

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 poseedor 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 caucionante 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 caucionante 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 caucionante se obliga á pagar la deuda cuando el deudor no satisface á su obligación (art. 2011), mientras que el tercero que sólo constituye una

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.º, ser propietario; 2.º, 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 movilizados. Traducimos 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.º y 2.º

2 Véase nuestro tomo XIX, núm. 562. Compárense Pont, t. II, p. 66, número 631.

necesaria 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 inmobiliario 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;

si el no propietario no puede enajenar un 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 inmobiliarias es también de orden público; la Ley Hipotecaria lo ha previsto ordenando la transcripción de los derechos reales inmobiliarios. 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 examinan 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 prohíbe en los artículos 73 y 78 (Código Civil, arts. 2124-2129), y la prohíbe 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.