la nueva ley; pero al disponer que la hipoteca consentida en seguridad de un crédito abierto es válida el art. 80 decide implícitamente que la hipoteca de una deuda futura es válida, porque la apertura de crédito es un préstamo que el acreditado realiza á medida de sus necesidades. Lo que la ley dice del crédito abierto se aplica á toda deuda futura. La comisión especial desarrolló muy bien los motivos que justifican el principio consagrado por el art. 80. (2) Se objetaba contra la validez de la hipoteca de una deuda futura el principio formulado por el art. 1174 de que toda obligación es nula cuando ha sido contraída bajo una condición potestativa por parte del que se obliga. De aquí se inducía que la obligación contraída para reembolsar los empréstitos que se hicieran sería nula, puesto que depende de la realización de ellos y que esta realización depende sólo de

1 Lelièvre, informe (Parent, p. 84); Martou, t. III, p. 114, núm. 1015. Compárese Aubry y Rau, t. III, p. 277, nota 57, pfo. 266. Pont, t. II, p. 137, números 703 á 706.

2 Informe de la comisión especial (Parent, pa. 41 y siguientes).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la voluntad del obligado; luego de una condición potestativa. Siendo la obligación principal nula se deduciría que el contrato accesorio de hipoteca estaba también herido de nulidad. La comisión contesta que esta interpretación del art. 1174 es errónea. El art. 1174 solamente dice que no hay obligación más que cuando depende de la pura voluntad de aquel que se compromete á estar ó no obligado. Así es nula la obligación de aquel que se compromete si quiere, y ya no se puede entonces constituir una hipoteca bajo tal condición. Otra cosa es la constitución de una hipoteca para el caso en que se contrajera en seguida una obligación válida. Ningún principio se opone á que se dé una hipoteca por una obligación futura. Es verdad que la hipoteca sólo existirá cuando la deuda sea contraída, y depende de aquel que la ha constituido á no obligarse. La comisión responde que no depende de él, que los bienes que ha dado en hipoteca no sean hipotecados si contrae la deuda. Luego la hipoteca no depende de una condición puramente potestativa; el deudor está ligado y no puede obligarse sin que sus bienes estén heridos de hipoteca.

¿Cuál será el lugar de la hipoteca consentida por una deuda futura? La comisión responde que la hipoteca no tomará lugar más que desde el día en que la obligación principal haya sido contraída. En tanto que no hay obligación principal no puede haber obligación accesoria. La comisión agrega que la hipoteca no podrá inscribirse más que cuando la obligación principal haya nacido y esté comprobada auténticamente. En este punto tenemos alguna duda. Desde luego no vemos por qué la obligación futura deba ser comprobada auténticamente. Cuando la obligación precede á la hipoteca puede ser comprobada por acta privada; la obligación no es una acta solemne, es la hipoteca la que debe recibirse en la forma auténtica, y todo lo que exige la ley es que la suma sea indicada en el acta auténtica. Y



si la obligación queda sometida al derecho común cuando se ha contraído antes del acta de hipoteca ¿por qué se volvería solemne cuando se contrajera después de la constitución de la hipoteca? Siempre suponiendo que el acta de hipoteca determina la suma por la que la hipoteca está consentida, así como lo exige el art. 80.

¿Si la hipoteca puede ser válidamente constituida por una deuda futura por qué no se habría de poder inscribir? El acreedor tomará inscripción por toda hipoteca válida. Es verdad que la hipoteca, aunque inscripta, no tendrá lugar sino á partir del día en que se contraiga la obligación, porque no podría haber hipoteca sin obligación principal. De aquí se sigue que el acreedor no tiene ningún interés en hacer la inscripción; y en interés de los terceros habría sido útil formular en ley la opinión enunciada por la comisión; pero la ley enmudece en este punto y no vemos con qué derecho el conservador se negaría á inscribir una hipoteca que el deudor válidamente ha consentido. (1)

### § II.—De la hipoteca consentida por un crédito abierto.

528. Se entiende por apertura de crédito la convención por la que un banquero se obliga á ministrar á una persona que se llama acreditado los fondos ó efectos negociables hasta concurrencia de una suma determinada. ¿Puede constituirse hipoteca en seguridad de un crédito abierto? La cuestión fué controvertida bajo el imperio del Código Civil, aunque generalmente decidida en el sentido de la validez de la hipoteca; esta opinión ha sido consagrada por la ley belga; el art. 80 dice: «La hipoteca consentida para seguridad de un crédito abierto á concurrencia de una suma determinada que se obliga á ministrar es válida.» El mo-

1 En sentido contrario, Lieja, 26 de Noviembre de 1823 (Pasicrisia, 1823, p. 538).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tivo para dudar estaba fundado en el art. 1174; acabamos de contestarlo. Se debe agregar que la apertura del crédito difiere en un punto esencial de una deuda futura; esto es, que el futuro prestamista, el banquero, contraigan una obligación actual, la de tener á la disposición del acreditado la suma por la que se abrió el crédito; el banquero ya no puede disponer de ella. Siendo actual esa obligación es justo que el banquero tenga una garantía desde la apertura del crédito puesto que desde este momento se priva de la disposición de la suma que tenía en depósito y que el acreditado puede reclamarle el mismo día del contrato. Sin duda siempre depende del acreditado el usar ó no de su crédito, pero esto no hace facultativa la constitución de la hipoteca. De hecho es cierto que el acreditado usará del crédito porque no fué para no usarlo por lo que lo estipuló y por lo que concedió una garantía hipotecaria al acreedor rentista; y desde que usa del crédito el empréstito que tome estará asegurado por la hipoteca. (1)

529. ¿Cuáles son las condiciones requeridas para que la hipoteca dada en seguridad de un crédito abierto sea válido? Hay desde luego una condición de forma; el art. 80 no contiene ninguna disposición á este respecto; es decir, que la hipoteca de un crédito abierto queda sometida al derecho común. Si fué consentida por el acta que abrió el crédito será necesaria una acta auténtica que compruebe á la vez la apertura del crédito y la estipulación hipotecaria. Si la apertura del crédito fué fijada entre las partes anteriormente á la constitución de la hipoteca habrá dos convenciones distintas: una no solemne, la que es relativa á las obligaciones del acreedor y del acreditado; la otra solemne, la que establece la hipoteca. La apertura del crédito es de ordinario una convención comercial, puesto que la contraen comerciantes y por actas comerciales; está, pues, sometida á las reglas del derecho comercial en lo relativo á la prueba. Se ha tratado de sostener que la apertura del crédito debía ser comprobada por acta auténtica; esta interpretación confundía la hipoteca con la obligación principal que está destinada á garantizar; la Corte de Bruselas la desechó; el error era evidente. (1) No hay más que un elemento de la apertura del crédito que se deba comprobar auténticamente: el monto del crédito; el art. 80 quiere que la cantidad por la que la hipoteca fué consentida sea determinada. Esta es la aplicación del principio de especialidad, y la especificación de toda hipoteca convencional se debe hacer por acta autica (núm. 525). (2)

530. Conforme al art. 80 la apertura del crédito no puede estar garantizada por hipoteca más que de la suma que el acreedor rentista se *obliga* á ministrar. Esta condición resulta de la naturaleza de las cosas. La apertura de crédito es un contrato; implica, pues, una obligación por parte del acreedor: la de ministrar la cantidad hasta cuya concurrencia se abrió crédito del que pide prestado; si no se obliga á ministrar fondos al acreditado no hay apertura de crédito y, por tanto, no se puede tratar de una garantía hipotecaria que asegure los derechos del acreedor. Esto es evidente, pero la condición recibe su aplicación no sólo en el caso en que el acreedor no se obligara á ministrar los fondos sino también se aplica al caso en que se obligara bajo condición potestativa; no habría apertura de crédito si el acreedor se reservara la facultad de negar los fondos ó de no aceptar los vales del acreditado. La razón es que la hipoteca tiene lugar á partir de la conservación, porque desde entonces el acreedor está obligado á tener los fondos nece-

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 42). Compárese Pont, t. II, p. 146, núm. 711.

1 Bruselas, 24 de Febrero de 1869 [Pasicrisia, 1869, 2, 104]
2 Marton, t. III, p. 117, núm. 1018. Pont, t. II, p. 149, núm. 714.





UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sarios á la disposición del acreditado, y esta obligación no existiría si los pudiera negar. (1)

La Corte de Casación de Bélgica ha aplicado el principio del art. 80 en la especie siguiente. Apertura de un crédito de 6000 francos que el acreedor se obliga á tener á la disposición del acreditado. Constitución de hipoteca para seguridad del crédito; la hipoteca estaba constituida por la cantidad de 6000 francos y los intereses comerciales, *así como todo excedente, si había lugar*. En consecuencia, el acreedor tomó inscripción por el capital de 6000 francos y por 1080 francos de intereses y además por 4000 francos, excedente aproximativo que podría pasar al capital de 6000 francos; en fin, por 720 francos de intereses. Habiendo quebrado el que pidió prestado el curador pidió la cancelación de la hipoteca en tanto que excediera de la cantidad de 6000 francos por la que se había abierto el crédito y los intereses. Esta demanda fué acogida en primera instancia. El primer juez dijo muy bien que la inscripción estuvo válidamente hecha por la cantidad hasta cuya concurrencia el acreedor se había obligado á ministrar los fondos; había por dicho capital é intereses compromiso recíproco de los contrayentes y certeza para los terceros del valor aún libre de los bienes gravados. Pasaría lo mismo con el excedente de este crédito; el acreedor podía sobrepasar el crédito estipulado; esto dependía de él, no contraía ninguna obligación por este punto con respecto al acreditado; por tanto, no había deuda; lo que arrastraba la nulidad de la hipoteca, según el art. 80, conforme al cual el acta debe determinar la cantidad que el acreedor se obliga á ministrar. En apelación la decisión fué reformada; la Corte de Bruselas decidió que había, por las sumas excedentes al crédito estipulado, compromiso recíproco y liga con las partes; agregando que el interés de los terceros estaba resguardado por la inscripción que valuaba el excedente en 4000 francos; de modo que todo era determinado y cierto. Esta sentencia confundía todos los casos: la especialidad del contrato de hipoteca y la especialidad de la inscripción; confunde un compromiso cierto con una eventualidad que dependía de la voluntad del acreedor porque no se obligaba á ministrar fondos más allá del crédito estipulado, y, en todo caso, el acta no contenía la cantidad por la que podría haber excedente; el acta de hipoteca era, pues, nula en todos sentidos. ¿Qué importaba, después de esto, que la inscripción especificase el excedente eventual que podría sobrepasar el crédito primitivo? ¿Puede haber inscripción cuando la hipoteca es nula? ¿y la inscripción puede cubrir la nulidad de la hipoteca? La sentencia de la Corte de Bruselas fué casada, y debía serlo. (1)

1 Martou, t. III, p. 120, núm. 1022. Pont, t. II, p. 148, núm. 712.



531. En la especie juzgada por la Corte de Casación fué bastante fácil distinguir el crédito obligatorio del facultativo. La cuestión es algunas veces muy delicada y se presenta muy amenudo. Creemos hacer bien relatando aún dos decisiones, de las que una es dudosa. Apertura de un crédito de 150,000 francos por el plazo de seis años El acreedor se reservaba la facultad de hacer cesar el crédito cuando lo juzgara conveniente. ¿No era esta una condición potestativa? Nó, porque el artículo mismo del contrato que daba este derecho al acreedor implicaba que no lo usaría sino después de que el crédito abierto hubiera recibido su ejecución; en efecto, el acta decía que el acreedor no podría dar fin al contrato más que mediante un aviso previo hecho cuatro meses antes, y que el acreditado debía reembolsar la mitad de los fondos que hubiera percibido en los seis meses siguientes al aviso. La Corte de Gante concluyó, en razón de esta cláusula, que el acreedor no podía hacer cesar el crédito sino después de haber comenzado su ejecución;

1 Casación, 1.° de Febrero de 1855 (Pasicrisia, 1855, 1, 76).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

por tanto, el crédito le imponía obligación, lo que basta para validar la hipoteca. (1)

En un caso sentenciado por la misma Corte el acta decía que el acreedor se reservaba la facultad de *restringir* el crédito cada vez que lo juzgara conveniente á sus intereses. Apesar de esta cláusula la Corte decidió que el acta imponía al dador de fondos una obligación actual y efectiva, lo que permitía garantizarla por una hipoteca. En efecto, dice la Corte, el crédito no podía ser *restringido arbitrariamente*, menos aún anulado completamente; y la posibilidad de restringirlo en lo venidero no impedía que existiera en lo presente. Martou critica esta decisión. Interpreta la cláusula litigiosa en este sentido: que desde la primera demanda de fondos el banquero podía usar de su reserva. Esto es verdad; también lo es que el prestamista podía usar arbitrariamente de la facultad que se reservaba, pues sólo él era juez de su interés. Pero nos parece que Martou exagera al agregar que nada impedía al banquero llevar la restricción á tal punto que equivaliera á una nulificación del crédito. Si el banquero, en lugar de *restringir* el crédito, lo hubiese anulado abusando de la facultad que le daba el contrato el acreditado le hubiera recordado la regla del art. 1134, según la cual las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe, y el juez, en caso necesario, se lo hubiera recordado y enseñado que violar sus compromisos no es ejecutarlos. Todo cuanto resultaba de la cláusula litigiosa es que el acreditado se colocaba más ó menos á merced del prestamista, pero no se puede decir que el crédito fuera anulado, y desde que hay una obligación el crédito es válido y, por tanto, la hipoteca. (2)

532. Se abusa singularmente del principio de la condición potestativa. El art. 1174 anula la obligación cuando ha sido contratada bajo una condición potestativa por parte del que se obliga. Se ha sostenido ante la Corte de Bruselas, y hasta ante la Corte de Casación, que la apertura de un crédito es nula si depende del acreditado al usar ó no de él. Esta extraña pretensión conduciría á anular toda apertura de crédito, pues siempre dependería del acreditado no usarlo. La Corte de Bruselas contesta citando el art. 1174; basta que la prestación del crédito sea obligatoria para el prestamista que es el deudor; esto es todo lo que la ley exige, así como los principios; en cuanto al acreditado se obliga, es verdad, pero eventualmente en el caso en que usare del crédito; en el momento mismo en que se estipula el crédito el acreditado no se obliga ; no puede, pues, decirse que se obliga bajo condición potestativa; contrae una obligación eventual: la de reembolsar los fondos que el banquero le anticipara, y como éste está obligado á hacerle este anticipo es suficiente liga para validar la apertura del crédito y de la hipoteca que lo garantiza. (1)

1 Gante, 11 de Agosto de 1848 (Pasicrisia, 1848, 2, 263).
2 Gante, 26 de Julio de 1848 [Pasicrisia, 1848, 2, 270]. Marton, t. III, página 121, núm. 1022.



533. ¿Cuál es el rango de la hipoteca consentida para la seguridad del crédito? Esta cuestión estaba muy controvertida bajo el imperio del Código Civil; la nueva ley la zanja en estos términos: «La hipoteca tiene rango desde la fecha de su inscripción, sin atender á las epocas sucesivas de las entregas de fondos.» El crédito está estipulado por diez años; los fondos serán entregados sucesivamente durante este plazo, según las necesidades del acreditado: la cuestión está en saber si la hipoteca sólo tendrá rango á medida de la entrega de fondos de modo que tendría un lugar diferente para cada anticipo. Esta doctrina estaba profesada por nuestros mejores jurisconsultos Toullier, Merlín, Troplong, Championière; Aubry y Rau la habían adoptado

1 Denegada, 12 de Diciembre de 1844 (Pasicrisia, 1845, 1, 78 y la requisitoria de Dewandre, p. 84).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

en sus primeras ediciones. Hay en favor de la opinión general un argumento que, á primera vista, parece decisivo. La hipoteca, en principio, no puede preceder al crédito, cuando menos no puede tener lugar antes de que la obligación principal exista. Y en el momento en que la hipoteca está inscripta en virtud del contrato que la constituye para la seguridad del crédito el acreditado no recibe aún ningún fondo; no es, pues, deudor; lo será cuando le hayan sido entregados los fondos, y en cada entrega contrae una nueva deuda. Luego la hipoteca no puede tener rango sino á partir de cada entrega de fondos. La ley belga no admitió este sistema. Ya hemos dado la razón de ello. Es que el día de la apertura del crédito el contrato produce su efecto á cargo del banquero, quien debe tener los fondos á disposición del acreditado; es justo que por razón de esta obligación que contrae tenga una garantía. Si la ley no se la diera ya no habría crédito abierto, salvo el caso en que se contrata sin garantía hipotecaria· En efecto, el banquero se vería obligado, antes de entregar fondos, á asegurarse de si el acreditado no consintió otra hipoteca que le prevaleciera; esto sería una traba permanente á las relaciones que nacen de la apertura del crédito, y estas trabas están en oposición con la rapidez de las operaciones mercantiles. Luego si se quiere que haya apertura de crédito es necesario dar al banquero una garantía real que no tenga que comprobar en cada anticipo que hace. Así el interés público justifica el principio consagrado por la ley belga, y este principio no está en oposición con el derecho. (1)

534. El art. 80 dice que la hipoteca tiene rango desde la fecha de su inscripción, sin atender á las épocas sucesivas de las entregas de fondos. Así los anticipos hechos durante

1 Aubry y Rau, t. III, p. 283, nota 71, pfo. 266. Martou, t. III, p. 115, número 1017. Pont, t. II, p. 156, núm. 719. Compárese el informe de Lelièvre (Parent, ps. 145 y siguientes).



el primer año del crédito tienen el mismo lugar que los que se hicieron el mismo día de la inscripción. Es en este sentido en el que la ley no atenderá á las épocas sucesivas de las entregas de fondos. La ley supone que todo crédito está agotado por el acreditado: el banquero tendrá lugar por el total de su crédito, capital, intereses y gastos de comisión desde la fecha de la inscripción, importando poco las fechas en que el acreditado perciba el dinero. Pero no debe inducirse de los términos del art. 80 que el banquero tiene siempre hipoteca en cualquiera época que entre en los fondos. Esto sólo es verdad cuando el contrato no indica un plazo convenido para la apertura del crédito; el contrato se ejecuta, en este caso, hasta que el crédito esté agotado, y es está obligación así ejecutada sucesivamente la que está asegurada por la hipoteca con rango desde su inscripción. Pero sucede amenudo que el contrato fije un plazo á la apertura del crédito; este plazo modifica la convención en el sentido de que fenece cuando vence el plazo; por tanto, el crédito garantizado por la hipoteca y el de los anticipos hechos cuando el vencimiento, aunque las partes contratantes hubieran continuado sus operaciones. En efecto, á partir del vencimiento del plazo se forma una nueva apertura de crédito, expresa ó tácita, habiendo terminado la primera, y la hipoteca garantizó el primer contrato y se extingue con este contrato; luego la hipoteca no puede garantizar los anticipos hechos después del plazo convenido, aunque el total de los anticipos no pasase del crédito. Los principios lo quieren así y el interés de los terceros lo exige igualmente; cuando se fija un plazo á la apertura del crédito la hipoteca sólo tiene efecto para con ellos, con la modalidad del plazo; el banquero no prevalece á los terceros más que por los anticipos hechos cuando el vencimiento del plazo; en cuanto á los demás anticipos posteriores será simple acreedor quirografario.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

535. Se admite, sin embargo, una restricción á esta interpretación del contrato. Si los anticipos hechos en virtud de la cuenta corriente, comprendiendo en ella los que se hicieron posteriormente á la prórroga del crédito, llegan á una cifra inferior á la que tenían los anticipos cuando la expiración del primer crédito la hipoteca garantizará el saldo definitivo tal cual fué fijado cuando el corte de cuenta. Esto supone que el acreditado no se limita á percibir fondos, que también hace entregas en pago de su deuda. El monto de la deuda sufre, en este caso, variaciones; si es menor cuando el corte definitivo de cuenta que cuando el vencimiento del primer crédito los terceros no tienen ningún interés en exigir que la cuenta esté cortada en aquel vencimiento, puesto que resultaría una situación más onerosa para el acreditado. Es por causa de esta falta de interés por lo que se decide que el banquero tendrá una hipoteca por el saldo definitivo de la cuenta, comprendiendo en ella la prórroga. (1) Bajo el punto de vista del interés de los terceros esto es verdad. ¿Pero no es, ante todo, una cuestión de derecho? El crédito está estipulado por cinco años; al fenecer el plazo la convención cesa de plano; la situación de las partes debe, pues, fijarse en aquel momento, y es el saldo de cuenta el que será garantizado por la hipoteca en los límites convenidos por la apertura del crédito. Si las partes continúan sus operaciones se forma un nuevo contrato en el cual la hipoteca es absolutamente extraña. ¿Qué importa, pues, la voluntad de los terceros y su interés? No pueden extender al crédito prorrogado una hipoteca que fué constituida para el primitivo crédito; se necesitaría un nuevo contrato de hipoteca entre el banquero y el acreditado, y este contrato sólo tendría efecto para con los terceros con una nueva inscripción; es, pues, imposible que la hipoteca

1 París, 21 de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 80). Martou, t. III, página 120, núm. 1021. Pont, t. II, p. 150, núm. 715.



se invoque al final de la cuenta prorrogada con el lugar que tenía en virtud de su inscripción primera.

