

*Núm. 2. Se necesita tener la capacidad de enajenar.*

488. Según el art. 73 (Código Civil, art. 2124) «las hipotecas convencionales no pueden ser consentidas más que por aquellos que tienen capacidad para enajenar los inmuebles que gravan.» Esto es una aplicación del principio de que la hipoteca es un desmembramiento de la propiedad y, por consiguiente, una enajenación parcial; y para enajenar no basta ser propietario, es necesario también tener capacidad de disponer de sus bienes. Hay propietarios que por razón de su incapacidad no pueden enajenar: esta incapacidad arrastra la de hipotecar. Así sucedería aunque los incapaces tuvieran el poder de obligarse, pues la ley les exige más que esta capacidad para poder hipotecar: quiere que el que hipoteca pueda vender. A primera vista se podría creer que la capacidad para obligarse debiera bastar para poder hipotecar; hay uno de nuestros buenos autores que lo dice. (1) Esto es un error que el texto de la ley condena, puesto que el Código exige formalmente la capacidad de enajenar. Es verdad que aquel que se obliga obliga sus bienes (artículos 2092 y 2093; Ley Hipotecaria, arts. 7 y 8) y, por consiguiente, los enajena indirectamente en el sentido de que da á sus acreedores el derecho de perseguir la expropiación; si puede enajenar indirectamente al obligarse ¿por qué no puede enajenarlos parcialmente hipotecándolos? El acreedor hipotecario no tiene un derecho más extenso en los bienes hipotecados que el acreedor quirografario en virtud de su derecho de prenda que le da la ley. Luego, se dice, el derecho de obligarse implica el de hipotecar. Contestamos que tal no es la teoría de la ley, y tuvo buenas razones para no consagrarla. Una cosa es la prenda general de los artículos 2092 y 2093 (Ley Hipotecaria, arts. 7 y 8) y otra cosa es la hipoteca. El que da un inmueble en hipoteca desmembra

1 Durantón, t. XIX, p. 507, núm. 343, p. 513, núm. 347.

su derecho de propiedad; ya no puede gozar en administrar como un propietario, enajenar una fracción de su derecho; mientras que aquel que se obliga puede, apesar de la prenda que la ley confiere á los acreedores, disponer libremente de sus bienes, de los que conserva la plena y entera propiedad. Así obligarse no es enajenar actualmente; hipotecar, al contrario, es enajenar. De esto se sigue que el poder de obligarse no implica el de hipotecar. Esta diferencia entre el derecho de obligarse y el derecho de hipotecar está también fundado en la razón. El derecho de hipotecar es mucho más peligroso que el de obligarse; en efecto, facilita á aquel que se quiere obligar los medios de contraer deudas; y como se trata de incapaces es necesario, en lugar de facilitarles los medios de obligarse y, por consiguiente, de arruinarse, estorbar una libertad que les sería funesta. El legislador hizo, pues, bien en prohibirles hipotecar á la vez que les permitía obligarse para las necesidades de su administración. Esto no les impide que hipotequen si hay ventaja para ellos en caso de necesidad. Pero sólo podrán hacerlo observando las condiciones y las formas que la ley establece para protegerlos contra su incapacidad.

489. En nuestro derecho los menores y los interdictos que les son asimilados no obran por sí, tienen un representante legal que obra por ellos. No puede, pues, decirse que los menores no tienen capacidad para hipotecar, puesto que no tienen el ejercicio de sus derechos. Debe preguntarse cuáles son los derechos del tutor que los representa en todos los actos civiles (núm. 450). Ya hemos contestado á la pregunta (núm. 486) trasladando al libro 1.º del Código Civil, donde se halla el sitio de la materia (t. V, núm. 93). Si el menor hipotecara el acta sería nula en la forma (artículo 1311) y, por consiguiente, el menor podría pedir la nulidad probando que las formalidades prescriptas no han sido observadas. Los principios acerca de la acción de nu-

lidad que tiene el menor han sido expuestos en el título *De las Obligaciones*. Hay, sin embargo, un caso en el que los bienes de un menor no pueden ser gravados de hipoteca general sin formalidad alguna: es cuando el menor se casa; esto puede también suceder en el caso en que por excepción un menor gira la tutela, lo que la ley admite sólo para el supérstite de los padres; la hipoteca legal no exige el consentimiento del deudor; la ley es la que la establece, y la establece sin la voluntad del deudor y, en caso necesario, apesar suyo.

