

decidido negativamente; la Corte llega hasta á decir que los principios que invoca son incontestables. Valette tuvo razón en decir que es incontestable, al contrario, que aquel que tiene en un inmueble un derecho subordinado á una condición puede válidamente consentir una hipoteca sometida á la misma condición. Esto es incontestable, puesto que el art. 2125 lo dice. Y aquel que vende con pacto de rescate tiene en el inmueble un derecho condicional; el comprador es propietario bajo condición resolutoria y el vendedor es propietario bajo condición suspensiva. Tales son los verdaderos principios; es imposible contestarlos, puesto que están escritos en la ley. Los hemos expuesto en el título *De la Venta* y hemos deducido de ellos las consecuencias en el título *De las Obligaciones*; siendo seguros los principios es inútil insistir. (1)

478. El art. 74 agrega que «los que tienen en un inmueble sólo un derecho resolutorio en ciertos casos ó sujeto á rescisión no pueden consentir una hipoteca más que sometida á la misma condición ó rescisión.» Acabamos de decir (núm. 477) que aquel que vende un inmueble con cláusula de rescate es propietario bajo condición suspensiva y que con este título puede hipotecar. El comprador, por su parte, es propietario bajo condición resolutoria y con este título puede también hipotecar; sólo que la hipoteca será sujeta á la resolución, así como el derecho del constituyente. A primera vista esto parece estar en contradicción con el principio que hemos establecido (núm. 475), y aun con el buen sentido. Hemos dicho que aquel que tiene una acción en virtud de la cual será reconocido propietario del inmueble puede hipotecarlo como *perteneciéndole actualmente*; según este principio el inmueble vendido con pacto de rescate pertenece al vendedor, quien tiene acción de rescate; y si

1 Compárese Valette, ps. 202 y 203; Pont, t. II, p. 75, núms. 638 y 639. Aubry y Rau, t. III, p. 265, notas 13 y 14, pfo. 266.

pertenece actualmente al vendedor ¿cómo puede pertenecer en el mismo momento al comprador? Parece resultar de esta doble propiedad una consecuencia tan absurda en derecho como en razón: es la de que un mismo inmueble pertenece á la vez al vendedor y al comprador y puede ser hipotecado por uno y por el otro. Ya hemos contestado en otro lugar que la contradicción sólo es aparente; en derecho siempre hay un solo propietario: el vendedor, si ejerce su derecho de rescate, ó el comprador, si el rescate no se ejerce; sólo que hay también una sola hipoteca que permanecerá válida: la que había concedido el vendedor, si la venta está resuelta, y la que había consentido el comprador, si la venta no se resuelve. Lo que quita la contradicción es que la propiedad del vendedor, así como la del comprador, es condicional; en virtud de este derecho pueden uno y otro gravar el inmueble con una hipoteca (artículo 74; Código Civil, art. 2125), pero el cumplimiento de una ó de otra condición pone fin á la propiedad de una de las partes con este efecto: que está considerada no haber sido nunca propietaria, lo que hace caer la hipoteca que estableció.

479. Este principio se aplica también á la condición resolutoria tácita, como lo hemos dicho en el título *De las Obligaciones*. ¿Qué debe decirse de la resolución voluntaria? La cuestión está controvertida; ya la hemos examinado (t. XVII, núm. 143).

480. La revocación es sinónima de la resolución; el artículo 1183 se vale de la palabra *revocación* para determinar los efectos de la condición resolutoria expresa. Hay, sin embargo, una diferencia: la resolución opera siempre retroactivamente, nulifica el contrato como si nunca hubiera existido. Lo que arrastra la resolución de los derechos concedidos por el propietario cuya propiedad queda resuelta. La revocación se hace también en general con retroac-

ción, pero hay casos en los que sólo produce efecto á partir del momento en que la demanda de revocación se inscribe, lo que deja subsistir los derechos de hipoteca consentidos por el propietario cuyo derecho está revocado. Transladamos á lo dicho en el título *De la Propiedad* y acerca de las disposiciones preliminares de la Ley Hipotecaria.

481. El art. 74 (Código Civil, art. 2125) pone la propiedad sujeta á rescisión en la misma línea que la propiedad resoluble. En efecto, la rescisión ó anulación pronunciada por el juez tiene también por consecuencia nulificar el derecho de aquel que se despoja como si nunca hubiera existido; la rescisión equivale, pues, á la resolución en lo relativo á las hipotecas constituidas por aquel cuya propiedad está rescindida ó anulada; las hipotecas caen porque fueron consentidas por quien no era propietario. Esto es de tal evidencia que no valdría la pena citar las autoridades (1) si no se encontrara una sentencia de la Corte de Casación con una restricción que es contraria á los principios. Se trataba en el caso de una hipoteca establecida en un inmueble cuyo poseedor era propietario en virtud de una acta hecha en fraude de los acreedores. Estos tenían la acción pauliana y podían mandar anular, en consecuencia, la adquisición del propietario aparente y, por consiguiente, la hipoteca que había constituido. La anulación de la hipoteca no era dudosa, pero la sentencia agrega «que si el principio podía ceder esto sólo sería en el caso en que la parte que trata con el propietario aparente podría invocar una buena fe fundada en un error común invencible.» (2) Hacemos reservas acerca de esta pretendida excepción que permiten á un no propietario conceder una hipoteca por razón de la buena fe del acreedor; la buena fe de los terceros no da de-