536. La apertura del crédito es un préstamo que se realiza sucesivamente á voluntad del deudor. Se trata, pues, de anticipos por hacer, de fondos que entregar ó de letras que aceptar. Si cuando la apertura del crédito y la estipulación de la hipoteca las partes convienen que la hipoteca garantizará los anticipos ya hechos se entiende que la convención recibirá su ejecución. Pero si la hipoteca está estipulada para el crédito abierto el acreedor no puede prevalecerse de ella más que para los anticipos que hará posteriormente al contrato. Esto es lo que dice una sentencia de la Corte de Casación pronunciada por informe de d'Ubexi: «Es incontestable en derecho que la hipoteca conferida para la seguridad de un crédito abierto sólo cubre los anticipos por hacer en ejecución de este crédito, y que su beneficio no puede extenderse, á falta de estipulación expresa, á los anticipos hechos precedentemente por el banquero al acreditado.» Sin embargo, la Corte ha confirmado la sentencia atacada que había decidido que la hipoteca se aplicaba al crédito resultante de un vale subscripto por el acreditado en favor del acreedor después del acta de crédito, pero en refrendo de un primer vale anterior á esta acta. La razón de esta aparente excepción es que el segundo vale no representaba la deuda antigua, tenía por causa un anticipo hecho en virtud de la apertura del crédito. (1)

Por aplicación de este último principio la Corte de Casación ha sentenciado que el acreedor tiene hipoteca desde la fecha de su inscripción, aunque ningún anticipo efectivo haya sido efectuado en ejecución del crédito, si consta que este crédito ha sido realizado por entrega de vales anteriormente subscriptos y descontados por el deudor en fa-

1 Denegada, 2 de Junio de 1863 [Dalloz, 1863, 1, 337].



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

vor del banquero y llegados á sus vencimientos. «Esta renuncia, dice la sentencia de denegada, hecha y aceptada en ejecución de la apertura del crédito, equivale á una entrega de fondos por el banquero al acreditado; de un golpe extingue la deuda antigua, exigible inmediatamente, y realiza el crédito, sometiendo el crédito del banquero á las condiciones estipuladas en el acta de crédito. El banquero ejecuta su compromiso y evita un circuito inútil consintiendo en la extinción de los vales en lugar de exigir su reembolso; trata en esta circunstancia como banquero y adquiere como tal contra los acreditados un nuevo crédito exigible sólo en ocho años, plazo de la apertura del crédito, pero garantizado por la hipoteca que garantiza el crédito, el cual se halla así ejecutado.» (1)

Resulta de esto que en verdad no hay excepción, en el caso, al principio de que la apertura del crédito, salvo estipulación expresa, no garantiza los anticipos anteriores. La deuda de estos anticipos fué extinguida por una novación, como lo decía la Corte de Bruselas en una reciente sentencia: «La hipoteca constituída para la seguridad de un crédito abierto no cubre más que los anticipos de fondos hechos en ejecución de este crédito. No garantiza el reembolso de entregas de fondos anteriores á la apertura de crédito sino cuando se opera una novación en cuanto á estos anticipos de tal suerte que el banquero adquiere por este punto un nuevo crédito contra el acreditado. En esta hipótesis los fondos prestados, anteriormente, que son exigibles, pueden ser considerados como mantenidos á la disposición del acreditado en ejecución de la apertura del crédito según las cláusulas y condiciones de este contrato.» En el caso la Corte de Casación comprueba que no había habido novación entre las partes y que ningún anticipo había sido hecho; el contrato de apertura de crédito era, pues, una pura ficción. (1)

1 Denegada, 3 de Agosto de 1870 (Dalloz, 1871, 1, 281).



537. El art. 80 dice que la entrega de los fondos podrá ser establecida por todos los medios legales. Esta disposición tiene por objeto decidir una controversia que existía bajo el imperio del Código Civil. Había autores que exigían que los anticipos constaran por acta auténtica, así como se exigía la autenticidad de la acta que establece la apertura del crédito (núm. 529). Esto era un doble error. El contrato de hipoteca sólo es solemne para la constitución de la hipoteca; en cuanto á las pruebas que hay que dar amenudo el acreedor hipotecario quiere ejercer su derecho, nada tiene de común con la solemnidad del acta. La hipoteca, en el caso, garantiza los anticipos hechos en virtud de la apertura del crédito. ¿Qué debe establecerse en forma auténtica? La suma hasta concurrencia de la que el banquero está obligado á hacer anticipos, suma por la que tendrá una hipoteca si los anticipos agotan el crédito; en cuanto á los anticipos se hacen por ejecución del contrato, y esta ejecución no es una acta solemne; queda, pues, sometida al derecho común. Es en este sentido en el que la ley dice que las pruebas legales son admisibles. ¿Cuáles son estas pruebas legales? En materia mercantil, dice Lelièvre en su informe á la Cámara, la prueba se hará por los libros del acreedor y, en caso necesario, por testigos. (2) La cuestión ha sido decidida en este sentido por la Corte de Casación de Bélgica. (3)

### § IX.—De las modalidades de la hipoteca.

538. El contrato de hipoteca está sometido á las reglas generales que rigen todas las convenciones, sólo difiere por

1 Bruselas, 27 de Julio de 1874 (Pasicrisia, 1874, 2, 325).
2 Leliévre, informe (Parent, p. 145).
3 Casación, 27 de Diciembre de 1849 [Pasicrisia, 1850, 1, 53].

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

vor del banquero y llegados á sus vencimientos. «Esta renuncia, dice la sentencia de denegada, hecha y aceptada en ejecución de la apertura del crédito, equivale á una entrega de fondos por el banquero al acreditado; de un golpe extingue la deuda antigua, exigible inmediatamente, y realiza el crédito, sometiendo el crédito del banquero á las condiciones estipuladas en el acta de crédito. El banquero ejecuta su compromiso y evita un circuito inútil consintiendo en la extinción de los vales en lugar de exigir su reembolso; trata en esta circunstancia como banquero y adquiere como tal contra los acreditados un nuevo crédito exigible sólo en ocho años, plazo de la apertura del crédito, pero garantizado por la hipoteca que garantiza el crédito, el cual se halla así ejecutado.» (1)

Resulta de esto que en verdad no hay excepción, en el caso, al principio de que la apertura del crédito, salvo estipulación expresa, no garantiza los anticipos anteriores. La deuda de estos anticipos fué extinguida por una novación, como lo decía la Corte de Bruselas en una reciente sentencia: «La hipoteca constituída para la seguridad de un crédito abierto no cubre más que los anticipos de fondos hechos en ejecución de este crédito. No garantiza el reembolso de entregas de fondos anteriores á la apertura de crédito sino cuando se opera una novación en cuanto á estos anticipos de tal suerte que el banquero adquiere por este punto un nuevo crédito contra el acreditado. En esta hipótesis los fondos prestados, anteriormente, que son exigibles, pueden ser considerados como mantenidos á la disposición del acreditado en ejecución de la apertura del crédito según las cláusulas y condiciones de este contrato.» En el caso la Corte de Casación comprueba que no había habido novación entre las partes y que ningún anticipo había sido hecho; el contrato de apertura de crédito era, pues, una pura ficción. (1)

1 Denegada, 3 de Agosto de 1870 (Dalloz, 1871, 1, 281).



537. El art. 80 dice que la entrega de los fondos podrá ser establecida por todos los medios legales. Esta disposición tiene por objeto decidir una controversia que existía bajo el imperio del Código Civil. Había autores que exigían que los anticipos constaran por acta auténtica, así como se exigía la autenticidad de la acta que establece la apertura del crédito (núm. 529). Esto era un doble error. El contrato de hipoteca sólo es solemne para la constitución de la hipoteca; en cuanto á las pruebas que hay que dar amenudo el acreedor hipotecario quiere ejercer su derecho, nada tiene de común con la solemnidad del acta. La hipoteca, en el caso, garantiza los anticipos hechos en virtud de la apertura del crédito. ¿Qué debe establecerse en forma auténtica? La suma hasta concurrencia de la que el banquero está obligado á hacer anticipos, suma por la que tendrá una hipoteca si los anticipos agotan el crédito; en cuanto á los anticipos se hacen por ejecución del contrato, y esta ejecución no es una acta solemne; queda, pues, sometida al derecho común. Es en este sentido en el que la ley dice que las pruebas legales son admisibles. ¿Cuáles son estas pruebas legales? En materia mercantil, dice Lelièvre en su informe á la Cámara, la prueba se hará por los libros del acreedor y, en caso necesario, por testigos. (2) La cuestión ha sido decidida en este sentido por la Corte de Casación de Bélgica. (3)

### § IX.—De las modalidades de la hipoteca.

538. El contrato de hipoteca está sometido á las reglas generales que rigen todas las convenciones, sólo difiere por

1 Bruselas, 27 de Julio de 1874 (Pasicrisia, 1874, 2, 325).
2 Leliévre, informe (Parent, p. 145).
3 Casación, 27 de Diciembre de 1849 [Pasicrisia, 1850, 1, 53].

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la solemnidad. Así puede hacerse á plazo ó bajo condición. Estas modalidades son raras porque quitan á la garantía hipotecaria la certeza, que es su grande ventaja; el plazo lo limita á cierto tiempo; mientras que el objeto del acreedor es estipular una seguridad que le garantice su deuda mientras ésta existe; en cuanto á la condición suspende la existencia misma de la hipoteca en el sentido de que la hipoteca no existirá si la condición desfallece. (1)

No se encuentra en la jurisprudencia ejemplo de una hipoteca constituida á plazo ó bajo condición. La única sentencia que se cita ha sido, en nuestro concepto, mal interpretada por Merlín. Constitución por un marido en favor de su mujer y de sus hijos por nacer en el matrimonio de una renta de 1200 francos "para tomar especial y limitadamente en una casa sita en París, Calle de Lepelletier, y *subsidiariamente* en otra casa sita en París, Calle Rochechouart." El acta estipula que esta última hipoteca no se adquirirá más que en el caso de venta de la primera casa, "en cuyo caso el constituyente tendrá el derecho de liberarla de la hipoteca que la grave personalmente, asegurando la hipoteca, ya sea en la casa indicada ó en otra, con producto seguro y fijo." La mujer tomó inscripción en la casa hipotecada, agregando "con facultad de reportar la hipoteca en la casa situada en la Calle de Rochechouart en el caso en que el deudor llegare á enajenar la primera." La casa fué vendida y la inscripción tomada en el inmueble fué borrada en virtud de una sentencia pasada á autoridad de cosa juzgada. Posteriormente dos acreedores tomaron inscripción en la casa de la Calle de Rochechouart. Esta casa fué igualmente vendida; el adquirente la purga, el acreedor rentista se presenta en la orden y pretende prevalecer á los demás acreedores inscriptos. Estos sostienen que la mujer no tuvo nunca hipoteca. La Corte de París dió gane

1 Aubry y Rau, t. III, p. 284, nota 5, pfo. 266.



á la mujer. En el recurso la sentencia fué casada. ¿Qué se decidía?

La Corte comprueba que el donante no entendía dar á la acreedora rentista más que una hipoteca especial y limitada, reservándose la facultad, en caso de venta de la casa hipotecada, de asegurar la hipoteca de la donación en la casa de la Calle Rochechouart ó en otros inmuebles de su elección. De esto la Corte concluye que la mujer no tenía realmente hipoteca más que en la casa de la Calle Lepelletier, á reserva, en caso de venta de dicha casa, el reportar la hipoteca en la casa de la Calle de Rochechouar ó en otro inmueble del donante. La sentencia atacada violaba, pues, la ley que no concede hipoteca convencional más que en el inmueble especialmente designado por el acta. No teniendo la acreedora rentista hipoteca en la casa de la Calle de Rochechouart la inscripción acumulativa que hubiera tomado en una y otra casa hubiera sido ineficaz, no pudiéndose tomar ninguna inscripción sino en virtud de una hipoteca consentida especialmente en un inmueble determinado. Pero, agrega la Corte, el donatario no había siquiera tomado una inscripción acumulativa, se había limitado á mencionar en su inscripción la facultad de *reportar la hipoteca* en la casa de la Calle de Rochechouart. Y la ley no concede efecto de la inscripción á una acta que no contiene más que la reserva de una simple facultad de inscribirse.

Merlín dice que esta sentencia está fundada en dos motivos: el primero, que la hipoteca subsidiaria en la casa de la Calle de Rochechouart no era susceptible de inscripción antes de la venta de la casa de la Calle Lepelletier; el segundo, que la acreedora no había tomado inscripción de esta hipoteca. El segundo motivo era, sin duda, perentorio; pero Merlín opone al primero que una hipoteca condicional es tanto como una hipoteca pura y simple, susceptible de ser

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

inscripta. (1) La crítica estaría fundada si realmente hubiera habido hipoteca condicional. Pero el acta no decía esto; el donante prometía sólo reportar la hipoteca en otro inmueble, á su elección, en caso de venta de la casa hipotecada. Por esto la Corte de Casación no dice que la donataria tenía una hipoteca condicional; dice, al contrario, que la mujer no tenía hipoteca y que, por tanto, hubiera tomado simplemente inscripción.

539. La ley permite á las partes agregar á sus contratos toda clase de condiciones. Hay una excepción en la ley de 15 de Agosto de 1854 para la cláusula llamada *aparejada ejecución*. El art. 90 dice: «Se permite estipular en las convenciones que á falta de ejecución de los compromisos tomados para con él el acreedor privilegiado ó hipotecario tendrá el derecho de mandar vender su prenda en la forma de venta voluntaria.» Pero la ley no autoriza esta cláusula más que bajo la condición que determina: es necesario que el acreedor esté inscripto el primero y que la estipulación de aparejada ejecución haya sido publicada por la inscripción. La venta tiene lugar, en este caso, en subasta, ante un notario nombrado por el presidente del tribunal.

La legislación francesa prohibe la cláusula de aparejada ejecución. Según el art. 942 del Código de Procedimientos revisado es nula toda cláusula que dice que á falta de ejecución de los compromisos tomados para con él el acreedor tendrá el derecho de mandar vender los inmuebles de su deudor sin llenar las formalidades prescriptas para el embargo inmobiliar.

Perteneciendo esta materia al procedimiento transladamos al excelente comentario de nuestro sentido colega M. Waelbroeck acerca de la ley de 1854. (2)

1 Merlín, Cuestiones de derecho, en la palabra Hipoteca, pfo. XIV, sec. II (t. VIII, p. 173). La sentencia de Casación de 5 de Diciembre de 1809 está relatada por Merlín.

2 Waelbroeck, Comentario de la ley de 15 de Agosto de 1854, t. III, ps. 566 y siguientes. Compárense, sobre el derecho francés, Aubry y Rau, t. III, página 284, pfo. 266.



540. El art. 2078 prohibe al acreedor prendista estipular que á falta de pago podrá apropiarse la prenda ó disponer de ella sin las formalidades prescriptas por la ley. Hay una disposición análoga para la anticresis (art. 2088). ¿Se aplica esta prohibición al contrato de hipoteca? Las partes convienen que el acreedor á falta de pago se volverá propietario del inmueble hipotecado. ¿Es válida esta cláusula? La cuestión está controvertida. En nuestro concepto debe ser decidida negativamente. La hipoteca y los derechos que resultan de ella son de orden público; el acreedor tiene un derecho de preferencia y un derecho de prosecución que ejerce por la vía de expropiación. ¿Puede realizar su derecho por otras vías? No, pues esto sería derogar las leyes del embargo inmobiliar, que son igualmente de orden público. El texto de la Ley Hipotecaria lo prueba. Se necesita una disposición terminante para autorizar la cláusula de aparejada ejecución, y la ley solo la permite bajo las condiciones que determina (núm. 539). Se necesitaría también un texto para validar en materia de hipoteca la cláusula que los arts. 2078 y 2088 prohiben en materia de empeño.

Las sentencias en pró ó en contra tienen poca autoridad porque están muy mal motivadas. Hay una sentencia de la Corte de Agén, conforme con nuestra opinión, pero fundada únicamente en el temor de favorecer el agio. (1) La Corte de Tolosa, que validó la cláusula, invoca el adagio de que la ley permite todo lo que no prohibe; (2) esto es verdad en los contratos ordinarios en que la ley sólo prevee lo que quieren las partes; esto no es verdad en las convenciones, que son de orden público. La mayor parte de las sentencias declaran la cláusula válida interpretándola como

1 Agén, 28 de Diciembre de 1842 (Dalloz, en la palabra Empeño, núm. 274, 1.°)

2 Tolosa, 16 de Marzo de 1812 [Dalloz, en la palabra Empeño, núm. 275, 1.°]

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

venta condicional. (1) Si las partes entendieran hacer una venta, y si su convención presenta todos los caracteres de este contrato, debe sin duda, ser validada; pero sería desconocer la intención de los contratantes y las disposiciones de la ley el confundir la cláusula de los arts. 2078 y 2088 con la venta. Esta es esencialmente translativa de propiedad, aunque sea condicional, si la venta se realiza por el cumplimiento de la condición; mientras que el contrato de hipoteca deja la propiedad al deudor. Hay otras diferencias entre ambas convenciones que es inútil señalar.

