

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.

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 mobiliarios 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 mobiliario no lo puede ejercer contra un tercero poseedor de buena fe. El mismo propietario no tiene el derecho de prosecución, puesto que no puede reivindicar la cosa mobiliaria contra el poseedor de buena fe; con mayor razón el que sólo tiene un derecho real no lo puede hacer valer contra un tercero poseedor. Más adelante volveremos al antiguo adagio que reprodujo el art. 46.

174. ¿Es la hipoteca un derecho inmobiliario ó un derecho mobiliario? Esta cuestión ha sido muy controvertida; nuestra Ley Hipotecaria la zanjó implícitamente por el art. 1^o, que está concebido así: "Todas las actas *translativas ó declarativas de derechos reales inmobiliarios, otras que los privilegios é hipotecas, serán transcriptas.*" La ley sienta una regla para los derechos reales inmobiliarios; 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 inmobiliarios. 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 inmobiliarios. Desde luego los que tienden 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 inmobiliario; en efecto, ¿á qué tiende? A pagar al acreedor hipotecario de preferencia á los demás

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

Hay una segunda clase de derechos inmobiliarios: 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 inmobiliarias y las servidumbres ó servicios inmobiliarios. La ley no habla de las hipotecas; este silencio fué invocado como un argumento contra la doctrina que considera la hipoteca como un derecho inmobiliario. 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, pues, dejar el texto y recurrir á los principios.

¿Da la propiedad de un inmueble un derecho inmobiliario al propietario? Nadie lo duda, aunque el art. 526 no habla de ello. Si el derecho de propiedad de un inmueble es inmobiliario 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 inmobiliarios, 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 inmobiliarios. 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.

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 inmobiliario. 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 inmobiliario 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 inmobiliario 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 inmobiliario, 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 esta en la palabra y no en las cosas; podría haber dicho que sólo son pa-

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.

labras en las que en vano se buscaría una idea. ¿Queda entero el derecho del propietario que ha hipotecado un inmueble? No, porque está desmembrado, y lo está en favor del acreedor hipotecario; luego el derecho de éste es inmobiliario.

Hay otra opinión que admite que la hipoteca desmembra la propiedad y que, sin embargo, la considera como un derecho mobiliario. La hipoteca, se dice, garantiza un crédito; es, pues, el accesorio de un derecho mobiliario 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 inmobiliario: ¿se dirá que la prenda se hace inmueble porque la obligación principal es inmobiliaria? Esto sería absurdo. En nuestro concepto también es absurdo decir que la hipoteca que por sí es inmobiliaria se convierte en un derecho mobiliario porque la obligación principal es mobiliaria.

Num. 2. De la indivisibilidad de la hipoteca.

1. 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.

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 Dumoulin 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 Dumoulin 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 Dehégada, 18 de Julio de 1858 (Dalloz, 1859, I, 125). En sentido contrario, Pont, t. I, p. 344, núm. 331.

2 Dumoulin, *Extricatio labyrinthi dividi 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.