

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

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 oscurecen 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 encontramos 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 Tribunal, 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 le 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 (Loché, t. VIII, p. 254).

encontrar oposición en el Consejo de Estado? Los juriscónsultos son hombres de tradición; esta es su fuerza; pero también es su debilidad cuando, por respeto al derecho tradicional, pretenden inmovilizarlo. 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 todo el mundo las casas ó fundos que estaban hipotecadas. De pública que era en Atenas la hipoteca se convirtió en pre-oculta en Roma; á una publicidad excesiva sucedió la pre-destinación 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.

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 establecidas por Bélgica un régimen enteramente distinto relativo á las hipotecas. Hemos dicho en otro lugar que la publicidad más completa presidía las transacciones de propiedad inmobiliar en los países de empeño (tomo XXIX, un ms. 13-24). Se seguían las mismas formas para la constitución 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 legisladores 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 facetas 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 egoístas ponen obstáculos al progreso de las instituciones políticas y civiles. Aun hay partidarios del pasado que sienten y mal-

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

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. ¿Quién 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.º, t. XIII, p. 620.

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 gravan 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 países 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 pu-

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.

blicidad «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)

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 muestras 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 armonía 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 (Loché, t. VIII, p. 238).
P. de D. TOMO XXX—21

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 propusieron mantener 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-Prémeneu 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-Prémeneu 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-Prémeneu, informe, en Loaré, 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 público* no se encontraba en el informe de Bigot-Prémeneu; 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-Prémeneu, informe, sesión de 12 Pluvioso, año XII (Loaré, tomo VIII, ps. 146 y siguientes).

2 Réal, informe, sesión de 12 Pluvioso, año XII (Loaré, ps. 170 y siguientes).

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. ¿Per 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 creará 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.»

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 (Loché, t. VIII, página 179, núm. 97), y sesión de 19 Pluvioso, año XII, núm. 71 (Loché, t. VIII, p. 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 inmobiliario.

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 quirografarios 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.