*SECCION IV.—De la hipoteca testamentaria.*

541. Segúun el art. 43 la hipoteca es legal, convencional ó testamentaria. El art. 44 define la hipoteca testamentaria en los siguientes términos: «Es la que está establecida por el testador en uno ó varios inmuebles especialmente designados por el testamento para la garantía de los legados hechos por él.» Esta es la única disposición que la ley contiene acerca de la hipoteca testamentaria. Creemos que los vacíos que presenta tienen que ser llenados por los principios generales que rigen nuestro sistema hipotecario. Así el art. 44, que somete la hipoteca testamentaria al principio de la especificación en lo relativo á los bienes, nada dice de la especificación del crédito. ¿Quiere esto decir que la hipoteca testamentaria no tenga que ser especial en cuanto al legado cuya ejecución asegura? Esto sería inadmisible. La nueva ley sujeta á la especificación las hipotecas más favorecidas: las de los incapaces; hace, pues, de la especificación un principio general sin excepción; no habrá, seguramente, razón para exceptuar la hipoteca testamentaria. El legislador habrá pensado que el crédito está determinado por la

1 Casación, 1.° de Julio de 1844; Montpellier, 30 de Julio de 1833 y 6 de Marzo de 1840, Tolosa, 16 de Marzo de 1812 (Dalloz, en la palabra Empeño, (núms. 313 y 275).



misma naturaleza del legado; pero esto no sería exacto, pues la cosa legada puede consistir en una prestación; es, pues, necesario aplicar por analogía lo que la ley dice de las prestaciones impuestas al donatario; para que el donatario tenga privilegio por este punto el cargo debe ser liquidado. Asímismo la prestación legada debiera ser liquidada para que la hipoteca testamentaria pudiera ser inscripta. No se podría decir que la hipoteca es nula por falta de esta especificación, pues no hay nulidad sin texto; pero la inscripción, en todo caso, debiera especificar el crédito; en efecto, el art. 83 (Código Civil, art. 2148), que exige la mención del monto del crédito, es aplicable á todas las hipotecas. En la opinión que hemos enseñado la especificación es una condición requerida para la existencia de la hipoteca. Si tal es el principio para las hipotecas legales y convencionales hay que admitirlo también para la hipoteca testamentaria, pues los motivos son idénticos. No se puede objetar el silencio de la ley, puesto que nuestras leyes no contienen un sistema completo acerca de la teoría de las actas inexistentes. Los principios generales y los argumentos de analogía bastan. Suponemos que la hipoteca testamentaria debe ser inscripta; el art. 44 no lo dice, pero no necesitaba decirlo, pues los artículos de la ley que subordinan los efectos de la hipoteca á la publicidad son aplicables á todas las hipotecas (arts. 81 y 96).

542. ¿Cuál es el objeto de la hipoteca testamentaria? El art. 44 dice que el testador puede establecerla para la garantía de los *legados* que hace. Según el proyecto de la comisión especial la hipoteca podrá también ser constituida para la garantía de las deudas del testador. La palabra *deudas* desapareció del artículo sin que se sepa por qué motivo. ¿Debe concluirse de esto que el testador no puede conceder una hipoteca á uno de sus acreedores? En rigor esta conse-



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

venta condicional. (1) Si las partes entendieran hacer una venta, y si su convención presenta todos los caracteres de este contrato, debe sin duda, ser validada; pero sería desconocer la intención de los contratantes y las disposiciones de la ley el confundir la cláusula de los arts. 2078 y 2088 con la venta. Esta es esencialmente translativa de propiedad, aunque sea condicional, si la venta se realiza por el cumplimiento de la condición; mientras que el contrato de hipoteca deja la propiedad al deudor. Hay otras diferencias entre ambas convenciones que es inútil señalar.

*SECCION IV.—De la hipoteca testamentaria.*

541. Segúun el art. 43 la hipoteca es legal, convencional ó testamentaria. El art. 44 define la hipoteca testamentaria en los siguientes términos: «Es la que está establecida por el testador en uno ó varios inmuebles especialmente designados por el testamento para la garantía de los legados hechos por él.» Esta es la única disposición que la ley contiene acerca de la hipoteca testamentaria. Creemos que los vacíos que presenta tienen que ser llenados por los principios generales que rigen nuestro sistema hipotecario. Así el art. 44, que somete la hipoteca testamentaria al principio de la especificación en lo relativo á los bienes, nada dice de la especificación del crédito. ¿Quiere esto decir que la hipoteca testamentaria no tenga que ser especial en cuanto al legado cuya ejecución asegura? Esto sería inadmisible. La nueva ley sujeta á la especificación las hipotecas más favorecidas: las de los incapaces; hace, pues, de la especificación un principio general sin excepción; no habrá, seguramente, razón para exceptuar la hipoteca testamentaria. El legislador habrá pensado que el crédito está determinado por la

1 Casación, 1.° de Julio de 1844; Montpellier, 30 de Julio de 1833 y 6 de Marzo de 1840, Tolosa, 16 de Marzo de 1812 (Dalloz, en la palabra Empeño, (núms. 313 y 275).



misma naturaleza del legado; pero esto no sería exacto, pues la cosa legada puede consistir en una prestación; es, pues, necesario aplicar por analogía lo que la ley dice de las prestaciones impuestas al donatario; para que el donatario tenga privilegio por este punto el cargo debe ser liquidado. Asímismo la prestación legada debiera ser liquidada para que la hipoteca testamentaria pudiera ser inscripta. No se podría decir que la hipoteca es nula por falta de esta especificación, pues no hay nulidad sin texto; pero la inscripción, en todo caso, debiera especificar el crédito; en efecto, el art. 83 (Código Civil, art. 2148), que exige la mención del monto del crédito, es aplicable á todas las hipotecas. En la opinión que hemos enseñado la especificación es una condición requerida para la existencia de la hipoteca. Si tal es el principio para las hipotecas legales y convencionales hay que admitirlo también para la hipoteca testamentaria, pues los motivos son idénticos. No se puede objetar el silencio de la ley, puesto que nuestras leyes no contienen un sistema completo acerca de la teoría de las actas inexistentes. Los principios generales y los argumentos de analogía bastan. Suponemos que la hipoteca testamentaria debe ser inscripta; el art. 44 no lo dice, pero no necesitaba decirlo, pues los artículos de la ley que subordinan los efectos de la hipoteca á la publicidad son aplicables á todas las hipotecas (arts. 81 y 96).

542. ¿Cuál es el objeto de la hipoteca testamentaria? El art. 44 dice que el testador puede establecerla para la garantía de los *legados* que hace. Según el proyecto de la comisión especial la hipoteca podrá también ser constituida para la garantía de las deudas del testador. La palabra *deudas* desapareció del artículo sin que se sepa por qué motivo. ¿Debe concluirse de esto que el testador no puede conceder una hipoteca á uno de sus acreedores? En rigor esta conse-



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cuencia resulta del texto de los arts. 42 y 44. Según el art. 42 la hipoteca sólo tiene lugar en *los casos autorizados por la ley*, y el art. 44 no autoriza la hipoteca testamentaria más que para la garantía de los *legados*. Sin embargo, este argumento no es tan decisivo como parece ser. El testador puede legar á su acreedor lo que le debe; la deuda se convierte entonces en una cosa legada y entra, por consiguiente, en los términos del art. 44; y dando una hipoteca al acreedor le lega implícitamente la cosa debida, agregándole una garantía hipotecaria. Esta interpretación permite conciliar los textos con los principios. No hay ninguna razón para prohibir al testador legar una hipoteca: puede legar toda la propiedad á su acreedor; ¿por qué no había de poderle legar un desmembramiento de la propiedad? Puede legar toda clase de derecho; ¿por qué había de haber excepción para la hipoteca? Se invocaría en vano el retiro de la palabra *deudas* que se encontraba en el proyecto; no se sabe por qué fué quitada esta palabra; puede haber sido porque era inútil, como acabamos de explicarlo. En todo caso el silencio de la ley no basta para que se pueda inducir una derogación de los principios. (1)

543. Bajo el imperio del Código Civil se admitía generalmente que los legatarios tenían una hipoteca legal en los bienes de la sucesión. Se preguntará si la nueva ley deroga al art. 1017, en el que se fundaba esta pretendida hipoteca. Todas las comisiones están unánimes en declarar que la hipoteca legal del Código Civil, tal cual se la interpretaba, está abrogada. Importa hacer constar los motivos por los que los informes declaran que la hipoteca de los legatarios está abolida.

La comisión especial se expresa como sigue: «Propone dar al testador la facultad de constituir una hipoteca en los bienes para asegurar el pago de una deuda ó de un legado.

1 Cloes, Comentario, t. III, p. 39, núm. 1002.



Pareció tanto más útil concederle este derecho cuanto que la supresión de las hipotecas generales, admitidas en principio, comprende necesariamente la hipoteca resultante del art. 1017 en favor de los legatarios en los bienes de la sucesión.» (1) Así la comisión propone admitir la hipoteca testamentaria para reemplazar la hipoteca legal del art. 1017; supone que esta hipoteca general está abrogada por la nueva ley, la que, en principio, desecha las hipotecas generales aun más favorecidas: las de los menores y de las mujeres casadas.

En su primer informe M. Lelièvre dice igualmente que la ley, al suprimir la hipoteca general concedida al legatario por el art. 1017 del Código Civil, necesitaba autorizar al testador para conceder al legatario una hipoteca para la seguridad del pago de su legado. En un segundo informe M. Lelièvre justifica la proposición de una hipoteca testamentaria, y agrega: «Por medio de esta disposición (artículo 44) se entiende que la hipoteca que resulta de los artículos 1009, 1012 y 1017 del Código Civil está abrogada. Esto es lo que está admitido, por unanimidad, por la comisión y por el Ministro de Justicia.» (1)

Fundándose en los trabajos preparatorios M. Delebecque emite la opinión de que la hipoteca legal de los legatarios está abolida. Martou se pronunció en favor de la opinión contraria, la que fué combatida por M. Thiry, nuestro sabio colega de la Universidad de Lieja. (1) Nos adherimos sin titubear á su opinión. Creemos, como él, que la pretendida hipoteca legal de los legatarios no existió nunca; el Código Civil mencionaba las hipotecas legales (art. 2121) y no comprendía á los legatarios entre los que la ley conce-

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 37).
2 Lelièvre, informe (Parent, ps. 129 y 193).
3 Delebecque, p. 188, núm. 232. Martou, t. II, p. 324, núm. 708, seguido por Cloes, t. III, p. 36, núm. 1000. Thiry, en la Bélgica Judicial, t. XIV, número 517.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de una hipoteca; el único derecho que les daba era pedir la separación de patrimonios; lo que les aseguraba su pago en los bienes de la sucesión, con preferencia á los acreedores del heredero. Tal es el sentido de los artículos del Código que se citan como estableciendo una hipoteca legal en favor de los legatarios; si dicen que los legatarios y demás deudores de los legados están obligados hipotecariamente por el todo; esto es una suposición, y suponer no es disponer; la suposición se explica, además, por lo que el Código llama el privilegio de separación, privilegio que daba á los legatarios un derecho de preferencia para con los demás acreedores del heredero; y el privilegio es una hipoteca privilegiada. La nueva ley no derega en este punto el Código Civil.

Aun colocándose en el terreno de la opinión general que reconocía una hipoteca legal á los legatarios hay que decir, con los autores de la ley belga, que esta hipoteca queda abrogada por la Ley Hipotecaria. Se objetan los principios que rigen la abrogación tácita. Una ley general, se dice, no abroga una ley especial; para que una ley abrogue una ley anterior es necesario que haya una posibilidad de aplicar ambas leyes simultáneamente. Ya hemos contestado en otro lugar que el Código ignora los principios acerca de la abrogación tácita que se toma de la tradición y que se hace mal en aplicar un poco mecánicamente. La abrogación tácita es, ante todo, una cuestión de voluntad. ¿Y qué quiso el legislador belga? Estableció un sistema completo acerca del régimen hipotecario, sistema que deroga en puntos esenciales el régimen del Código Civil. Así es especialmente para las hipotecas generales. La nueva ley las proscribe; no comprendemos que se haya negado invocando la hipoteca general del Estado; esta es una excepción que confirma la regla. La regla es que las hipotecas más favorecidas, las de los menores y de las mujeres casadas, están sometidas al principio de la especificación. ¿Se concibe que



negando una hipoteca general á los menores la ley dé una á los legatarios que tienen un medio fácil de resguardar sus intereses: la separación de patrimonios? Si el legislador hubiera querido mantener la hipoteca de los legatarios tal cual se admitía la hubiera sometido á la especificación; no indicó ningún medio de especificarla, luego la suprime. Esto es lo que se debiera haber dicho aunque no nos hubieran enseñado nada los trabajos preparatorios acerca de la intención del legislador. Pero los autores de la ley han hablado. Martou aparta los informes de las comisiones; dice que en lugar de repetir diez veces que la hipoteca de los legatarios está abrogada las comisiones hubieran hecho mejor de inscribirlo una sóla vez en la ley. Sea, pero esto no prueba que no deba tenerse ninguna cuenta de lo que han dicho. Repetimos que esta es una cuestión de intención; y los autores de la ley belga han declarado que establecían la hipoteca testamentaria en lugar de la hipoteca legal abrogada en virtud del nuevo régimen. Hay, pues, un texto que implica la abrogación de la hipoteca legal: son los artículos 42 y 44 que crean la hipoteca testamentaria; esta hipoteca, dicen los autores de la ley, no tiene más razón de ser que la abrogación de la hipoteca legal; luego los artículos 42 y 44 consagran implícitamente esta abrogación. (1)

544. El art. 44 no dice nada de la forma en la que la hipoteca testamentaria debe ser constituida. Era inútil haberlo dicho quedando decidida la cuestión implícitamente por el texto de la ley; decir que la hipoteca *testamentaria* es la por la que el *testador* establece una hipoteca en favor del *legatario* es decir que todo testamento puede contener una constitución de hipoteca, no sólo los testamentos auténticos sino también los ológrafos y místicos. Se objeta que en el silencio de la ley deben aplicarse los principios

1 Hay una sentencia, en este sentido, muy bien motivada del Tribunal de Marché de 21 de Octubre 1870 (Pasicrisia, 1873, 3, 243).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que se refieren á la hipoteca convencional. Desde luego negamos que haya silencio en la ley. Además, la diferencia es grande entre la hipoteca convencional y la testamentaría; nada impide que las partes contratantes se dirijan á un notario; mientras que el testador puede encontrarse en la imposibilidad de redactar una acta auténtica. Es por favor á las últimas voluntades por lo que la ley mantiene los testamentos ológrafos; quiso, pues, permitir al testador hacer en esta forma las mismas disposiciones que pudiera tomar por acta auténtica. Todo lo que resulta es que la hipoteca testamentaria no es una acta solemne. (1)

Hay, sin embargo, una diferencia entre la hipoteca constituida por un testamento auténtico y la que establece un testamento ológrafo ó místico. El acreedor hipotecario tiene el derecho de expropiar al deudor, porque su derecho resulta ordinariamente de una acta auténtica y ejecutoria como tal. Este principio se aplica á la hipoteca testamentaria cuando el testamento es una acta solemne; no recibe aplicación cuando el testamento es ológrafo ó místico, puesto que estos testamentos son actas privadas que no adquieren fuerza ejecutoria sino en virtud de una sentencia.

545. ¿Cuál es el efecto de la hipoteca testamentaria? Crea un derecho de preferencia entre los legatarios; pero el legatario no está preferido á los acreedores del difunto. Esto es la aplicación del principio de que los legados sólo están pagados después del pago de las deudas; *nemo liberalis nisi liberatus*. Y si el legatario fuera pagado de preferencia á los acreedores éstos podrían no ser pagados, cuando menos íntegramente; de donde resultaría que un legatario prevalecería á un acreedor, lo que es contrario al principio tradicional que acabamos de relatar, principio que deriva de la naturaleza normal del legado: el testador no puede legar

1 Martou, t. III, p. 326, núm. 709; Cloes, t. II, p. 29, núms. 995 á 997. En sentido contrario, Delebecque, p. 189, núm. 233.



lo que no tiene y no tiene más bienes que lo que le queda deducidas sus deudas.

### *SECCION V.—Del lugar que las hipotecas tienen entre sí.*

546. El art. 81 dice: «Entre los *acreedores* la *hipoteca* sólo tiene *lugar* desde el día de la inscripción tomada en el registro del conservador» (Código Civil, art. 2134). La ley no comprende los privilegios; sin embargo, los privilegios deben también ser publicados por vía de la inscripción, y el art. 29 dice que entre los acreedores los privilegios sólo producen sus *efectos* para con los inmuebles cuando han sido publicados por la inscripción en los registros del conservador de hipotecas. Hay una diferencia de redacción entre el art. 29 y el 81. El primero niega todo *efecto* á los privilegios no publicados; el art. 81 sólo dice que el *lugar* de las hipotecas depende de su inscripción. ¿Resulta de esto una diferencia de principios? Hay que ver primero cuál es el objeto de la inscripción.

¿Está requerida la inscripción para que la hipoteca exista ó existe ésta independientemente de la inscripción? La inscripción está ordenada para que la hipoteca tenga *efecto* para con los terceros que tratan con el propietario del inmueble hipotecado. Esto prueba ya que la inscripción no es una condición de existencia de la hipoteca; tiene por objeto único hacer pública la hipoteca que existe, ya sea en virtud de la ley, ya en virtud de una convención ó de un testamento. Sucede con la inscripción lo que con la transcripción; mejor dicho, la inscripción reemplaza, para las hipotecas, la transcripción que la ley prescribe para todas las actas translativas de derechos reales inmobiliares. Estos derechos existen en virtud del contrato que los establece, pero para que puedan ser opuestas á los terceros es necesario que el acta constitutiva esté transcripta, ó inscripta cuando

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que se refieren á la hipoteca convencional. Desde luego negamos que haya silencio en la ley. Además, la diferencia es grande entre la hipoteca convencional y la testamentaría; nada impide que las partes contratantes se dirijan á un notario; mientras que el testador puede encontrarse en la imposibilidad de redactar una acta auténtica. Es por favor á las últimas voluntades por lo que la ley mantiene los testamentos ológrafos; quiso, pues, permitir al testador hacer en esta forma las mismas disposiciones que pudiera tomar por acta auténtica. Todo lo que resulta es que la hipoteca testamentaria no es una acta solemne. (1)

Hay, sin embargo, una diferencia entre la hipoteca constituida por un testamento auténtico y la que establece un testamento ológrafo ó místico. El acreedor hipotecario tiene el derecho de expropiar al deudor, porque su derecho resulta ordinariamente de una acta auténtica y ejecutoria como tal. Este principio se aplica á la hipoteca testamentaria cuando el testamento es una acta solemne; no recibe aplicación cuando el testamento es ológrafo ó místico, puesto que estos testamentos son actas privadas que no adquieren fuerza ejecutoria sino en virtud de una sentencia.

545. ¿Cuál es el efecto de la hipoteca testamentaria? Crea un derecho de preferencia entre los legatarios; pero el legatario no está preferido á los acreedores del difunto. Esto es la aplicación del principio de que los legados sólo están pagados después del pago de las deudas; *nemo liberalis nisi liberatus*. Y si el legatario fuera pagado de preferencia á los acreedores éstos podrían no ser pagados, cuando menos íntegramente; de donde resultaría que un legatario prevalecería á un acreedor, lo que es contrario al principio tradicional que acabamos de relatar, principio que deriva de la naturaleza normal del legado: el testador no puede legar

1 Martou, t. III, p. 326, núm. 709; Cloes, t. II, p. 29, núms. 995 á 997. En sentido contrario, Delebecque, p. 189, núm. 233.



lo que no tiene y no tiene más bienes que lo que le queda deducidas sus deudas.

### *SECCION V.—Del lugar que las hipotecas tienen entre sí.*

546. El art. 81 dice: «Entre los *acreedores* la *hipoteca* sólo tiene *lugar* desde el día de la inscripción tomada en el registro del conservador» (Código Civil, art. 2134). La ley no comprende los privilegios; sin embargo, los privilegios deben también ser publicados por vía de la inscripción, y el art. 29 dice que entre los acreedores los privilegios sólo producen sus *efectos* para con los inmuebles cuando han sido publicados por la inscripción en los registros del conservador de hipotecas. Hay una diferencia de redacción entre el art. 29 y el 81. El primero niega todo *efecto* á los privilegios no publicados; el art. 81 sólo dice que el *lugar* de las hipotecas depende de su inscripción. ¿Resulta de esto una diferencia de principios? Hay que ver primero cuál es el objeto de la inscripción.