1 Pont, t. II, p. 82, núms. 644 y 645 y las autoridades que cita. Agréguese París, 6 de Junio de 1872 [Daloz, 1873, 2, 124].
2 Denegada, 25 de Enero de 1847 [Daloz, 1847, 4, 342].

recho á quien no lo tiene. Esto es lo que creemos haber demostrado al discutir la famosa cuestión de las actas de disposición hechas por el heredero aparente.

482. Se ve que el derecho del acreedor hipotecario amenaza amenudo perecer cuando el deudor que le concedió hipoteca tiene él mismo una propiedad perecedera. Uno de los buenos jurisconsultos del derecho antiguo, Voet, dice que el acreedor no tiene por qué quejarse de la fragilidad de su crédito, porque pudo y debió indagar la naturaleza y extensión de los derechos de su deudor. (1)

Nos sorprende ver esta observación reproducida por Martou en el comentario de una ley que tiene por objeto garantizar á los terceros acreedores como á los terceros adquirentes contra los peligros de la clandestinidad romana. Voet vivía en un país de empeño; pero el empeño tiránico de la tradición es más fuerte que la vida real. Amenudo es imposible que los terceros conozcan las causas de resolución, de revocación ó de rescisión que amenazan sus derechos. Por esto la nueva ley prescribe, por una parte, la publicidad de las demandas de revocación y de nulidad, así como de las sentencias pronunciadas en estas demandas (número 3), y por otra parte subordina la condición resolutoria tácita á la conservación del privilegio del vendedor.

La jurisprudencia aprobó, sin embargo, por mucho tiempo la condición de los terceros acreedores, decidiendo que los representaba el deudor en las instancias en que el derecho de propiedad del deudor y, por tanto, los derechos de hipoteca estaban en causa. Hemos criticado en otro lugar esta falsa doctrina que pierde cada día más su crédito (tomo XX, núms. 105-107). (2) Hay que ir más allá; no sólo los terceros acreedores no están representados por el deudor en las acciones de resolución ó de rescisión intentadas contra

1 Voet, Comentario, lib. XX, tit. VI, núm. 8.

2 Compárese Martou, t. II, p. 71, núm. 969.

él sino que pueden también ejercer los derechos de su deudor; si, pues, la hipoteca les fué concedida por el que tenía una acción en virtud de la cual se le declarará propietario los acreedores pueden formar esta acción en nombre de su deudor. Si la condición suspensiva que suspende el derecho del deudor y el de los terceros acreedores hipotecarios consiste en el pago de una suma de dinero los acreedores serán admitidos á hacer esta prestación para consolidar su hipoteca; podrían, pues, ejercer el rescate en nombre del vendedor que les dió hipoteca en el inmueble vendido con pacto de rescate. (1)

III. De la hipoteca consentida por los administradores.

483. Hay administradores convencionales y administradores legales. Que los primeros no tengan el derecho de hipotecar sin un poder especial esto no es dudoso, puesto que la ley lo dice. El art. 1988 dice: «El mandato concedido en términos generales no abraza más que los actos de administración; si se trata de enajenar ó hipotecar el mandato tiene que ser expreso.» Transladamos, en cuanto al principio, al título que es el sitio de la materia. Hay que agregar que el poder debe ser auténtico; esto es lo que dispone el art. 76.

Fué sentenciado que estos principios reciben su aplicación á los gerentes de las sociedades mercantiles, lo que es evidente; en efecto, el Código de Comercio no da á los gerentes el derecho de enajenar ó hipotecar los inmuebles de la sociedad, y en el silencio de una ley mercantil hay que ocurrir al derecho común del Código Civil, y el Código no permite á los administradores hipotecar, puesto que exige la capacidad de enajenar para poder conceder una hipoteca (art. 2124; Ley Hipotecaria, art. 73). (2) Los garentes son

1 Valette, Tratado de los Privilegios y de las Hipotecas, p. 204.

2 Denegada, 21 de Abril de 1841 [Daloz, en la palabra Privilegios, número

unos mandatarios ordinarios; tienen que estar provistos de un mandato especial y auténtico.