490. El menor emancipado tiene el poder de obligarse para las necesidades de su administración. ¿Debe concluirse que tiene el derecho de consentir hipotecas para la garantía de las obligaciones que contrae? Acabamos de contestar á la pregunta en términos generales (núm. 488) y lo hemos contestado más especialmente en lo que se refiere al menor (t. V, núm. 233). Creemos inútil insistir. Si los intérpretes tuvieran más respeto para la ley la cuestión no hubiera sido suscitada, pues hay dos textos que la deciden: el art. 2124 (*Ley Hipotecaria*, art. 73) y el art. 484; sólo falta dar los motivos que justifican la ley; esto es lo que acabamos de hacer (núm. 488). (1)

490 bis. El Código de Comercio consagra una excepción á estos principios en favor de los menores comerciantes; pueden, en virtud de la autorización general que se les da, para practicar el comercio, hipotecar sus inmuebles; pero permanecen incapaces para enajenarlos, salvo que cumplan las formalidades y condiciones exigidas por la ley civil (artículo 6). Se concibe la razón de esta excepción; los menores comerciantes tienen una capacidad más grande que los menores emancipados en general; pueden obligarse no sólo para la administración de sus bienes, lo pueden para las necesidades de su comercio; lejos de estorbar este derecho la

1 Compárese Martou, t. III, p. 79, núm. 974. Pont, t. II, p. 50, núm. 34.

ley quiso favorecerlo, ya que está reconocido que el menor tiene capacidad suficiente; y la hipoteca puede dar al menor un crédito que no tendría si no tuviera el derecho de administrar garantías reales á los acreedores; la ley hubo de permitirle hipotecar, aunque mantiene su incapacidad para enajenar los inmuebles. Esta distinción entre la hipoteca y la enajenación de inmuebles no es muy lógica, puesto que el menor tiene el poder de disponer de valores mobiliarios más considerables; el legislador considera siempre los inmuebles como la porción más preciosa de la fortuna de los ciudadanos.

491. Los pródigos y los débiles de espíritu no pueden hipotecar sus bienes (arts. 499 y 513). Aquí la ley permanece fiel á los principios; las personas colocadas bajo consejo judicial no pueden enajenar y, por consiguiente, son incapaces para hipotecar (t. V, núm. 364).

492. Las mujeres casadas están marcadas de incapacidad general á consecuencia de la potestad marital á que las somete la ley; ésta las declara especialmente incapaces para enajenar é hipotecar (art. 217). Su incapacidad, aunque general, no es absoluta; les basta la autorización marital para enajenar é hipotecar todos sus bienes. Cuando hipotecan es ordinariamente en interés del marido, de modo que éste está interesado en concederle la autorización. Síguese de esto que la autorización no es una garantía para la mujer como lo es la intervención del consejo de familia para el menor. La única garantía que la mujer pueda tener es la de estipular el régimen dotal bajo el que sus bienes dotales son inalienables y, por consiguiente, no pueden ser hipotecados.

Hay un régimen que da una gran libertad á la mujer: es la separación de bienes; la mujer administra libremente su patrimonio y es capaz para obligarse para sus necesidades de administración. ¿Tiene, en este caso, el derecho de hi-

potecar sus inmuebles para las garantías de las obligaciones que contrata? Nó, pues es incapaz de enajenar sus inmuebles sin autorización (arts. 1449 y 1538); hay, pues, que aplicarle el principio que rige esta materia; incapaz para enajenar lo está, por esto mismo, para hipotecar. Está, á este respecto, en la misma situación que el menor emancipado; puede obligarse en los límites de su poder de administración, y al obligarse compromete sus bienes; pero no le está permitido comprometerlos por vía de hipoteca; ya hemos dicho el porqué (núm. 488).

Las mujeres comerciantes tienen una capacidad más grande que la de los menores emancipados; el Código de Comercio les permite enajenar é hipotecar sus inmuebles (art. 7) á no ser que estén casadas bajo el régimen dotal, que hace los inmuebles dotales inenajenables. Hay una razón de la diferencia que la ley establece entre las mujeres y los menores. Estos son incapaces por razón de la inexperiencia de su edad; la ley tuvo que limitar la capacidad relativa que les da. Las mujeres, al contrario, son capaces; si la ley les marca la incapacidad es únicamente por causa de la potestad marital; esta incapacidad está cubierta con la autorización y las mujeres no pueden comerciar sino con autorización de su marido, sólo que esta autorización es general, mientras que, según el derecho común, tiene que ser especial. La autorización debiera, pues, bastar para hacer á la mujer comerciante capaz para enajenar é hipotecar.

493. Cuando un incapaz consiente una hipoteca el acta es nula en la forma, lo que da al incapaz una acción de nulidad fundada en la no observancia de las formas prescriptas por la ley. Las actas nulas pueden ser confirmadas. Esto es el derecho común. ¿Cuál es el efecto de la confirmación que un menor consiente después de su mayor edad en cuanto á las actas que había hecho antes de confirmar

la hipoteca? La cuestión está controvertida; la hemos examinado en el título *De las Obligaciones*. (1)

494. Hay incapacidades especiales relativas al deudor insolvente. La insolvencia sola no engendra la incapacidad para hipotecar; aunque tenga deudas más que haber el deudor conserva la libre disposición de sus bienes, su derecho de propiedad no está restringido más que en los casos previstos por la ley. Hay que distinguir entre el deudor civil y el deudor comerciante.