¿Está requerida la inscripción para que la hipoteca exista ó existe ésta independientemente de la inscripción? La inscripción está ordenada para que la hipoteca tenga *efecto* para con los terceros que tratan con el propietario del inmueble hipotecado. Esto prueba ya que la inscripción no es una condición de existencia de la hipoteca; tiene por objeto único hacer pública la hipoteca que existe, ya sea en virtud de la ley, ya en virtud de una convención ó de un testamento. Sucede con la inscripción lo que con la transcripción; mejor dicho, la inscripción reemplaza, para las hipotecas, la transcripción que la ley prescribe para todas las actas translativas de derechos reales inmobiliares. Estos derechos existen en virtud del contrato que los establece, pero para que puedan ser opuestas á los terceros es necesario que el acta constitutiva esté transcripta, ó inscripta cuando

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

se trata de una hipoteca. La falta de transcripción ó de inscripción no hace, pues, nula el acta; ésta es válida y produce entre las partes todos los efectos que debe producir mientras que los terceros no están en causa. Estos efectos son considerables cuando se trata de la venta de un inmueble ó de una servidumbre ó de un derecho inmobiliar que ataque una hipoteca; mientras que la hipoteca no produce muchos efectos entre las partes; sin embargo, produce algunos, como lo diremos más adelante; es, pues, necesario mantener como principio, para las hipotecas como para los derechos inmobiliares en general, que el derecho existe independientemente de la publicidad entre las partes. Luego la inscripción no está requerida para la existencia ni la validez del acta.

Tarrible, que ha escrito excelentes artículos acerca del régimen hipotecario en el *Repertorio* de Merlín, parece decir lo contrario. Según él la inscripción es necesaria para *constituir* la hipoteca para completar el derecho del acreedor; el acreedor que no toma inscripción es un acreedor quirografario. Tarrible invoca la tradición de los países de empeño; las costumbres declaraban acreedores *personales* y *mobiliares* á los que no habían cumplido las obras de ley. Hay una disposición del Código Civil que parece estar concebida en este sentido. Según el art. 2135 la hipoteca *existe*, independientemente de toda inscripción, en favor de los incapaces; luego se puede decir: la hipoteca no *existe* en regla general sino en virtud de la inscripción. (1) ¿No es esto muy absoluto? Dejemos á un lado las costumbres de empeño; ya sólo es historia. La cuestión debe ser decidida por los textos del Código Civil y de la Ley Hipotecaria. El artículo 2135 que Tarrible cita no debe aislarse del art. 2134,

1 Tarrible, en Merlín, Repertorio, en la palabra Inscripción hipotecaria, párrafo 2 (t. V, ps. 2 y siguientes). Compárese Grenier (t. I, p. 76, núm. 60), que parece combatir á Tarrible sin nombrarlo.



del que es continuación y al que forma excepción; y es de principio que la excepción debe ser entendida en el sentido de la regla. ¿Y qué dice la regla? Que entre acreedores la hipoteca sólo tiene lugar desde el día de la inscripción. Cuando, pues, el art. 2135 trae una excepción de esta regla diciendo que la hipoteca de los menores y de las mujeres casadas *existe* independientemente de la inscripción esto significa que la hipoteca legal de los incapaces tiene *lugar* en virtud de las disposiciones de la ley, aunque no hubiera sido inscripta. Así el art. 2135 no tiene nada de común con la cuestión de teoría que discutimos. En cuanto á la Ley Hipotecaria establece como regla absoluta la necesidad de la inscripción para las hipotecas y los privilegios, pero el art. 1.° determina el significado de esta formalidad; es idéntica á la transcripción; por consiguiente, está requerida no para la existencia ó la validez de la hipoteca sino para que la hipoteca, así como todo derecho inmobiliar, pueda ser opuesta á los terceros. Para con éstos se puede decir con Tarrible que la hipoteca no existe mientras que no fué transcripta. Entre las partes la hipoteca existe en virtud de la ley de la convención ó del testamento.

547. Queda por saber si á este respecto hay una diferencia entre el privilegio y las hipotecas. El art. 29 dice que el privilegio no tiene *efecto* para con los inmuebles más que por la inscripción, mientras que el art. 81 dice que la hipoteca no tiene *lugar* más que por la inscripción. Esta diferencia de redacción no tiene ninguna influencia en el principio que está consagrado por el art 1.° de la ley: todo derecho inmobiliar sometido á la publicidad no existe, para con los terceros, más que si las formalidades legales han sido llenadas. La ley pone á este respecto los privilegios en la misma línea que las hipotecas. Pero cuando se trata de prioridad entre acreedores hay una diferencia im-



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

portante entre el privilegio y la hipoteca; el *rango* de los acreedores hipotecarios está determinado por la fecha de la inscripción, sin tener en consideración la naturaleza del crédito y de su fecha. No sucede lo mismo con el privilegio: su rango se determina no por la fecha de la inscripción sino por la calidad del crédito. De modo que un privilegio inscripto después de la hipoteca puede prevalecer á esta última; y entre los acreedores privilegiados la preferencia se fija igualmente por las diferentes cualidades de los privilegios, sin considerar la fecha de la inscripción. Estos privilegios no son tan absolutos como parecen decirlo los arts. 12 y 13 de la ley. Transladamos á lo dicho acerca de esta materia difícil al capítulo *De los Privilegios* (números 58-65 y 66-93).

El art. 81 (Código Civil, art. 2134) se expresa, pues, exactamente diciendo que el *rango* ó *lugar* de la hipoteca depende de su inscripción; mientras que la hipoteca no está inscripta no existe para con los terceros; el acreedor no se la puede oponer; en este sentido sólo adquiere su derecho en virtud de la transcripción y, por consiguiente, á partir de ésta.

Poco importa la fecha del título que constituye la hipoteca, puesto que este título no puede ser opuesto á los terceros mientras no ha sido publicado. En cuantoá la naturaleza del crédito nunca se toma en consideración en materia de hipoteca convencional, puesto que la garantía hipotecaria depende únicamente de la voluntad de las partes contratantes. Según el Código Civil el rango de la hipoteca legal era independiente de la inscripción; el Código fijaba y daba eficacia á la hipoteca legal para con los terceros, aunque no hubiere sido inscripta.

Ya no pasa lo mismo conforme á la ley belga; las hipotecas legales están sometidas á la publicidad y, por tanto, al derecho común en lo relativo á su rango. Queda la hipoteca testamentaria, cuyo lugar depende de la inscripción tanto como el de la hipoteca convencional.



548. ¿Las partes interesadas pueden derogar el lugar que la inscripción asegura al acreedor? En principio la hipoteca es de orden público y las partes no pueden derogar las leyes que son relativas al interés general (núm. 187). Este principio no es absoluto; supone que los derechos de la sociedad están comprometidos en el debate; si se trata de intereses puramente privados ya no hay ninguna razón para prohibir á las partes fijarlas como les convenga. Tal sería la convención por la que las partes estipularen que la inscripción por tomarse en virtud de una constitución de hipoteca sería preferida por otras inscripciones por tomarse por créditos cuyo monto está fijado en el acta. (1) El lugar entre dos acreedores es de interés privado; la única cosa que sea de orden público es que las convenciones que modifican el lugar que un acreedor tiene por la inscripción de su hipoteca estén publicadas con el fin de que los terceros estén avisados. En este caso la inscripción por tomar debería relatar la cláusula que modifica el lugar del acreedor, si no no se podría oponerla á los terceros interesados en conocerla. Lo mismo sucede con toda cláusula insertada en un contrato de hipoteca cuando interesa á los terceros. (2)

549. La hipoteca y el privilegio producen también otro efecto: es el de dar al acreedor el derecho de prosecución contra el tercero detentor del inmueble hipotecado (artículo 96; Código Civil, art. 2166). Al hablar del derecho de prosecución la ley no distingue entre las hipotecas y los privilegios, los pone en la misma línea y los sujeta á la misma condición: la de inscribirse; una hipoteca ó un privilegio no inscriptos no dan el derecho de prosecución. La razón es sencilla: el derecho de prosecución se ejerce con-

1 Gante, 11 de Agosto de 1875 (Pasicrisia, 1876, 2, 45).
2 Denegada, Sala Civil, 23 de Marzo de 1874 (Dalloz, 1874, 1, 307).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tra los terceros y la hipoteca no existe para con éstos más que por la inscripción, y lo mismo pasa con el privilegio (núm. 546).

550. Así todos los efectos de la hipoteca para con los terceros dependen de la inscripción. La aplicación del principio da lugar á una dificultad que está zanjada por el artículo 81 (Código Civil, art. 2147). Se supone que dos acreedores toman inscripción el mismo día. No hay ningún conflicto en cuanto al derecho de prosecución; todo acreedor inscripto, no importa en qué fecha, puede ejercerlo el último tanto como el primero. Pero cuando se trata de distribuir el dinero nacerá el conflicto; ¿cómo se colocará á estos dos acreedores cuya inscripción tiene la misma fecha? El art. 81 (Código Civil, art. 2147) contesta: «Todos los acreedores inscriptos el mismo día ejercen en *concurrencia* una hipoteca de igual fecha, sin distinción entre la inscripción de la mañana y la de la tarde, cuando esta diferencia estuviera señalada por el conservador.» Esta decisión es contraria al rigor de los principios. Haciendo pública la inscripción la hipoteca debiera darle efecto á partir del momento en que se toma; luego entre dos hipotecas inscriptas el mismo día la primera que se inscribió debiera prevalecer á la otra. Este es el principio que la ley sigue en materia de transcripción (art. 123); ¿por qué no se aplica á la inscripción de la hipoteca? El motivo que se ha dado no explica la diferencia que la ley establece entre la transcripción y la inscripción. Dos compradores, se dice, no pueden ser propietarios del mismo inmueble, cada uno por el todo; fué, pues, necesario decidir en favor del que primero transcribió, aunque no hubiera más que un intervalo de algunos minutos entre ambas inscripciones; mientras que dos acreedores hipotecarios pueden venir á contribución en el sentido de que si el precio procedente de la venta no basta para pagarlos íntegramente se les pagará proporcionalmente. Contestamos que, en derecho, no hay ninguna diferencia entre la enajenación y la hipoteca, entre la transcripción y la inscripción; sólo el modo de publicidad difiere. El texto del art. 1.° de nuestra ley lo prueba hasta la evidencia, y los principios no dejan ninguna duda. Si es imposible que dos adquirentes sean cada uno propietario por el todo lo es igualmente que dos acreedores tengan una hipoteca cada uno por el todo, pues la hipoteca es una enajenación parcial; luego, en el fondo, hay identidad entre la enajenación y la hipoteca. En realidad la ley, al decidir que los dos acreedores inscriptos el mismo día vienen á concurrencia, altera el derecho del primero, pues sólo obtendrá una parte del precio, mientras que lo hubiera tenido todo si se le conservara el lugar á que tiene derecho.



Se han dado otros motivos para justificar el art. 81 (Código Civil, art. 2184); puede haber incertidumbre acerca del punto de saber cuál de los acreedores se presentó el primero en la oficina del conservador; éste puede equivocarse en este hecho ó mejorar á conciencia el del acreedor que vino el último; en fin, se dice, dar la preferencia al que llega primero á la oficina del conservador es hacer depender el lugar de la hipoteca de un hecho puramente accidental; la diferencia sería el premio de la carrera. (1) Contestamos que las mismas dificultades se presentan para la transcripción, y no detuvieron al legislador. El conservador al hipotecar está obligado á llevar un libro de depósitos en el que constan los números de orden y, á medida que se efectúan, las entregas de títulos de los que se requiere inscripción ó transcripción (art. 124, 1.°) Por aplicación de esta disposición el art. 124 decide que la preferencia entre varios títulos transcriptos el mismo día se determina por el número de orden bajo el cual la entrega

1 Martou, t. III, p. 132, núm. 1032. Pont, t. II, p. 177, núm. 734. Compárese Arntz, t. II, p. 738, núm. 1818.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

está mencionada en registro. Se podía y se debiera haber admitido igual decisión para determinar el rango de preferencia entre dos inscripciones hechas el mismo día. Que si hubo dificultades y contestaciones el juez está ahí para conocerlas; pero es un modo extraño de evitarlas el atacar un derecho del acreedor que se presenta el primero.

551. La hipoteca no inscripta no puede ser opuesta á los terceros. ¿Cuáles son estos terceros? No hay ninguna duda en cuanto á los adquirentes del inmueble hipotecado; no sólo pueden prevalecerse de la falta de inscripción sino que ni siquiera pueden ya hacerse después de la transcripción del acta de adquisición. Volveremos á este último punto. En cuanto á los acreedores hipotecarios el art. 81 (Código Civil, art. 2134) es aplicable á la letra; entre los acreedores la hipoteca tiene *lugar* desde el día de la inscripción; es, sobre todo, para determinar este *lugar* por lo que la ley exigió la publicidad, para que los terceros que estipulen hipoteca y la inscriban no estén en el caso de ser preferidos por una anterior no inscripta. Entre acreedores hipotecarios el lugar se determina, pues, por la inscripción. ¿Debe aplicarse el mismo principio cuando existe un conflicto entre el acreedor hipotecario no inscripto y el acreedor quirografario?

Hubo en los primeros años que siguieron á la publicación del Código Civil grandes discusiones sobre ese punto. La Corte de Casación se pronunció dos veces en favor de los acreedores quirografarios; el segundo recurso se opuso contra una sentencia de la Corte de Rioin pronunciada sobre las conclusiones conformes de Grenier, entonces Procurador General, y después de acalorados debates. La Cámara Civil confirmó la decisión, pero después de una deliberación de dos días. (1) Después cesó la controversia: la

1 Grenier, t. I, p. 75, núm. 60. Martou, t. III, p. 128, núm. 1029. Pont, tomo II, p. 171, núm. 729. Aubry y Rau, t. III, p. 285, nota 3, pfo. 266. Véase



doctrina y la jurisprudencia están unánimes. Había serios motivos para dudar. El art. 2134, reproducido por el artículo 81 de la ley belga, dice que entre los *acreedores* la hipoteca no tiene *lugar* más que desde el día de la inscripción. ¿Qué se entiende por *acreedores?* El texto de la ley y el título de la sección prueban que sólo se tuvo presentes á los accreedores hipotecarios. En efecto, el artículo determina el lugar entre los acreedores; lo que supone un concurso y un conflicto de acreedores que tienen inscripción en un mismo inmueble. El § 2 del art. 81 (Código Civil, art. 2147) hace excepción á la regla establecida por el § I; y la excepción supone un concurso entre acreedores hipotecarios; luego la regla tampoco se refiere á esos acreedores.

El intitulado lo dice: *Del lugar que tienen las hipotecas entre sí.* De este modo la ley entiende arreglar el lugar de los acreedores hipotecarios; no se ocupa de los quirografarios, que no tienen lugar, porque siempre están por contribución.

La Corte de Casación invoca los artículos 2092-2094 (Ley Hipotecaria, arts. 7-9) para deducir que los acreedores hipotecarios no pueden hacer valer su derecho de preferencia, con respecto á los acreedores quirografarios, más que cuando han observado las formalidades prescriptas por la ley para darle su eficacia á la hipoteca con relación á los terceros. Esta es precisamente la cuestión, y la ley seguramente no consagra el principio tal como lo formula la Corte de Casación. ¿Cuál es la disposición que hace depender el lugar de la hipoteca de su inscripción? Este es el art. 2134; y acabamos de decir que este artículo es ajeno á los acreedores quirografarios. La Corte cita el art. 2113; hay privilegios que degeneran en hipotecas; la ley dice que dichas hipotecas datan, con relación á los *terceros*, desde la época

la jurisprudencia en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1370.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de las inscripciones. ¿Cuáles son esos terceros? El art. 2113 no lo dice. Y es evidente que no es este artículo el que es el lugar de la materia; el único objeto de la ley, es decir que los privilegios degeneran en hipotecas cuando no han sido inscriptos en el plazo legal; pierden la calidad de privilegio, que les aseguraba un efecto retroactivo en el sistema del Código, y no tienen efecto más que desde el día de la inscripción, á título de hipotecas. ¿Con relación á quién? Con relación á los terceros, contesta la ley, reportándose á los artículos que tratan de la inscripción; el art. 2113, simple disposición de translado en lo relativo á la inscripción, no puede, pues, ser invocado como una disposición de principio; se le debe interpretar por el art. 2135 en vez de interpretar el 2135 por el 2113, como lo hace la Corte de Casación.

El único argumento sólido que se puede invocar en favor de la interpretación que ha prevalecido es el que ministra el art. 2146, combinado con el 440 del Código de Comercio. Creemos inútil insistir; nuestro objeto no es atacar la doctrina que la jurisprudencia ha consagrado; si es dudosa bajo el punto de vista de los textos en contra está en harmonía con los verdaderos principios del régimen hipotecario. La Corte de Casación tiene razón en decir que el sistema de publicidad, que es la base fundamental de nuestro régimen hipotecario, debe aprovechar á todos los terceros, sin distinguir, puesto que tiene por objeto avisar á todos aquellos que pueden tener interés en que el patrimonio de aquel con quien tratan haya sido ya absorbido, en todo ó en parte, por inscripciones hipotecarias. En este sistema todos los intereses quedan garantizados por la publicidad; mientras que restringido el beneficio de la publicidad á los terceros adquirentes y á los acreedores hipotecarios se limita la publicidad y se la mutila. Sólo que dudamos de que este espíritu de publicidad haya sido el de los autores del Código Civil. En el sistema del Código los acreedores quirografarios estaban sin garantías contra las actas de disposición hechas por el deudor; no tenían más garantía que la acción pauliana. La ley belga fué la que inauguró la verdadera publicidad extendiéndola á todas las actas que se refieren á la situación hipotecaria del deudor y sentando en principio que *cualquier* tercero (art. 1.°) puede prevalecerse de la falta de publicidad. Este principio, establecido por nuestra ley, es la base del sistema de publicidad hipotecaria; comprende virtualmente la publicidad de las hipotecas tanto como la publicidad de los demás derechos reales inmobiliares; sólo el modo de publicidad es el que difiere; pero importa poco, bajo el punto de vista del principio, que la publicidad se haga por vía de transcripción ó de inscripción; los efectos tienen que ser los mismos, porque el objeto es idéntico. La interpretación que la Corte de Casación ha dado al Código Civil ha recibido una sanción legislativa por el art. 1.° de la ley belga. Y, sin embargo, la interpretación de esta disposición está controvertida; se ha tratado, y tratan todavía, de excluir á los acreedores quirografarios del beneficio de publicidad; esto es querer restringir la publicidad lata de la ley belga por la publicidad imperfecta y estrecha del Código Civil. Nuestra Corte de Casación ha interpretado la ley según su verdadero espíritu, y su jurisprudencia, más sólida que la de la Corte de Casación de Francia, en nuestro debate, se apoya en una base inquebrantable: la de los textos y de la tradición nacional.