484. ¿Pasa lo mismo con los administradores legales? Se lee en el último tratado que apareció acerca de las hipotecas, que representando á la persona del que administra los bienes tienen, por esto mismo, el derecho de hipotecar los inmuebles de aquellos á quienes representan. Se dice que esto no es derogar los principios que sólo permiten que el propietario hipoteque, puesto que es el propietario el que consiente la hipoteca por intermedio de su representante legal. (1) El principio así enunciado es un error ó está mal formulado. El autor olvida que no basta ser propietario para poder hipotecar, es necesario también tener la capacidad de enajenar, y los mandatarios legales representan á personas incapaces, ausentes, menores, interdictos, mujeres casadas; aunque propietarios estos incapaces no pueden hipotecar y sus representantes no tienen más derechos que ellos. Mejor dicho, sólo representan á los incapaces para administrar sus bienes; en calidad de administradores no tienen otro poder que el de hacer actos de administración; si se trata de enajenar ó hipotecar la ley prescribe formalidades y condiciones en interés de los incapaces, por razón de la falta de capacidad en la persona de los administradores legales; luego cuando éstos hipotecan cumpliendo con las condiciones y formalidades legales no puede decirse que ejercen un derecho que les pertenece en calidad de administradores, pues si tienen que cumplir formalidades y condiciones es precisamente porque no tienen derecho.

485. Los enviados á posesión provisoria de los bienes un ausente no pueden hipotecarlos, porque son simples de administradores (art. 125). Pero puede ser necesario

1223], y 3 de Mayo de 1853 [Daloz, 1853, 1, 186]. Burselas, 20 de Noviembre de 1872 [Pasicrisia, 1873, 2, 5].

1 Pont, t. II, p. 69, núm. 633.

vender los inmuebles del ausente ó hipotecarlos: esto puede ser ventajoso para sus intereses; no teniendo los enviados provisorios más que un poder de administración no pueden hipotecar, y el Código Civil no indicaba ningún medio de suplir su incapacidad. Este vacío ha sido llenado por la Ley Hipotecaria que dice (art. 75): «La hipoteca de los bienes de los ausentes, mientras que la posesión sólo está dada provisionalmente, está sometida á las formalidades prescriptas para los menores y los interdictos.» Transladamos, para los pormenores, á lo dicho en el título *De la Ausencia y De la Tutela*.

Si en caso de ausencia hay un esposo comunero en bienes la ley le permite impedir el envío provisorio optando por la continuación de la comunidad. ¿Cuáles son, en este caso, los derechos del esposo, ya sea en la comunidad, ya en los bienes propios del cónyuge ausente? ¿Puede hipotecar? Ya hemos examinado estas cuestiones en el título que es el sitio de esta materia.

Cuando los legatarios piden el envío á posesión definitiva se dividen los bienes del ausente y la ley los considera como propietarios para con los terceros; aunque el ausente viviera todavía tiene que respetar las actas de disposición hechas por los enviados, tales como las hipotecas concedidas por ellos.

486. El tutor es un mandatario legal por excelencia, puesto que la ley dispone que representa al menor en todos los actos civiles (art. 450). Sin embargo, no pueden hipotecar los inmuebles de su pupilo sino con autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal (artículos 457 y 458). Además, la ley limita las causas por las que la autorización podrá ser concedida; es necesario que haya necesidad absoluta ó ventaja evidente. Transladamos para los pormenores al título *De la Tutela*.

El interdicto está asimilado al menor en lo que se refie-

re á la administración de sus bienes. Es para quitar al enajenado una gerencia de que es incapaz por lo que la familia tiene el derecho de provocar la interdicción; se aplica, por consiguiente, al tutor del interdicto lo que hemos dicho del tutor de los menores (art. 509). Si los enajenados están colocados en un hospicio ó una casa de salud la ley confía la administración de sus bienes á un administrador; ya hemos explicado la ley de 1850 en un apéndice al título *De la Tutela*.

Hay todavía un administrador legal que la doctrina y la jurisprudencia asimilan al tutor: es el padre que durante el matrimonio está encargado de administrar los bienes de los hijos menores. Ya hemos explicado en otro lugar las dificultades que presenta la administración del padre y, por consiguiente, la cuestión de saber si puede hipotecar.

487. El marido administra los bienes de la comunidad y es administrador de los bienes de la mujer. Hemos dicho en el título *Del Contrato de Matrimonio* que el marido puede enajenar é hipotecar los bienes de la comunidad, de los que se le considera señor y dueño (art. 1421), mientras que no puede enajenar los inmuebles personales de la mujer sin su consentimiento (art. 1428); de donde se sigue que no puede hipotecarlos, puesto que el derecho de hipotecar está subordinado a la capacidad de enajenar (art. 2124; Ley Hipotecaria, art. 73). Se deroga el rigor de este principio en la cláusula de movilización (núm. 464). Bajo el régimen dotal los bienes de la mujer no pueden ser enajenados ni hipotecados; sin embargo, el marido puede volverse propietario de los inmuebles dotales (arts. 1552-1553); se entiende que en este caso puede disponer de ellos y, por tanto, hipotecarlos.