

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.º 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.º 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.º de la ley no puede ser invocado para interpretar el art. 45.

Del principio de que el art. 1.º 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? Bastale el 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

se le paguen las rentas por anticipación; es necesario un límite; la Corte lo buscó en el art. 1.º 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.º? Esta última suposición es la de la Corte de Casación; la creemos inadmisibles.

Hay una primera razón para desechar esta interpretación. Si era inútil decidir que un arrendamiento conteniendo re-

cibos 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. Jullien 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.º. Esto era un error de derecho y de teoría. M. Lelièvre, 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.º y el art. 45. ¿Cuál es el objeto de la transcripción ordenada por el art. 1.º en lo

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 á propósito 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.º 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.º, 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 pueden 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.º de la ley? Esto equivale á decir no que tal orador

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.º 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.º 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.º 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.º 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 armonía con el art. 1.º de la Ley Hipotecaria.

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 límites 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 atarcarlos 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. Supongámos 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

fraude; bastará que establezcan que el acto les es perjudicial. Pero tendrán que probar el perjuicio; mientras que en los casos previstos 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.º de la Ley 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.º vol. en 8.º (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-