552. Hay todavía una cuestión en la que la opinión generalmente seguida nos deja algunas dudas. ¿Se pregunta si aquel que tuviera conocimiento de la hipoteca no inscripta puede prevalecerse de la falta de inscripción? Todos los autores se pronuncian por la negativa, y la jurisprudencia está en el mismo sentido, excepto una sentencia de la Corte



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de Casación de Francia en cuyo sentido hay controversia. (1) Preferimos la opinión contraria que la jurisprudencia ha desechado. ¿Cuál es el objeto de la publicidad? La Corte de Casación acaba de decírnoslo: es avisar á los terceros la existencia de los cargos hipotecarios que gravan los bienes de aquel con quien se proponen tratar. Los terceros pueden oponer la falta de transcripción porque la hipoteca no publicada los indujo en error y les causó un perjuicio. Y ¿de qué se quejarían cuando al contratar conocían los cargos? ¿Se dirá que no tienen aviso cuando realmente trataron con conocimiento de causa? Hay algo de contradictorio y poco leal en su oposición. En el caso que se presentó ante la Corte de Casación el acreedor inscripto pretendía prevalecer al primer acreedor no inscripto; nada más justo que esta pretensión si había estipulado su hipoteca ignorando la que se había consentido ya; pero lejos de ignorarla había redactado el acta como pasante. Estaba, pues, plenamente informado y su defensa consistía en decir que no lo sabía. Legalmente no lo sabía, puesto que la hipoteca no había sido inscripta; pero de hecho conocía la existencia de la hipoteca tanto como si hubiera sido publicada. (2)

Comprendemos que los autores franceses sostengan la opinión rigurosa que ha prevalecido en jurisprudencia; no hay ningún antecedente legislativo que ponga el conocimiento de hecho en la misma línea que la publicidad legal. Pero en nuestra legislación este precedente existe, se encuentra en el texto de nuestra Ley Hipotecaria; este mismo artículo no permite á los terceros que conocían las actas no publicadas por la vía legal oponer la falta de publicidad. Es verdad que el artículo no habla más que de las actas sometidas á la transcripción, pero el principio comprende

1 Aubry y Rau, t. III, p. 287, nota 9, pfo. 267. Pont, t. II, p. 169, número 728. Martou, t. III, p. 128, núm. 1029.

2 Denegada, 7 de Diciembre de 1831 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1371).



virtualmente las hipotecas, que también son derechos reales inmobiliares; la única diferencia que la ley establece entre las hipotecas y los demás derechos reales es que las primeras se hacen públicas por la inscripción mientras que las otras se publican por la transcripción pero esta diferencia en el modo de publicidad no toca en nada el principio; los motivos por los que los terceros no pueden prevalecerse de la falta de publicidad cuando conocen actas no publicadas son los mismos en todos los casos en que la ley prescribe la publicidad; poco importa que se trate de actas sometidas á la transcripción ó á la inscripción; el principio es idéntico; debe, pues, recibir siempre su aplicación.

553. ¿Puede el deudor prevalecerse de la falta de inscripción? Acerca de este punto no puede haber duda. Desde luego se puede decir, en nuestra opinión (núm. 552), que teniendo conocimiento el deudor de la hipoteca que tiene concedida nunca puede pretextar ignorancia; por su parte habrá mala fe en invocar la falta de publicidad, puesto que oponiendo la nulidad de la inscripción quitaría al acreedor una garantía hipotecaria que se obligó á ministrarle. Pero en la opinión general esto no sería un motivo determinante. Hay otro: es que la publicidad no está establecida como una condición para la existencia ó la validez de la hipoteca (núm. 546); tiene por objeto único avisar á los terceros que el inmueble del deudor está ya gravado con cargos hipotecarios. Los terceros solos pueden prevalecerse de que la publicidad exigida en interés suyo no ha sido cumplida. (1)

De esto se sigue que el deudor no puede pedir la cancelación de la inscripción porque ésta fuera viciosa ó incompleta. Está sin derecho y sin interés: sin derecho, puesto que la inscripción le es extraña, no es tercero; sin interés,

1 Pont, t. II, p. 172, núm. 730. Martou, t. III, p. 129, núm. 1030. Aubry y Rau, t. III, p. 286, nota 4, pfo. 267.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

pues en vano fuera cancelada la inscripción; no por esto dejaría de estar obligado á la garantía hipotecaria. (1) Lo mismo sucedería si el acreedor hubiera descuidado de renovar la inscripción; el deudor no puede prevalecerse de la perención. Esto es lo que la Corte de Casación ha sentenciado en el caso siguiente: Constitución de una renta vitalicia con garantía hipotecaria. El acreedor rentista vende el inmueble hipotecado sin dar á conocer al adquirente la existencia de la renta vitalicia. El acreedor rentista, que había descuidado de renovar la inscripción, pidió la rescisión del contrato, fundándose en que las seguridades ofrecidas por el contrato estaban disminuidas. Había un motivo de duda: si las seguridades estaban disminuidas era por el hecho del acreedor rentista, quien había descuidado de renovar la inscripción. La Corte de Burdeos desechó, en consecuencia, la demanda de rescisión. En el recurso intervino una sentencia de casación. La Corte sienta en principio que la hipoteca existe para con el deudor por la sola fuerza del contrato; no necesita, para ser válida y producir su efecto contra el que se inscriba, la inscripción; siendo sólo exigida para fijar el lugar entre los acreedores. De esto la Corte saca la consecuencia de que el deudor no puede objetar al acreedor que ejerce su derecho hipotecario contra él solo que no ha tomado inscripción ó que la que tomó ha decaído. Y en el caso el debate existía entre el deudor y el acreedor; la sentencia atacada había, pues, violado la ley acogiendo la defensa del deudor fundada en la falta de inscripción ó de renovación; el acreedor se había descuidado, es verdad, pero el deudor no tenía derecho de reprocharle su descuido. (2)

554. Se ve que la hipoteca, aunque no inscripta, produ-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 286, nota 5 y las autoridades que citan.
2 Casación, 16 de Abril de 1839 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 4164).



ce efectos entre el acreedor y el deudor. Por aplicación del mismo principio hay que decidir que el acreedor hipotecario puede ejercer sus derechos contra los herederos del deudor independientemente de toda inscripción. Este es el interés de la cuestión. Deuda hipotecaria de 12,000 francos y tres herederos; cada uno es sólo deudor de su parte, que suponen ser de una tercera parte; el acreedor persigue á uno de los herederos detentor del inmueble hipotecado; ¿puede éste oponer al acreedor la falta de inscripción de la hipoteca? Es seguro que no lo puede por su parte hereditaria, puesto que, por su parte, contraría la personalidad del deudor. ¿Pero lo puede por las dos terceras partes de la deuda de que no es deudor personal? La afirmativa se enseña; (1) es dudosa. Se trata de saber si el heredero perseguido por la totalidad de la deuda puede oponer al acreedor la división que se operó entre los sucesibles: ¿Es deudor personal por toda la deuda como sucesor del deudor? Examinaremos la cuestión de principio al tratar del derecho de prosecución. En nuestro concepto el heredero que paga su parte en la deuda deja de ser deudor personal; se vuelve tercero detentor y, como tal, puede oponer la falta de transcripción.

555. ¿Debe aplicarse el principio al cesionario del deudor? La Corte de Casación lo hizo en el caso siguiente. Concesión de una hipoteca; el deudor vende el inmueble hipotecado á su hermano y se hace conceder una hipoteca, teniendo la inscripción de la primera constituida por él. Una orden se abre. El cesionario de la hipoteca inscripta en primer lugar pide que se le coloque antes que el acreedor inscripto después de él, pero para una hipoteca anterior. Su pretensión fué desechada por la Corte de Agén y por la de Casación. Si el cedente se hubiera presentado en la orden no hubiera podido oponer la falta de inscripción

1 Aubry y Rau, t. III, p. 286, nota 8, pfo. 267.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de la hipoteca consentida por él y, por consiguiente, hubiera sido prevalecido por el acreedor que le había concedido la hipoteca, aunque éste se hubiera inscripto después. La cuestión era, pues, saber si el cesionario está sometido á la misma obligación. Nos parece que basta presentar la cuestión para resolverla en un sentido contrario al que admitió la Corte de Casación. Si el deudor no puede oponer la falta de inscripción es porque está personalmente obligado á dar una garantía hipotecaria, y no puede, contra su compromiso, atacar el derecho del acreedor; pero este compromiso le es personal, no pasa á un cesionario que es un legatario á título particular y, por consiguiente, un tercero. La Corte de Casación invoca otro principio: es que el deudor no puede ceder más derechos de los que tiene. Esto es verdad cuando se trata de un derecho real, pero no para los derechos de obligación, y, en el caso, se trata de una obligación; en cuanto á la hipoteca que el deudor había cedido era perfectamente válida, aunque no inscripta, puesto que la inscripción no está requerida para la validez de la hipoteca. Al inscribirla el cesionario adquiría el primer lugar; también debía obtenerlo por la inscripción que el cedente había hecho; el deudor solo no podía prevalecerse de ella contra su acreedor, y el cesionario no es el representante del cedente. (1)

FIN DEL TOMO TRIGÉSIMO.

1 Denegada, 24 de Julio de 1855 [Dalloz, 1855, 1, 396]. Compárese la crítica de Martou, t. III, p. 129, núm. 1030.

# INDICE DE LAS MATERIAS
## CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

### TITULO XIX.
(TITULO XVIII DEL CÓDIGO CIVIL).

## DE LOS PRIVILEGIOS É HIPOTECAS
(CONTINÚA).

### CAPITULO II.
DE LOS PRIVILEGIOS.
(CONTINÚA).

*SECCION IV.—De los privilegios sobre inmuebles.*

1 Hay condiciones requeridas para la existencia de los privilegios inmobiliares. Y las hay que la ley prescribe para su conservación..... 3

*Artículo 1. De los privilegios sobre inmuebles y condiciones requeridas para su existencia.*

§ I. Privilegio del vendedor.

2 Cuáles son los derechos del vendedor cuando el comprador no paga el precio? Tiene derecho el vendedor á la reivindicación?..... 4

Núm. 1. Primera condición requerida para el privilegio del vendedor.

3 Es necesario que haya venta. El adquirente con pacto de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de la hipoteca consentida por él y, por consiguiente, hubiera sido prevalecido por el acreedor que le había concedido la hipoteca, aunque éste se hubiera inscripto después. La cuestión era, pues, saber si el cesionario está sometido á la misma obligación. Nos parece que basta presentar la cuestión para resolverla en un sentido contrario al que admitió la Corte de Casación. Si el deudor no puede oponer la falta de inscripción es porque está personalmente obligado á dar una garantía hipotecaria, y no puede, contra su compromiso, atacar el derecho del acreedor; pero este compromiso le es personal, no pasa á un cesionario que es un legatario á título particular y, por consiguiente, un tercero. La Corte de Casación invoca otro principio: es que el deudor no puede ceder más derechos de los que tiene. Esto es verdad cuando se trata de un derecho real, pero no para los derechos de obligación, y, en el caso, se trata de una obligación; en cuanto á la hipoteca que el deudor había cedido era perfectamente válida, aunque no inscripta, puesto que la inscripción no está requerida para la validez de la hipoteca. Al inscribirla el cesionario adquiría el primer lugar; también debía obtenerlo por la inscripción que el cedente había hecho; el deudor solo no podía prevalecerse de ella contra su acreedor, y el cesionario no es el representante del cedente. (1)

FIN DEL TOMO TRIGÉSIMO.

1 Denegada, 24 de Julio de 1855 [Dalloz, 1855, 1, 396]. Compárese la crítica de Martou, t. III, p. 129, núm. 1030.

# INDICE DE LAS MATERIAS
## CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

### TITULO XIX.
(TITULO XVIII DEL CÓDIGO CIVIL).

## DE LOS PRIVILEGIOS É HIPOTECAS
(CONTINÚA).

### CAPITULO II.
DE LOS PRIVILEGIOS.
(CONTINÚA).

*SECCION IV.—De los privilegios sobre inmuebles.*

1 Hay condiciones requeridas para la existencia de los privilegios inmobiliares. Y las hay que la ley prescribe para su conservación..... 3

*Artículo 1. De los privilegios sobre inmuebles y condiciones requeridas para su existencia.*

§ I. Privilegio del vendedor.

2 Cuáles son los derechos del vendedor cuando el comprador no paga el precio? Tiene derecho el vendedor á la reivindicación?..... 4

Núm. 1. Primera condición requerida para el privilegio del vendedor.

3 Es necesario que haya venta. El adquirente con pacto de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

rescate no tiene privilegio del vendedor cuando éste no usa de su de derecho de rescate. Jurisprudencia..... 6
4 Quid del que haga el precio haciéndose subrogar á los derechos del vendedor?..... 7
5 Debe ser auténtica el acta de venta para que el vendedor adquiera su privilegio?..... 8

### Núm. 2. Segunda condición.

6 Es necesario que el precio ó parte él se deba aún. Debe esto constar en el acta de venta?..... 8
7 Qué se entiende por precio? Quid si un usufructo inmobiliar está cedido por una renta vitalicia?..... 9
8 Quid si el acta pública no declara el verdadero precio? Es el precio fijado en el contrato el que será privilegiado?... 10
9 Los cargos impuestos al comprador son parte del precio.. 10
10 Los terceros en cuyo provecho el cargo está establecido gozan del privilegio del vendedor? Pueden ejercerlo y en qué sentido en virtud del art. 1166?..... 10
11 Las costas y gastos del contrato y los derechos de registro y transcripción están comprendidos en el precio de venta? 12
12 Crítica de la jurisprudencia de la Corte de Casación acerca de este punto..... 13
13 Los intereses están privilegiados con la restricción que hace el art. 87..... 15
14 Quid de los daños y perjuicios y expensas?..... 16
15 Quid si el crédito del precio está novado? Cuándo hay novación?..... 16

### Núm. 3. En qué versa el privilegio.

16 El privilegio versa en el inmueble vendido..... 17
17 Versa en las construcciones hechas por el adquirente?.... 18
18 Quid de los cosas muebles inmobilizadas por inscripción ó por destino?..... 19

### § II. Privilegios del copermutante.

19 Cuál es la causa del privilegio por saldo? Cuáles son las condiciones requeridas para que exista el privilegio?. ... 20
20 Debe el cambista el interés del saldo? Son privilegiados los intereses? ..... 21
21 El cambista tiene también un privilegio en caso de reducción; bajo qué condiciones?..... 21
22 La acción de resolución es independiente del privilegio?.... 23

### § III. Privilegio del donante.

23 En qué caso y por qué causa tiene el donante un privilegio?..... 23
24 Cuál es la condición requida para la existencia del privilegio?..... 24
25 La acción de revocación que pertenece al donante está subordinada á la conservación del privilegio..... 24

### § IV. Privilegios de los copartícipes.

26 Por cuáles créditos tienen un privilegio los copartícipes y por qué causa?..... 25
27 Tienen los comuneros un privilegio durante la indivisión? 27
28 Quién tiene derecho al privilegio del art. 27, 4.° ?..... 27
29 Hay lugar al privilegio de saldo cuando el cargo impuesto á uno de los lotes tiene un carácter de realidad?..... 28
30 Quid para la devolución de frutos percibidos durante la indivisión?..... 29
31 Se extiende el privilegio de saldo á los intereses?..... 29
32 En qué bienes versa el privilegio de saldo?..... 30
33 En qué bienes versa el privilegio en caso de licitación? Cuál es la extinción del crédito privilegiado en caso de puja temeraria?..... 31
34 Debe distinguirse bajo el imperio de la nueva ley entre la licitación que equivale á una partición y la que equivale á venta?..... 32
35 En qué bienes versa el privilegio por causa de evicción?.. 32
36 Cuál es la extinción del privilegio de garantía en lo relativo al monto del crédito privilegiado?..... 33
37 El privilegio, tal cual lo establece la ley, puede ser restringido por las partes y extendido?..... 33
38 Cuál es la condición requerida para que el privilegio de garantía existe? Quid del caso de insolvencia de uno de los copartícipes?..... 34
39 En qué caso y bajo qué condición há lugar al privilegio de garantía?..... 35
40 El heredero que paga una deuda en descargo de otra tiene privilegio de garantía ó saldo?..... 36
41 Há lugar al privilegio de los coparticipes cuando un heredero está condenado á restituir objetos hereditarios que había substraído?..... 38

### § V. Privilegio del arquitecto.

42 Cuál es la causa del privilegio?..... 38
43 A quién pertenece? El Código Civil y la Ley Hipotecaria. 39
44 Para que haya privilegio es necesario que un contrato haya intervenido entre aquel que ejecuta los trabajos y el propie-





UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tario del fundo? ..... 40
45 Están privilegiados los no empresarios y obreros empleados por el arquitecto ó el empresario principal? Cuál es su derecho contra el dueño? ..... 40
46 Tienen privilegio los terceros posesores ó detentores por los trabajos de mejora ó de conservación que hacen en el fundo? Mala sentencia de la Corte de Casación ..... 42
47 Del privilegio de los prestamistas ..... 44
48 Cuál es el crédito privilegiado? Lo están los intereses? .... 45
49 Cómo se comprueba el aumento de valor? Por qué la ley hace una condición necesaria de la experticia para la existencia del privilegio? ..... 45
50 Quién nombra las partes y quién tiene el derecho de pedir su nombramiento? ..... 46
51 Los acreedores inscriptos deben ser llamados á la primera acta. Quid si no asisten á ella? Quid si no se les llama? .. 47
52 Cuándo debe hacerse la primera experticia? ..... 48
53 De la segunda experticia. Es generalmente de rigor. En qué plazo debe hacerse? Quid si los trabajos no están concluidos á consecuencia de la rescisión del trato? ..... 48
54 Cuál es el monto del privilegio y en qué época se valúa? .. 50
55 Quid si el fundo aumentó ó disminuyó por causas extrañas a los trabajos del acreedor privilegiado? ..... 50
56 Hay lugar á imputación cuando el propietario paga un abono á los obreros? ..... 51
56 *bis.* Se aplica el art. 27 á los trabajos de conservación? ... 52
57 Quid si las condiciones prescriptas por la ley para la adquisición del privilegio no fueron llenadas? ..... 52

*Artículo 2. Lugar de los privilegios inmobiliares.*

58 La ley no fija el lugar de los privilegios inmobiliares. Razón de este silencio ..... 53
59 Concurso de gastos judiciales con los privilegios inmobiliares en interés de los que se hicieron ..... 54
60 Cómo se ejercen los privilegios del los vendedores sucesivos del mismo inmueble? ..... 54
61 Quid del concurso entre el vendedor, el donante y el copartícipe? Hay verdadero conflicto? ..... 55
62 Hay conflicto posible entre el vendedor y el arquitecto? Cómo se fijan sus respectivos intereses? ..... 56
63 Quid del donante, del cambista y del copartícipe en concurso con el arquitecto? ..... 57
64 Quid si varios empresarios son empleados por el mismo dueño en el mismo trabajo? Quid si los empresarios son empleados en diferentes épocas para diferentes trabajos? .. 57



65 Quid si hay varios prestamistas subrogados al acreedor privilegiado? ..... 58

*Artículo 3. Cómo se conservan los privilegios inmobiliares.*

§ I. Nociones generales.

66 Todos los efectos de los privilegios inmobiliares dependen de la publicidad que deben recibir? ..... 59
67 Cuáles son los motivos por los que los privilegios y las hipotecas deben ser publicadas? ..... 60
68 Por qué no ordena la ley la publicidad de los privilegios muebles? ..... 61
69 Los privilegios de gastos judiciales no tienen que publicarse. Por qué? ..... 63
70 Cómo se hace la publicidad? Cuáles privilegios se conservan por la transcripción? Cuáles por la inscripción? ..... 63

§ II. De los privilegios que se conservan por la transcripción.

