

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 (Pasirisia 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 bigamo puede pedir la nulidad de su matrimonio aunque haya más que dolo y mala fe; hay crimen. Esto es por que 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, Merlin 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.

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 razón 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 confirmación es imposible, puesto que no se confirma la nada. Creemos inútil contestar á las objeciones que Merlin 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 na la 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 prohíbe 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 juriconsultos 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 prohíbe 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 el 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 Merlin y Troplong. Compárese Lelièvre, informe (Parent, p. 144).

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 razón 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 prohíbe 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. Traducimos 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, Mourlon, t. III, p. 66, núm. 956 y una sentencia de la Corte de Orléans que cita.  
2 Bruselas, 26 de Diciembre de 1816 (Pasicrisia, 1816, p. 269).

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, de-

claró 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 día 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 tendrá 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.