71 Cómo se conserva el privilegio del vendedor? Quid si el precio consiste en todo ó en parte en prestaciones no liquidas? ..... 64
72 Cómo se conserva el privilegio del cambista? ..... 67
73 Cómo se conserva el privilegio del donante? ..... 68
74 Cómo se conserva el privilegio de los copartícipes? ..... 68
75 Cómo se conserva el privilegio del prestamista subrogado? 69
76 Los acreedores cuyo cuyo privilegio está conservado por la transcripción pueden tomar inscripción antes que se haga la transcripción? ..... 69
77 Por qué después de haber sentado como regla que los privilegios se conservan por la inscripción dispone la ley que los del vendedor, del donante, del cambista y de los copartícipes se conservan por la transcripción? ..... 72

§ III. Objeto de la transcripción como medio de conservar los privilegios.

78 La conservación de los privilegios por la transcripción tiene por objeto evitar los inconvenientes de la retroacción de los privilegios ..... 73
79 Tienen por su naturaleza los privilegios un efecto retroactivo? En qué sentido debe entenderse esta retroacción? Ejemplo del privilegio del arquitecto? ..... 73
80 Los privilegios no retrotraen en el sentido de que prevalezcan al acreedor hipotecario cuyo derecho está adquirido

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

en el momento en que el privilegio nace..... 74
81 Sistema del Código Civil acerca de la retroacción de los privilegios del vendedor y de los copartícipes. Vicios de este sistema..... 77
82 Sistema de la comisión especial. Mantiene el principio de la retroacción restringiéndolo á este plazo..... 78
83 Sistema que la nueva ley ha introducido por el Ministro de Justicia. Excluye toda retroacción propiamente dicha. 79
84 El nuevo sistema modifica el privilegio tal cual se interpretaba en virtud del art. 12..... 80

## § IV. Aplicación del principio á los privilegios que nacen de una acta translativa de propiedad.

85 Cuando la transcripción del acta de venta se hace antes que el comprador haya concedido una hipoteca el vendedor prevalece á los acreedores hipotecarios en virtud de la anterioridad de su inscripción..... 81
86 Quid si el comprador concede hipotecas en el inmueble vendido antes de haber inscripto? Pueden estas hipotecas ser opuestas al vendedor?..... 82
87 Crítica de la opinión contraria..... 85
88 Quid si el vendedor ó el comprador transcriben posteriormente á la inscripción de la hipoteca consentida por el comprador?..... 86
89 Quid si el comprador enajena sin haber transcripto y si el subadquirente transcribe? El vendedor primitivo decae de su privilegio en este caso?..... 87

## § V. Aplicación del principio á los privilegios que nacen de la partición.

90 El privilegio del copartícipe se conserva por la transcripción del acta de partición, como el privilegio del vendedor, aunque el objeto de la transcripción y el efecto difieran según que se trate de una acta translativa ó declarativa de propiedad..... 89

### Núm. 1. De la conservación del privilegio cuando la partición está transcripta.

91 La hipoteca establecida posteriormente á la transcripción del acta de partición por el copartícipe en un inmueble comprendido en su lote está prevalecida por el privilegio que resulta de la partición del inmueble..... 90
92 La hipoteca establecida durante la indivisión prevalece al privilegio que nace del acta de partición..... 91
93 Objeciones y respuestas..... 92



### Núm. 2. Del privilegio de los copartícipes cuando la partición no está transcripta.

94 La hipoteca consentida por un copartícipe en un inmueble gravado de un privilegio de saldo prevalece al privilegio? Sistema legal..... 94
95 Bajo el punto de vista de los principios la hipoteca deberá prevalecer al privilegio..... 95
96 Crítica del sistema de publicidad consagrado por la ley..... 96

## § VI. De la inscripción de oficio.

97 Cuál es el objeto de la inscripción de oficio? Es necesario para conservar el privilegio? Quid si el conservar no la hace?..... 97
98 Cuáles son los privilegios que deben inscribirse de oficio? Deben inscribirse en caso de expropiación por causa de utilidad pública?..... 98
99 Quid si estas inscripciones son incompletas?..... 99
100 El conservador debe inscribir el privilegio del prestamista subrogado?..... 100
101 Los acreedores privilegiados pueden dispensar al conservador de la obligación de inscribir. La dispensa debe ser formal..... 101
102 Cuál es el efecto de la dispensa? Quién puede consentirla? 102
103 El acreedor privilegiado decaído del privilegio conserva una hipoteca. Diferencia entre esta hipoteca y el privilegio... 102
104 La inscripción debe ser renovada. Quid si el conservador no hizo la inscripción de oficio?..... 103
105 Quid si la inscripción no fué renovada?..... 104

## § VII. Del privilegio del arquitecto.

### Núm. 1. Condiciones requeridas para la conservación del privilegio.

106 La ley exige una doble inscripción. Por qué?..... 105
107 Quién debe ó puede requerir la inscripción de las dos actas? 105
108 La inscripción de las dos actas puede aún hacerse después de la enajenación del fundo en el que se ejecutan los trabajos?..... 106
109 Cuál es el efecto de la inscripción hecha en los plazos de la ley? Por qué retrotrae? Retrotrae á la fecha de la primera acta ó á la fecha de su inscripción?..... 107
110 Prevalece el arquitecto á los acreedores inscriptos antes del principio de las obras y en qué sentido?..... 109



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Núm. 2. Lo que sucede con el privilegio cuando las condiciones prescriptas para la conservación no han sido llenadas.

111 El arquitecto no levantó actas ó no las inscribió. Qué sucede en este caso con su privilegio? Cuándo degenera en hipoteca?..... 110
112 Los acreedores inscriptos antes de los trabajos pueden prevalecerse de la no observancia de las condiciones prescriptas para la existencia ó conservacion del privilegio?..... 111
113 Quid si el arquitecto no hizo levantar ó inscribir la segunda acta? Cuándo degenera el privilegio en hipoteca?..... 112
114 Quid si el arquitecto no levantó ó no inscribió la primera acta antes de principiar la obra? Si el acta está inscripta en el curso de los trabajos degenera el privilegio en hipoteca? Prevalece el arquitecto en este caso á los acreedores anteriores á la inscripción y á los acreedores anteriores á los trabajos?..... 112
115 Quid si la primera acta fué levantada después de principiados los trabajos? Puede el arquitecto oponer su privilegio á los acreedores anteriores cuando menos por los trabajos posteriores al acta?..... 115

§ VIII. De la separación de los patrimonios.

116 Translado al título *De las Sucesiones*..... 118

§ IX. De los cesionarios de los créditos privilegiados.

117 Cuáles son los derechos del cesionario? Tiene además del privilegio el derecho de resolución?..... 118
118 Quid si el acreedor sólo cede parte del crédito? Cuáles son, en este caso, los derechos respectivos del cedente y del cesionario?..... 118
119 Quid si el cedente garantiza la solvencia del cesionario?.. 119

*Artículo 4. Concurso de la acción resolutoria y de los privilegios del vendedor, del cambista y del donante.*

§ I. El principio del Código Civil y el principio de la ley belga.

Núm. 1. Del Código Civil.

120 El vendedor, el cambista y el donante tienen un privilegio y una acción resolutoria..... 120
121 El privilegio y la acción resolutoria obran contra los terceros. 120
122 El Código Civil prescribía la publicidad del privilegio por interés de los terceros, pero la acción resolutoria permanecía secreta..... 121
123 Los terceros adquirentes podian borrar el privilegio por la fuerza, mientras que la accion resolutoria no podía ser borrada..... 122
124 El decaimiento del privilegio no arrastraba el de la accion resolutoria. Contradiccion y absurdo del sistema consagrado por el Código Civil..... 122
125 Consecuencias funestas de este sistema..... 123

Núm. 2. De la nueva ley.

126 El derecho de resolución ha sido atacado por los economistas en nombre del interés del crédito. Discusión de la Asamsamblea Nacional en 1850..... 124
127 El derecho de resolucion fué defendido por los jurisconsultos. El derecho prevaleció al interés. Contestación á las objeciones..... 125
128 El interés de los terceros queda garantizado por la publicidad del derecho de resolución y su dependencia del privilegio. Proposicion de Rouher consagrada por nuestra Ley Hipotecaria y en Francia por la Ley de la Transcripcion. 126

§ II. ¿En qué casos es aplicable el art. 28?

129 El art. 28 sólo es aplicable á la condición resolutoria tácita; no se aplica á la expresa..... 128
130 Aplicacion del principio al cambio cuando uno de los copermutantes está despojado de la cosa que recibió en cambio. 130
131 Aplicación del principio á la donación con cargo cuando el donatario no ejecuta las condiciones..... 130
132 Es aplicable el art. 28 al pacto comisorio cuando este pacto sólo reproduce la condición resolutoria tácita del artículo 1184?..... 132
133 Quid si el pacto comisorio toma el carácter de condición resolutoria expresa?..... 134
134 Quid si la condicion resolutoria no depende de un privilegio perteneciente al acreedor en virtud de la misma causa que engendra el privilegio?..... 135
135 Es necesario, para que haya lugar al art. 28, que la accion del acreedor sea resolutoria en el sentido del art. 1184. Quid en caso de reventa por postura temeraria?..... 137
136 De los casos en que el acreedor está obligado á optar entre el privilegio y la acción resolutoria..... 137

§ III. ¿Quién puede prevalecerse del art. 28 y bajo qué condición?

137 El art. 28 sólo es aplicable para con los terceros. No se



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

aplica á las partes. Jurisprudencia. . . . . 138
138 Cuáles son los terceros que pueden oponer el decaimiento de la acción resolutoria? Quid de los quirografarios? . . . . . 138
139 Es aplicable el art. 28 cuando el comprador cae en quiebra ó conserva el derecho de resolucion contra la masa quirografaria? . . . . . 140
140 Los acreedores privilegiados no pueden ya ejercer la acción resolutoria contra los terceros en posesión de un derecho real despnés de la extincion ó decaimiento del privilegio. Cuándo hay extincion ó decaimiento? . . . . . 141
141 Está decaído de su privilegio el vendedor y de su acción resolutoria cuando el acta de venta no está transcripta? . . . . 143
142 Quid si el comprador que no transcribió revende el inmueble y si el subadquirente transcribe? Queda decaído el vendedor primitivo, en este caso, de una accion resolutoria? . . 143
143 Quid si la accion de resolucion está intentada cuando el privilegio subsiste, pero que llega á extinguirse en el curso de la materia? Conserva el vendedor su derecho de resolucion y para con quién? . . . . . 144

### § IV. Del derecho de los terceros cuando el acreedor privilegiado promueve la resolución.

144 Los terceros pueden suspender la accion resolutoria. Bajo qué condicion? . . . . . 145
145 Derechos de los terceros acreedores hipotecarios cuando la resolucion está pronunciada si el vendedor ó el copermutante tienen restituciones que hacer. Se aplica la ley al donante? . . . . . 146

*Artículo 5 (Apéndice).—De los privilegios establecidos por leyes especiales.*

### § I. De los privilegios del tesoro público.

146 El Estado tiene varios privilegios é hipotecas para el cobro de las contribuciones públicas. . . . . 148
147 Del privilegio establecido para el cobro de las contribuciones inmobiliares. Ley belga de 1816 que da al Estado una hipoteca legal; deroga la ley de 1808? . . . . . 148
148 Del privilegio y de la hipoteca concedidas al tesoro para el cobro de contribuciones directas y aduaneras. . . . . 148
149 Del privilegio general establecido para el cobro de los derechos de sucesión. . . . . 148
150 Del privilegio general concedido al Estado en los bienes del condenado por gastos de partición. . . . . 149
151 Del privilegio general en los bienes de los contadores. El mobiliar aun existe . . . . . 149

### § II. De los privilegios comerciales.

152 Privilegios marítimos. . . . . 149
153 Privilegios de los comisionistas. . . . . 150
154 Privilegios de los obreros y dependientes del quebrado . . . 150

### § III. Privilegios en la caución de los funcionarios.

155 Privilegio de segundo lugar de los prestamistas. . . . . 151

### § IV. Privilegios que resultan de trabajos públicos.

156 Privilegios de los obreros y abastecedores para trabajos del Estado . . . . . 151
157 Privilegios de los subtratantes que dan abastos para el servicio de guerra y marina. . . . . 151
158 Privilegio del Estado ó de los concesionarios por la indemnización que se les debe por desagüe de lagunas. . . . . 152
159 Privilegios de los prestamistas para buscar minas y para construccion de maquinaria. . . . . 152
160 Privilegio por trabajos de drenaje concedido por la ley francesa de 1856 . . . . . 152



## CAPITULO III.

### DE LAS HIPOTECAS.

*SECCION I.—Introducción histórica.*

161 La publicidad y especialidad de las hipotecas. Estos principios, generalizados por el legislador belga, han sido muy combatidos cuando la discusion del Código Civil . . . . . 153
162 Motivos de la publicidad y de la especialidad según Grenier, Relator del Tribunado. . . . . 154
163 En el antiguo derecho francés la hipoteca era oculta y general. . . . . 154
164 En los países de empeño las hipotecas eran especiales y públicas. . . . . 156
165 Tentativa de reformas de Sully y Colbert. Por qué fracasaron? . . . . . 157
166 D'Agnesseau justifica las hipotecas ocultas. Singular teoría del crédito fundado en la *opinión*. . . . . 159
167 Los jurisconsultos atacan la clandestinidad de las hipotecas. Declaración del parlamento de Flandes . . . . . 160
168 Las leyes de la Revolucion consagran los principios de la



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

publicidad y de la especialidad ..... 161
169 Discusion del proyecto del Código Civil. Alegato de Bigot-Préameneu en favor de la clandestinidad de las hipotecas. 162
170 Defensa de la publicidad y de la ley de Brumario por Réal. 163
171 Discusion del Consejo de Estado. Lucha de los defensores del pasado y de los partidarios de la ley de Brumario .... 165
172 El Primer Cónsul se pronuncia por la publicidad, pero con una excepción en favor de las hipotecas legales. La ley belga, más consecuente, desecha la excepción garantizando el interés de los incapaces..... 166

*SECCION II.—Nociones generales.*

§ I. Definiciones y caracteres.

Núm. 1. La hipoteca es un derecho real inmobiliar.

173 La hipoteca es un derecho real. Da el derecho de persecusion. En qué sentido está afectada al pago de una obligación..... 167
174 La hipoteca es un derecho inmobiliar. En qué sentido?... 168

Núm. 2. De la indivisibilidad de la hipoteca.

I. Principios generales.

175 La hipoteca es un derecho indivisible. En qué sentido?.. 171
176 Consecuencias de la indivisión de las hipotecas..... 172
177 La indivisión de las hipotecas no hace la obligación indivisible..... 173
178 Puede el deudor prevalecerse de la indivisión de la hipoteca?..... 774
179 Las partes pueden derogar la indivisión. ¿En qué sentido? 174

II. Del concurso de una hipoteca general y una hipoteca especial.

180 Consecuencia de la indivisión en el caso de concurso de una hipoteca general en una hipoteca especial..... 175
181 En principio el acreedor que tiene una hipoteca general puede ejercer su derecho en el inmueble señalado para una hopoteca especial posterior en perjuicio del segundo acreedor..... 176
182 Este principio no recibe más excepción que la que resulta de la renuncia del acreedor al derecho que le da la indivisión..... 177
183 Aplicación del principio. Casos en los que se pronuncia por el acreedor que tiene una hipoteca general. ¿Cuál es el verdadero motivo para decidir?..... 178
184 Cuáles son los derechos de los acreedores que tienen hipoteca especial y se encuentran preferidos por el acreedor hipotecario general?..... 179
185 Quid si pagan al acreedor que los prevalece? Cuál será el efecto de la subrogación que resulta de este pago?..... 180
186 Caso en el que la doctrina y la jurisprudencia admiten una restricción al principio de la indivisión. Crítica de la opinión general..... 181



§ II. División de las hipotecas.

187 La ley establece las hipotecas; todas las disposiciones son de orden público; las partes interesadas no pueden derogarlas. 182
188 División de las hipotecas..... 183
189 Cuál es el carácter distintivo de la hipoteca legal?..... 183
190 Abolición de la hipoteca judicial..... 184
191 Puede el juez conceder una hipoteca al acreedor? Puede condenar al deudor á dar una hipoteca para sanción de la condena que pronuncia contra él?..... 186

§ III. Qué bienes se pueden hipotecar.

*Artículo 1. De los inmuebles.*

Núm. 1. De los inmuebles por naturaleza.

192 Cuáles son los bienes susceptibles de hipoteca?..... 187
193 Los muebles no pueden ser hipotecados. Por qué? Cuál es el sentido del principio de que los muebles no tienen prosecución por hipoteca?..... 187
194 De las rentas inmuebles mobilizadas..... 189
195 Qué se entiende por *bienes inmobiliares* en el art. 45, 1.°? 189
196 Quid si un comunero ha hipotecado su parte indivisa?.... 191
197 Los bienes embargados no pueden ya ser hipotecados después de transcripto el mandamiento de embargo..... 191
198 Los bienes secuestrados pueden hipotecarse?..... 192
199 En qué sentido la hipoteca recae en los frutos en pie?.... 192
200 Las minas concedidas pueden ser hipotecadas separadamente de la superficie, la que es igualmente susceptible de hipoteca. Quid de la compensación?..... 193
201 Pasa lo mismo con las canteras?..... 194

Núm. 2. De los inmuebles por destino.

202 En qué casos y bajo qué condiciones se extiende la hipoteca á los inmuebles por destino?..... 195

Núm. 3. De las mejoras.

203 Qué se entiende por mejoras? En virtud de qué principio las mejoras quedan gravadas por la hipoteca?..... 196

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

204 Aplicación del principio á los crecimientos que hacen las aguas..... 197
205 Se aplica el principio al caso previsto por el art. 503?.... 198
206 Se aplica el principio á las plantaciones y construcciones aunque éstas se hicieran en un terreno no construido?.... 199
207 El principio no se aplica á los terrenos que el propietario anexa al inmueble hipotecado..... 200
208 Quid si el usufructo se reune á la nuda propiedad hipotecada o si la nuda propiedad se reune al usufructo hipotecado?..... 201

*Artículo 2. Derechos reales inmobiliares.*

209 El usufructo inmobiliar puede ser hipotecado..... 202
209 *bis* Quid del usufructo legal de los padres?..... 202
210 Quid del usufructo del marido en los bienes de la mujer? 203
211 Puede el propietario hipotecar el usufructo de los bienes de los que tiene la propiedad?..... 204
212 La hipoteca del usufructo se extingue con el usufructo. Quid si el usufructo se extingue por el hecho del usufructuari?..... 205
213 Los derechos de uso y de habitación y las servidumbres no pueden ser hipotecados..... 206
214 Los derechos de enfitensis y de superficie pueden hipotecarse. Pero el enfiteuta y el superficiario no pueden hipotecar los inmuebles cuyo goce tienen..... 207
215 Puede el arrendatario hipotecar las construcciones que levanta durante el arrendamiento?..... 207
216 Examen crítico de la jurisprudencia relativo á esta cuestión..... 209
217 Puede hipotecarse la hipoteca?..... 211
218 Quid de las construcciones levantadas en terreno dependiente del público?..... 212
219 Quid de las acciones inmobiliares?..... 212
220 Quid de las convenciones relativas á un inmueble?..... 213

## § IV. Efectos de la hipoteca en los derechos del propietario.

### Número 1. Principio.

221 El derecho del propietario está desmembrado. ¿Cuáles actos no puede hacer ya?..... 214
222 Puede mobilizar las cosas que eran inmuebles y, con o tales, hipotecadas?..... 214

### Núm. 2. De las actas de disposición.

223 Puede el propietario enajenar el inmueble hipotecado?... 215



224 Tiene el propietario el derecho de abusar? Cuáles son, en caso de abuso, los derechos del acreedor hipotecario?..... 215
225 Quid si el propietario demole las casas hipotecadas? Cuál es, en este caso, el derecho del acreedor hipotecario?.. .. 216
226 Quid si el deudor vende la casa para ser demolida? Cuál es, en este caso, el derecho del acreedor hipotecario?..... 217

### Núm. 3. De los actos de goce.

227 Cuáles son los actos de goce que el propietario del inmueble hipotecado no puede ya hacer? Quid si desmonta una superficie montuosa? Cuáles serán los derechos del acreedor hipotecario?..... 218
228 De los actos de goce que puede hacer el deudor. Derechos del acreedor cuando hay frutos en pie cuando el embargo. 219
229 Quid si el deudor vende un corte de madera? En qué casos deben los deudores respetar la venta?..... 220
230 Pueden los acreedores ejercer sus derechos en el precio ná pagado? Esta disposición del art. 45 recibe aplicación o casos análogos?..... 222
231 Estos principios reciben aplicación á los frutos..... 224
232 Se aplican al caso en que el propietario mobiliza inmuebles por destino?..... 225
233 Quid si las cosas vendidas no habían sido aún entregadas al comprador? Cual es en este caso el derecho del acreedor? 226
234 Aplicación del principio á la venta de una fábrica: ¿tienen los acreedores hipotecarios una acción contra el comprador? Quid si el precio se debe aún?..... 227

### Núm. 4. De los actos de administración.

235 Cuáles son los actos de administración que el propietario del inmueble hipotecado puede hacer?..... 230
236 Puede el propietario hacer arrendamientos por tiempo ilimitado? Por qué puede hacer sólo arrendamientos por nueve años? Cuál es el efecto de los que pasan de este límite?..... 230
237 Los arrendamientos por más de nueve años pueden ser ducidos cuando han sido transcriptos?..... 232
238 El deudo puede hacer arrendamientos con pagos anticipados? Es verdad que la cuestión está decidida por el artículo I de la Ley Hipotecaria? Crítica de la jurisprudencia de la Corte de Casación..... 232
239-240 Explicación del art. 45 confirmada por los trabajos preparatorios..... 235-237
241 Contestación al argumento que la Corte de Casación toma

en la ley de 15 de Agosto de 1854, art. 25 ..... 240
242 En el silencio de la ley debe aplicarse el derecho común; es decir, el art. 45 combinado con el art. 1167 del Código Napoleón ..... 241

*SECCION II.—De las hipotecas legales.*

*Artículo 1. Nociones generales.*

§ I. Cuáles hipotecas son legales.

243 Las hipotecas legales están establecidas no por razón de la calidad del crédito sino por razón del favor que merece el acreedor ..... 244
244 En qué sentido es incapaz la mujer durante su matrimonio ó antes de éste para resguardar sus derechos estipulando una hipoteca? ..... 245
245 Los menores tienen una hipoteca para sus derechos y créditos en los bienes de su tutor ..... 247
246 Las personas colocadas en un establecimiento de dementes tienen una hipoteca legal para sus derechos y créditos en los bienes de su administrador ..... 247
247 El Estado, las provincias y el municipio, los establecimientos públicos, tienen una hipoteca legal en los bienes de los receptores y administradores ..... 248
248 Hay otras hipotecas legales á más de las enumeradas en el art. 47? Principio de la interpretación de las hipotecas legales ..... 248
249 Privilegios que degeneran en hipotecas legales ..... 249
250 Tienen los legatarios una hipoteca legal en los bienes de la sucesión? ..... 250
251 Tienen los acreedores del quebrado una hipoteca legal en sus bienes? ..... 250
252 Es la hipoteca legal un derecho civil en el sentido estricto de la palabra? Disposición de la ley belga ..... 250
253 Es la hipoteca legal un estatuto personal ó real? ..... 252
254 Gozan las personas civiles en el extranjero de la hipoteca legal que les concede el art. 47? ..... 254

§ II. Las hipotecas legales están sometidas á los principios de especialidad y de publicidad.

255 En el sentido del Código Civil las hipotecas legales de los incapaces eran generales y ocultas. Motivos dados por el Primer Cónsul ..... 256
256 Crítica del principio consagrado por el Código Civil. Sistema de la ley belga ..... 258
257 En qué sentido la hipoteca legal de los incapaces es general y en qué sentido es especial? ..... 256
258 Está sometida al principio de la especificación la hipoteca legal del Estado? Debe especificarse antes de ser inscripta? Puede el deudor pedir la reducción de la inscripción? ..... 261
259 De las hipotecas del fisco que están dispensadas de inscripción ..... 263



*Artículo 2. De la hipoteca legal de los menores, interdictos y enajenados.*

260 El párrafo 1.° de la sección I da á los menores garantías además de la hipoteca legal. Translado á la tutela ..... 263
261 Son aplicables las disposiciones de este párrafo á los dementes no interdictos colocados en un hospicio ó casa de salud? ..... 264

§ I. De las personas sometidas á la hipoteca legal.

262 Cuándo hay hipoteca legal por la administración de los bienes de un menor? ..... 265
263 Todo tutor, aun menor, está sometido á la hipoteca legal. 265
264 El cotutor está sometido á la hipoteca legal. Quid si la madre tutora que se vuelve á casar no convoca el consejo de familia? La madre y su segundo esposo están sometidos á la hipoteca legal en este caso? ..... 265
265 De la ausencia abierta á la tutela y, por consiguiente, á la hipoteca legal? ..... 268
266 El tutor oficioso está sometido á la hipoteca legal ..... 268
267 El tutor á la substitución fideicomisaria no está sometido á ella ..... 268
268 Ni los tutores *ad hoc* ..... 269
269 Ni el subrogado tutor ..... 269
270 Ni los curadores, consejeros y administradores provisionales en materia de interdicción y tutela ..... 269
271 Está semetido á hipoteca legal el padre administrador legal? 270

§ II. De los créditos garantizados por la hipoteca.

272 Cuáles son los derechos y créditos por los que el menor tiene hipoteca en los bienes de su tutor? ..... 271
273 Quid de los créditos del menor contra su tutor anteriores á la tutela ..... 273
274 Aplicaciones tomadas de la jurisprudencia ..... 274
275 Puede el menor prevalecerse de su hipoteca contra sapudre tutor cuando éste tiene el usufructo legal? ..... 275
276 Quid si se trata de dineros que no son populares? ..... 275
277 La hipoteca garantiza los intereses de los créditos populares. Quid de los gastos de proceso relativos á la cuenta

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de tutela?..... 276
278 Quid de los actos posteriores al fin de la tutela?..... 276

## § III. De los bienes gravados por la hipoteca.—Especialización.

279 La hipoteca tiene que ser especificada. Cuál es el efecto de la especificación?..... 277
280 Es verdad que la especificación hace convencional la hipoteca?..... 277
281 Es verdad que el consejo de familia actúa como notario? 278

### Núm. 1. ¿Por quién y cuándo se especifica la hipoteca legal?

282 La hipoteca es especificada por el consejo de familia con la intervención y bajo la vigilancia de la justicia. Necesidad de fortificar este contrato..... 279
283 Cuándo debe especificarse la hipoteca?..... 280
284 Quién puede requerir la convocación del consejo de familia? 281
285 Quid si el tutor gira antes que la hipoteca legal haya sido especificada ó inscripta? Los actos que hace serán nulos? 282

### Núm. 2. De la deliberación del consejo de familia.

286 Las deliberaciones del consejo de familia deben ser motivadas. Por qué? Es esto bajo pena de nulidad? Quid si no está suficientemente motivada?..... 283
287 El art. 883 del Código de Procedimientos está abrogado por el art. 50 de la ley de 1851?..... 285
288 En qué casos debe ser llamado y oído el tutor? Quid si no fué llamado? Será nula la deliberación del consejo?.... 285
289 Debe ser homologada la deliberación del consejo?..... 287
290 La deliberación puede ser atacada por oposición. Por qué motivo?..... 287
291 El tutor puede formar oposición. Contra quién debe formarla? Es de recibirse si el tutor consiente en la decisión? 288
292 El subrogado tutor y los miembros del consejo pueden formar oposición aunque hubieran consentido..... 289
293 Puede el juez de paz formar oposición?..... 289
294 En qué plazo debe formarse? Cómo se cuenta el plazo? Es aplicable al tutor que no entró á la deliberación?..... 290
295 La oposición se sentenció sumariamente..... 291
296 El Ministerio Público es parte en la causa. Puede, como todas las partes, interponer apelación y proveerse en casación..... 292



### Núm. 3. Especificación de la hipoteca legal.

297 La hipoteca debe ser especificada en el sentido de la hipoteca convencional..... 293
298 Cómo determina el consejo la suma por la cual se tomará inscripción? Debe desde luego considerar la fortuna del menor?..... 293
299 En segundo lugar el consejo debe tener en cuenta la naturaleza de su fortuna..... 294
300 Puede tomar en consideración las sucesiones á que está llamado como heredero presunto?..... 295
301 En tercer lugar el consejo debe tener en cuenta las eventualidades de la gerencia. Cómo apreciará estas eventualidades?..... 295
302 Cómo especializa el consejo los inmuebles en los que debe tomar inscripción?..... 296

### Núm. 4. De la inscripción.

303 La especificación es el preliminar necesario de la inscripción y sin ésta la hipoteca es ineficaz..... 297
304 El tutor debe tomar inscripción bajo pena de destitución. En qué casos el consejo de familia puede y debe destituir al tutor?..... 298
305 El subrogado tutor debe tomar inscripión, bajo su responsabilidad, para con el menor..... 299
306 El consejo puede nombrar un mandatario para tomar la inscripción. Por qué la ley no encarga este cuidado al secretario ó al juez de paz?..... 300
307 Obligación impuesta al secretario para asegurar la inscripción de la hipoteca..... 301

### Núm. 5. De las deliberaciones que puede tomar el consejo de familia en lo relativo á la hipoteca legal del menor.

308 Puede el consejo renunciar á la hipoteca legal?..... 302
309 Puede decidir que no há lugar á tomar inscripción?..... 303
310 En qué circunstancias debe hacer uso de esta facultad?.. 304
311 Jurisprudencia. Crítica de una sentencia de la Corte de Lieja..... 305
312 Las determinaciones del consejo relativas á la hipoteca del menor son siempre revocables..... 307
313 Quid si la garantía se vuelve insuficiente ó si lo fué desde el principio?..... 307
314 Quid si la inscripción no fué suficiente ó no fué tomada por falta de inmuebles y si el tutor los adquiere durante

el cargo de la tutela?..... 309
315 Quid si la inscripción se vuelve excesiva? Condiciones requeridas para que pueda ser reducida..... 310
316 La determinacion del consejo tiene que ser homologada. Es necesario que se pronuncie la sentencia de homologación en público?..... 312
317 Puede decidir el consejo que la inscripcion sea enteramente cancelada..... 312
318 Cuál es el efecto de la reducción ó de la cancelacion de la inscripción? Queda perjudicada la hipoteca? Puede el consejo revocar su determinación? Quid si la situación del menor es la misma?..... 313
319 Puede el padre reducir la hipoteca legal nombrando un tutor por testamento?..... 315
326 Puede la hipoteca legal ser reemplazada por el depósito de valores muebles?..... 316

### § IV. Del estado de las tutelas y de la vigilancia de la autoridad judicial.

#### Núm. 1. Del estado de las tutelas.

321 La intervención de la autoridad judicial es el único medio de asegurar la ejecución de la ley y de dar á los menores garantías serias..... 317
322 Los secretarios de los juzgados de paz deben llevar un estado de las tutelas bajo responsabilidad y vigilancia del juez de paz..... 318
323 Lo que deben contener los estados de tutelas. Vacío de la ley..... 319
324 Los secretarios deben transmitir estos estados al Procurador del Rey..... 320
325 Penas disciplinarias y multas contra los secretarios que no cumplen..... 320
326 Necesidad de una comprobación permanente y pública... 320

#### Núm. 2. De la comprobación de la autoridad judicial.

327 Quién ejerce este controlo? Es el tribunal en sala reunida? 321
328 Puede el tribunal disponer por vía reglamentaria? ..... 321
329 Puede el tribunal hacer extrañamientos al juez de paz por vía disciplinaria?..... 322
330 Debe el tribunal limitarse á ordenar lo que el juez de paz y el consejo deben hacer ó puede estatuir directamente? 323
331 El tribunal puede, en todo tiempo, tomar decisiones acerca de la hipoteca legal del menor..... 324
332 Comunicación de las decisiones á los jueces de paz á quienes interesan..... 324



### *Artículo 3. De la hipoteca legal de la mujer casada.*

### § I. De los derechos garantizados por la hipoteca legal.

333 La mujer tiene una hipoteca legal por sus derechos y créditos..... 325

#### Núm. 1. De la dote.

334 La mujer tiene una hipoteca por su dote cuando por razon de ésta tiene un crédito contra su marido..... 326
335 La mujer no tiene hipoteca por su dote mobiliar bajo el régimen de la comunidad legal. Crítica de una sentencia de la Corte de Aix. La mujer tiene hipoteca por su dote inmobiliar..... 327
336 Tiene la mujer una hipoteca legal por su dote mueble ó inmueble bajo el régimen de la comunidad convencional? 329
337 Quid bajo el régimen de exclusión de la comunidad? .... 329
338 Quid bajo el régimen de la separación de bienes? .. .... 329
339 Quid bajo el régimen dotal? Tiene la mujer acción hipotecaria contra su marido cuando éste enajenó el fondo dotal y puede ejercerla durante el matrimonio?..... 330
340 Tiene la mujer hipoteca por los intereses de la dote bajo el régimen dotal? Es aplicable el art. 87 á estos intereses? Quid de los intereses de los intereses?..... 332
341 La mujer tiene también hipoteca para sus bienes dotales que le vencen durante el matrimonio si el marido está obligado á restituirlos..... 333

#### Núm. 2. De las convenciones matrimoniales.

342 Qué se entiende por convenciones matrimoniales en esta materia?..... 333
343 Bajo qué condición la mujer tiene hipoteca para sus mejoras matrimoniales?..... 334
344 Quid si estas mejoras son condicionales ó eventuales?.... 335
345 La mujer tiene una hipoteca por los adelantos que le concede la ley en los diversos regímenes, tales como el luto. 337
346 La mujer tiene una hipoteca para el crédito alimentario que tiene contra su marido en virtud de los arts. 1570 y 214?..... 338
347 La mujer tiene una hipoteca para los créditos que tiene contra su marido por punto á la mala gerencia..... 340
348 Aplicación del principio al caso en que el marido había descuidado transcribir una donacion que había hecho á su mujer..... 340

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

349 Tiene la mujer una hipoteca para la acción que tiene contra su marido por punto de la gerencia de los bienes cuya administración pertenece á la mujer?. . . . . 341

### Núm. 3. De las devoluciones.

350 De las devoluciones bajo el régimen de la comunidad legal. 343
351 De las devoluciones bajo el régimen de la comunidad convencional. . . . . 344
352 De otra acepción que se da á la palabra *devolución*. Crítica del lenguaje que no está conforme con la doctrina. . . . . 346
353 Hay lugar á devoluciones bajo los regímenes que excluyen la comunidad?. . . . . 347

### Núm. 4. De los derechos nacidos durante el matrimonio.

354 Cuáles son los derechos nacidos durante el matrimonio que están garantizados por la hipoteca legal? Por qué importa distinguirlos de aquellos que nacen cuando el matrimonio? 348
355 En qué casos tiene la mujer una hipoteca por las sucesiones que le vencen ó las donaciones que le son hechas? . . . 349
356 La mujer también tiene una hipoteca por la compensacion que se le debe en caso de enajenación de sus propios ó cuando la comunidad saca de ellos un provecho. Quid bajo los demás regímenes?. . . . . 350
357 La mujer tiene hipoteca por el recurso que tiene contra su marida cuando se obligó en interés de éste ó en el de la comunidad. Puede ejercer esta accion durante la comunidad?. . . . . 351
358 Quid si la mujer paga voluntariame te una deuda de su marido?. . . . . 352
359 Quid si se obliga en fraude de los derechos de l s acreedores del marido?. . . . . 353

### Núm. 5. De las costas.

360 Tiene la mujer una hipoteca por los gastos que hace en el recurso contra el marido?. . . . . 353
361 El principio se aplica á los gastos que la mujer hace para que la autorice el juez por negativa del marido? . . . . . 354
362 El principio se aplica también á los gastos que hace la mujer para la liquidación de sus derechos y devoluciones en la instancia de separación de bienes . . . . . 354
363 Quid de los gastos de la demanda de separación de cuerpos y de divorcio?. . . . . 355

## § II. De los bienes gravados con hipoteca legal.

364 La hipoteca de la mujer grava los bienes presentes y futu-



ros del marido. En qué sentido?. . . . . 356
365 Tiene la mujer una hipoteca en los bienes que pertenecen á una sociedad de que es socio el marido? . . . . . 357
366 Tiene la mujer una hipoteca en los bienes que tiene el marido como copropietario indiviso? . . . . . 358
367 Tiene la mujer una hipoteca en los bienes que el marido adquirió bajo condición suspensiva ó resolutoria? De las excepciones previstas por los arts. 952 y 1054?. . . . . 358
368 La mujer comunera puede tomar inscripción en las gananciales?. . . . . 359
369-372 Quid si el marido no enajenó ni hipotecó las gananciales en las que la mujer tomó inscripción? Quid si las enajenó ó hipotecó?. . . . . 360-364

## § III. Especificación de la hipoteca de la mujer.

### Núm. 1. Objeto de la especificación.

373 La Ley Hipotecaria somete la hipoteca legal de la mujer á los principios de publicidad y de especificación. . . . . 365
374 Diferencia entre la especificación de la hipoteca legal de la mujer y de la del menor. . . . . 366
375 Sistema del Código Civil y sistema de la ley belga en cuanto al lugar de la hipoteca de la mujer. Explicación del art. 64. . . . . 368
376 Explicación del art. 66. . . . . 370
377 Explicación del art. 67 y justificación de la ley belga. . . . 371
378 Crítica de la interpretación que se da generalmente á los arts. 64, 66 y 67. . . . . 373
379 Conclusión. Relación entre la ley belga y el Código Civil. 378
380 Cuál es el lugar de la hipoteca de la mujer para los derechos anteriores al matrimonio y para los posteriores al mismo?. . . . . 378
381-382 La hipoteca del art. 64 es convencional? Y la hipoteca de la mujer no es legal en los casos de los artículos 66 y 67?. . . . . 379-381
383 Explicación de las palabras *estipular* y *estipulacion* de que se sirve la ley en los arts. 64 y 66. La especificación es la que es convencional. . . . . 383
384 Consecuencia del carácter convencional de la especificación en el caso previsto por el art. 64 . . . . . 384
385 Cuál es el lugar de la hipoteca de la mujer?. . . . . 386
386 Puede renunciar á su hipoteca ó al lugar que le da la inscripción?. . . . . 387



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

### Núm. 2. Cómo se hace la especificación.

387 Hay que distinguir el caso del art. 64 y los casos de los artículos 66 y 67..... 389

#### I. De la especificación que se hace por contrato de matrimonio.

388 Cómo se especifica la hipoteca legal de la mujer para su dote? Quid de las sumas dotales que podrá recoger por sucesion ó por donacion?..... 389
389 De la especificacion de las convenciones matrimoniales. Es siempre posible en el momento en que se hace el contrato de matrimonio?..... 391
390 Pueden especificarse en el contrato de matrimonio los recursos que la mujer tendrá por las obligaciones que contraerá en interés del marido?..... 392
391 Quid de los recursos de la mujer por la enajenación de sus propios?..... 392
392 Conclusion. La especificacion, tal como se entiende en general, puede ser jurídica y moralmente imposible..... 392
393 Cómo se hace la especificacion de los bienes?..... 394

#### II. De la especificación que se hace durante el matrimonio.

394 La especificacion se hace por el presidente en los casos previstos por los arts. 66 y 67..... 394
395 Cuándo puede la mujer hacer especificar su hipoteca? Tiene que esperar que el crédito exista?..... 396
396 Hay formas prescriptas para obtener la autorizacion del presidente? Debe intervenir un abogado? Debe ser oído el marido?..... 397
397 La orden del presidente está sometida á apelacion?..... 398
398 El presidente debe especificar la suma de la inscripcion tomada?..... 399
399 Debe especificar los bienes en que la mujer puede tomar inscripción?..... 400

### Núm. 3. De la inscripción.

400 La mujer puede tomar inscripción cuando la hipoteca ha sido especificada por contrato de matrimonio ó por el presidente..... 401
401 El marido debe tomar inscripción en la primera hipoteca; puede tomar inscripción durante el matrimonio por este punto..... 401
402 Derecho de los parientes para requerir la inscripción. En qué casos pueden y deben ejercerlo..... 402



403 Derecho del juez de paz y del Procurador del Rey para requerir la inscripción..... 403

### Núm. 4. De la reducción de la inscripción.

401 Puede el marido pedir la reduccion de las inscripciones tomadas en sus bienes cuando la hipoteca de la mujer ha sido especificada por el contrato?..... 404
405 Quid si la inscripción se vuelve inútil? El marido podrá pedir la cancelacion?..... 405
406 Puede el marido pedir la reducción en todos los casos en que una inscripción fué tomada durante el matrimonio?.. 406
407 Tiene que ponerse en causa á la mujer en la instancia de reducción..... 407
408 El tribunal debe oir la opinión de los parientes. ¿Cómo se dará esta opinión y cuál es su efecto?..... 408
409 El tribunal estatuye contradictoriamente con el Procurador 408
410 Hay lugar á apelación. El Ministerio Público tiene derecho de interponer apelación y casación..... 409
411 Cuál es el efecto de la reducción ó de la cancelación pronunciada por el juez?..... 409
412 Los principios que rigen la accion de reducción no se aplican á lo que forma el marido, después de la enajenación del inmueble, para fijar la cifra de las devoluciones de la mujer..... 409

#### § IV. De la prueba de los derechos garantizados por la hipoteca.

413 La mujer puede hacer valer su hipoteca legal sólo probando los derechos y créditos por los que tomó inscripción... 410
414 Cómo se da esta prueba? Cuándo se admite la prueba testimonial? Quid de la fama pública?..... 411
415 La ley sobre quiebras derogó el derecho común..... 412

#### *Artículo 4. Hipoteca legal del Estado, provincias, municipios y establecimientos públicos.*

416 En qué sentido el Estado, las provincias, los municipios y los establecimientos públicos se asimilan á los menores?... 413
417 Qué se entiende en el art. 47 por *establecimientos públicos*? 414
418 Aplicación del principio á los establecimientos públicos encargados del servicio de caridad legal..... 415
419 Las cajas de ahorros, tal como están organizadas en Francia, son establecimientos públicos en el sentido del artículo 47?..... 416
420 Las fábricas eclesiásticas y los demás establecimientos re-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ligiosos, tales como seminarios, capítulos, no son establecimientos públicos en el sentido del art. 47..... 418
421 Cuáles son los agentes gravados con hipoteca legal en favor del Estado, provincias, municipios y establecimientos públicos?..... 419
422 Cuáles son los bienes de los contadores gravados por la hipoteca legal? Por qué grava la hipoteca los bienes futuros de la esposa? La presunción en virtud de la cual los bienes de la mujer están gravados puede combatirse por la prueba contraria?..... 420

*SECCION III.—De las hipotecas convencionales.*

§ I. Definición.

423 La ley define la hipoteca convencional. Resulta que la hipoteca convencional es un contrato solemne independiente de la obligación principal cuyo pago está afectado..... 421
424 La hipoteca convencional no puede existir sin el consentimiento ó la aceptación del acreedor..... 422
425 Crítica de la doctrina contraria..... 427
426 Increíble sentencia de la Corte de Lyon..... 429
427 La sentencia de Tolosa y de la Corte de Casación de Bélgica..... 431
428 La hipoteca convencional es un contrato solemne..... 432
429 Cuáles son las razones por las que el Código Civil y la ley hipotecaria han hecho de la hipoteca un contrato solemne? 434
430 Los trabajos preparatorios confirman esta interpretación... 436

§ II. Solemnidad.

431 Es necesaria una acta notariada ó una acta asimilada á las actas notariadas..... 437
432 Debe el acta estar recibida en minuta ó puede entregarse en nota?..... 438
433 El acta debe ser registrada para que exista la hipoteca.... 439
434 El nuevo título de una renta antigua basta para autorizar la inscripción?..... 440
435 La ley de 28 Floreal, año III, permite tomar inscripción en virtud del reconocimiento de los deudores de créditos procedentes de establecimientos eclesiásticos suprimidos?. 440
436 La leyes administrativas que ligan la hipoteca á las actas pasadas por la administracion están aún en vigor?..... 441
437 La hipoteca constituida por acta privada ó auténtica nula en la forma es inexistente. Consecuencia que resulta.... 443

§ III. Consecuencia de la solemnidad de las hipotecas.

438 Todos los elementos de la hipoteca deben constar auténticamente. Quid de la obligación principal? Quid del monto de esta obligación?..... 444
439 Aplicación tomada de la jurisprudencia..... 445
440 El consentimiento de las partes contratantes debe también expresarse en la forma auténtica..... 446
441 La Corte de Casacion de Bélgica ha consagrado este principio para la aceptacion del acreedor en el caso en que el deudor comparece solo ante el notario para declarar un préstamo hecho anteriormente y dar hipoteca..... 448
442 Crítica de la jurisprudencia contraria de las Cortes de Francia..... 451
443 Crítica de la jurisprudencia de las cortes de Gante y de Lieja..... 453
444 Crítica de la doctrina contraria de los autores franceses.. 456
445 Crítica de la doctrina de los comentadores de la ley belga. 457

§ IV. Aplicación del principio.

446 Una deliberacion de la asamblea general de accionistas autorizando un empréstito con hipoteca basta para la validez del contrato?..... 459
447 Si el poder está dado por acta privada la hipoteca es nula. Puede confirmarse por acta auténtica?..... 460
448 Puede el notario aceptar por el acreedor?..... 460
449 Puede un tercero aceptar por el acreedor como mandatario ó gerente de negocios?..... 461
450 Retrotrae la ratificacion, ya sea que se trate de la constitucion de la hipoteca en nombre del deudor ó de la aceptacion en nombre del acreedor por un tercero sin mandato?.. 462
451 Crítica de la opinion emitida por la comision especial en esta cuestion..... 464
452 Crítica de la distincion hecha por la comision entre el caso en que la hipoteca es á consentida á la vez y por la misma acta que la obligacion principal y el caso en que la hipoteca está consentida posteriormente..... 465

§ V. De la promesa de hipoteca.

453 Qué se entiende por promesa de hipoteca? Qué diferencia hay entre ésta y el contrato por el cual se consiente hipoteca?..... 466
454 Cuál es el efecto de la promesa? Quid si el deudor se niega á cumplirla?..... 467
455 La sentencia que condena al deudor á cumplir con su promesa substituye la hipoteca convencional?..... 468





UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

§ VI. De los contratos de hipoteca hechos en el extranjero.

456 Los contratos de hipoteca pasados en el extranjero tienen efecto en Bélgica. En qué sentido? Se hacen estas actas ejecutorias en virtud del vistobueno del presidente?..... 470
457 Cómo se asegurará el presidente de que las formas prescriptas y la autenticidad han sido observadas?..... 472
458 El poder dado en el extranjero para constituir hipoteca en Bélgica está sometido al vistobueno del presidente?..... 473
459 La decisión del presidente puede apelarse..... 473
460 Pueden los tratados derogar el art. 2128? En qué sentido? 474

§ VII. ¿Quién puede consentir una hipoteca?

461 Un tercero puede constituir una hipoteca para la seguridad de una deuda que no debe personalmente. Debe asimilarse este tercero á un cauc onante?..... 475
462 Quién puede consentir una hipoteca?..... 476

Núm. 1. Se necesita ser propietario.

463 Es necesario ser propietario para tener derecho de hipotecar..... 476
464 Casos en los que, por excepción, la hipoteca puede ser constituida por el que no es propietario..... 477
465 El socio puede hipotecar los bienes de la sociedad? Quid en las sociedades mercantiles? Quid después de la disolucion de la sociedad y durante la liquidacion..... 477
466 Los copropietarios por indivisos pueden hipotecar? Translado al título *De las Sucesiones* para las dificultades que presenta el ejercicio de este derecho..... 478

I. De la hipoteca de la cosa ajena. 479

467 Puede hipotecarse la cosa ajena?..... 479
468 Los principios que rigen la venta de la cosa ajena reciben su aplicacion á la hipoteca de la cosa ajena?..... 480
469 La hipoteca de la cosa ajena es existente ó nula?..... 480
470 Quién puede prevalecerse de la inexistencia ó de la nulidad de la hipoteca? Lo puede el deudor? Quid de los terceros á los que el deudor ha vendido ó hipotecado el inmueble después de que se volvió propietario?..... 482
471 Está validada la hipoteca cuando el deudor se convierte en propietario del inmueble?..... 484
472 Puede hipotecarse el inmueble que pertenece á un tercero bajo condicion de hacerse propietario de él?..... 486
473 Puede hipotecarse el inmueble de un tercero respondiendo



por el propietario?..... 486
474 Si el propietario ratifica la hipoteca la ratificación constituye una nueva hipoteca que sólo tendrá efecto por nueva inscripción..... 487

II. De la hipoteca consentida por un propietario cuyo derecho es condicional ó rescindible.

475 Aquel que tiene una acción en virtud de la cual será declarado propietario del inmueble puede hipotecarla..... 487
476 Aquel que tiene en un inmueble un derecho suspenso por una condicion puede hipotecarlo..... 489
477 Este principio se aplica al vendedor cuando la venta se hace por cláusula de rescate..... 489
478 Los que tienen una propiedad resolutoria pueden constituir una hipoteca subordinada á la misma condicion..... 490
479 Se aplica este principio á la condicion resolutoria tácita y á la resolución voluntaria?..... 491
480 Quid de la revocacion de los derechos del constituyente?.. 491
481 Quid si los derechos del constituyente están rescindidos ó anulados? Debe admitirse una excepción en el caso en que la buena fe esté fundada en un error común?..... 492
482 Cuáles son los derechos de los acreedores hipotecarios en los casos en que la hipoteca está sujeta á condición ó á rescision?..... 493

III. De la hipoteca consentida por los administradores.

483 Los administradores convencionales no pueden hipotecar sino en virtud de poder especial y auténtico..... 494
484 Quid de los administradores legales?..... 495
485 Los enviados á posesion de los bienes de un ausente pueden hipotecar inmuebles?..... 495
486 Los tutores de los menores é interdictos, los administradores de bienes pertenecientes á enajenados colocados, el padre administrador legal pueden hipotecar?..... 496
487 El marido administrador no puede hipotecar los bienes de la mujer sino con su consentimiento..... 497

Núm. 2. Se necesita tener la capacidad de enajenar.

488 Por qué exige la ley la capacidad de enajenar para hipotecar? Por qué no basta la de obligarse?..... 498
489 Pueden hipotecar los menores no emancipados? Están gravados sus bienes con hipoteca legal?..... 499
490 El menor emancipado no puede hipotecar..... 500
490 *bis* De la capacidad del menor comerciante..... 500
491 Los pródigos y los débiles de espíritu sólo pueden hipote-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

car con asistencia del consejo judicial ..... 501
492 De la incapacidad de las mujeres casadas. Quid de las separadas de bienes? Quid si son comerciantes? ..... 501
493 Las hipotecas consentidas por los incapaces son nulas. Pueden ser confirmadas. Efecto de la confirmación..... 502
494 De la incapacidad que la ley señala al deudor embargado. 503
495 Quid del deudor que hizo cesion de bienes á sus acreedores? Pueden éstos atacar la hipoteca que consiente? Deben promover por accion pauliana? ..... 504
496 Quid del deudor quebrado? ..... 506

## § VIII. De la especificación de las hipotecas convencionales.

### Núm. 1. Principio.

497 En el derecho antiguo la hipoteca convencional era general. Crítica de este sistema. Necesidad de la publicidad... 506
498 La especificacion fué introducida por la ley de Brumario, año VII. El Código la mantuvo con excepcion. La ley belga la consagró como regla general..... 508
499 No debe confundirse la especificacion del contrato de hipoteca con la especificacion de la inscripcion. Si el acta notariada no especifica la hipoteca ésta es nula, aunque la inscripción fuere especial. Y si la hipoteca fué especificada por el acta no impide que la inscripcion sea nula por falta de especificacion..... 509
500 La nulidad por falta de especificacion y la de la inscripcion por igual causa están regidas por principios diferentes... 510
501 La hipoteca debe ser especial en cuanto á los inmuebles que están gravados y en cuanto al crédito por el cual está consentida..... 511

### Núm. 2. De la especificación en cuanto á los bienes.

502 En qué consiste la especificacion? Cómo debe hacerse?... 511
503 Aplicacion de la ley. Principio de interpretacion..... 513
504 La jurisprudencia es fiel á la ley..... 513
505 La jurisprudencia contraria á la ley. Crítica..... 515
506 La última jurisprudencia de la Corte de Casacion consagra este relajamiento..... 517
507 Jurisprudencia de las cortes de Bélgica. Interpretacion del principio de especificación por los autores de la ley belga. 519
508 Debe admitirse una excepcion á este principio cuando la hipoteca está establecida en una finca ó en una universalidad de hecho?..... 521
509 Tienen los jueces del fondo un poder discrecional para decidir si la designacion de la naturaleza y la situacion de bienes es bastante..... 523
510 Puede ser cubierta la insuficiencia de especificación por una inscripción regular? Quid si es la designacion de los inmuebles la que es insuficiente?..... 525
511 Cuál es la consecuencia de la falta ó insuficiencia de especificación?..... 526
512 Quién puede prevalecerse de la falta ó inexistencia de hipoteca? El deudor lo puede?..... 527
513 Si la hipoteca es anulada el acreedor puede pedir una nueva hipoteca ó el reembolso del crédito?..... 529

### Núm. 3. Consecuencias de la especialidad.

#### I. De la hipoteca de los bienes futuros.

514 Los bienes futuros no pueden ser hipotecados. Por qué?... 530
515 Puede el deudor hipotecar los bienes futuros en caso de insuficiencia de los presentes?..... 531

#### II. Del caso en que la hipoteca se vuelve insuficiente.

516 El acreedor puede pedir el reembolso de su crédito en el caso de pérdida ó deterioro de los inmuebles hipotecados. Por qué?..... 532
517 Quid si la garantía hipotecaria se vuelve insuficiente á consecuencia de la depreciación de los inmuebles? ..... 533
518 Quid si la insuficiencia existía ya cuando el contrato?..... 534
519 Quid si la insuficiencia es posterior al contrato, pero que la causa existía cuando el contrato y fué prevista?..... 534
520 Es necesario para que el acreedor tenga el derecho de promover que el deterioro haya tenido por efecto hacer insuficiente la garantía. Cuándo hay insuficiencia?..... 535
521 Se aplica el art. 79 en el caso de expropiación por causa de utilidad pública?..... 536
522 Quid en caso de incendio si el inmueble está asegurado? 536
523 Cuál es el derecho del acreedor cuando la hipoteca se vuelve insuficiente? Puede pedir un suplemento de hipoteca? Cuándo puede ofrecerlo? ..... 536
524 Este suplemento es una nueva hipoteca?..... 538

### Núm. 4. De la especialidad en cuanto al crédito.

#### I. Principio.

525 La especificación del crédito está regida por el mismo principio que la de los inmuebles..... 538
526 Cualquier crédito, seguro ó no, determinado ó indeterminado, tiene que ser especificado en el acta de hipoteca.... 539





UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

527 Puede la hipoteca ser constituida para una deuda futura? La deuda futura debe constar en acta auténtica? Puede la hipoteca ser inscripta antes que la deuda esté contraída? Cuál será el lugar de la hipoteca?..... 541

### II. De la hipoteca consentida por un crédito abierto.

528 La apertura de crédito puede ser garantizada por una hipoteca?..... 543
529 Cuáles son las condiciones de forma requeridas para la validez de la hipoteca? La apertura de crédito debe constar en acta auténtica?..... 544
530 Para que la hipoteca sea válida es necesario que el deudor se obligue á ministrar los fondos al acreditado. Jurisprudencia..... 545
531 Discusión de dos sentencias de la Corte de Gante..... 547
532 El derecho del acreditado de no usar del crédito no hace que la obligación esté contraída bajo condición potestativa..... 548
533 Cuál es el lugar de la hipoteca consentida para la seguridad del crédito abierto?..... 549
534 En qué sentido no se toman en cuenta las épocas sucesivas de la entrega de fondos? Quid si la apertura del crédito está hecha para un plazo fijado en el contrato?..... 550
535 Hay caso en que, por excepción, el crédito prorrogado está garantizado por la hipoteca tal cual fué establecido para el saldo definitivo?..... 552
536 Se aplica la hipoteca consentida para la apertura del crédito á los anticipos anteriores? Quid si los anticipos están novados?..... 553
537 Cómo se prueba la entrega de fondos?..... 555

### § IX. De las modalidades de la hipoteca.

538 La hipoteca puede ser constituida á plazo ó bajo condicion. Jurisprudencia..... 555
539 Bajo qué condicion la ley de 15 de Agosto de 1854 autoriza la cláusula de aparejada ejecucion..... 558
540 La prohibicion de los arts. 2078 y 2088 se aplica al contrato de hipoteca?..... 559

### *SECCION IV.—De la hipoteca testamentaria.*

541 Definicion de la hipoteca testamentaria. Está sometida á los dos principios de especificacion y publicidad..... 560
542 Puede la hipoteca ser constituida para deudas del testador?..... 561
543 La hipoteca legal que se reconocía, bajo el imperio del Código Civil, á los legatarios está implícitamente abrogada por los arts. 42 y 44 de la ley belga..... 562
544 En qué forma debe recibirse la hipoteca testamentaria?... 565
545 Cuál es el efecto de la hipoteca? Está preferido el legatario á los acreedores del difunto?..... 566

### *SECCION V.—Del lugar que las hipotecas tienen entre sí.*

546 Está requerida la inscripcion para la existencia y la validez de la hipoteca?..... 567
547 En qué sentido el *lugar* de la hipoteca depende de la inscripcion? Se aplica este principio al privilegio?..... 569
548 Pueden las partes interesadas derogar los efectos de la inscripcion en lo relativo al lugar?..... 571
549 El derecho de prosecucion depende de la inscripcion para las hipotecas y los privilegios..... 571
550 Quid si dos hipotecas están inscriptas el mismo día? Hay razón de la diferencia hecha por la ley entre la inscripcion y la transcripcion á este respecto?..... 572
551 Pueden los acreedores quirografarios prevalecerse de la falta de inscripcion? Examen crítico de la jurisprudencia. 574
552 Pueden los terceros oponer la falta de inscripcion cuando, al tratar con el deudor, conocían las hipotecas no inscriptas? 577
553 Puede el deudor prevalecerse de la falta de inscripcion? Aplicacion del principio. Jurisprudencia..... 579
554 Quid de los herederos del deudor?..... 580
555 Quid de un cesionario del deudor?..... 581



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