El deudor en quiebra civil no tiene ninguna incapacidad; puede hipotecar sus bienes y mejorar con esto á uno de sus acreedores á expensas de los demás; éstos sólo tienen el derecho de promover la nulidad por vía de acción pauliana. Llega, sin embargo, un momento en que el deudor insolvente no puede ya disponer de sus bienes. La ley de 15 de Agosto de 1854 sobre expropiación forzada contiene á este respecto la siguiente disposición (art. 27): «El deudor no puede, á contar del día de la transcripción del embargo, enajenar ni hipotecar los inmuebles embargados, bajo pena de nulidad y sin que sea necesario pronunciarla.» El deudor embargado permanece propietario de los bienes cuya expropiación persigue el acreedor, pero, por su parte, los acreedores ejercen su derecho y no puede depender del deudor suspender las promociones y esterbarlas enajenando el inmueble embargado. Este es otro caso en el que el propietario no puede hipotecar. La ley declara la hipoteca nula de plano; esto es una excepción al derecho común y una excepción única. ¿Cuál es la razón? ¿En qué sentido debe entenderse? ¿Cuáles son los efectos de la nulidad? Estas cuestiones son extrañas á nuestro trabajo; trasladamos al lector al excelente comentario que nuestro sentido colega Waelbroeck ha publicado acerca de la ley de 1854. (2)

1 Compárese Martou, t. III, p. 80, núm. 979; Pont, t. II, p. 52, núm. 616.  
2 Waelbroeck, t. II, p. 270, núms. 13 á 16. Deben agregarse dos sentencias

495. ¿Cuál es la situación del deudor insolvente que hace cesión de todos sus bienes á sus acreedores? Un autor responde que el deudor no puede *evidentemente* constituir hipoteca en los inmuebles cedidos por él. (1) Si fuera permitido hablar de evidencia en una materia controvertida habría que decir que la opinión contraria es evidente. Es de principio que el contrato de cesión no transmite á los acreedores la propiedad de los bienes que les cede el deudor; en cuanto á la cesión judicial la ley dice terminantemente que no es translativa de propiedad. Si la cesión no translada la propiedad á los acreedores se sigue que el deudor permanece propietario de ellos; desde luego tiene el derecho de propiedad, á no ser que la ley no lo marque con incapacidad; y la ley no lo declara incapaz, lo que decide la cuestión.

Otro autor parece decir que el deudor deja de ser propietario aunque la propiedad no esté transmitida á los acreedores: los bienes están vacantes, dice Tarrible; se les nombra un curador; (2) esto no probaría que el deudor dejó de ser propietario; se nombra también un curador para el inmueble que el tercero abandona por promoción de los acreedores hipotecarios; no obstante, es seguro que el tercero detentor permanece propietario. La verdadera dificultad no está ahí. El abandono que el deudor hace á sus acreedores da á éstos el derecho de mandar vender los bienes; ¿puede impedir este derecho enajenando ó hipotecando los bienes cedidos? Ya hemos contestado á la pregunta en otro lugar. La cesión implica un mandato; el deudor nada puede hacer que ataque el poder que dió á sus acreedores para vender (tomo XVIII, núm. 225). Luego para con los acreedores el deudor no puede hipotecar. Y para con los terceros con-

de la Corte de Lieja de 6 de Agosto de 1859 y de 3 de Mayo de 1871 (Pascri-sia, 1861, 2, 178; 1871, 1, 283).

1 Pont, t. II, p. 58, núm. 621.

2 Merlin, Repertorio, en la palabra Inscripción hipotecaria, pfo. 4, núm. 6.

serva el derecho de hipotecar. ¿Cómo conciliar estos dos derechos que son contradictorios? Teniendo el deudor el derecho de hipotecar el acreedor hipotecario puede hacer valer su derecho contra los acreedores á los que fueron cedidos los bienes. ¿Estos, por su parte, no pueden pedir la nulidad de la hipoteca que el deudor ha consentido en perjuicio de sus derechos? Tienen la acción pauliana, pero esta acción no les aprovecha mucho, pues tienen que probar que el tercer acreedor es cómplice del fraude; de modo que la hipoteca subsistirá si el acreedor hipotecario es de buena fe. ¿No puede decirse que los acreedores tienen derecho de promover la nulidad sin tener que probar el fraude? Esta es la opinión que hemos enunciado en el título *De las Obligaciones*. Hay una duda: es que si se permite á los acreedores promover la nulidad el acreedor hipotecario perderá su derecho, sin que pueda reprochársele imprudencia alguna; se supone que trató en ignorancia de la cesión. (1) Esta objeción nos importa poco. No es este el caso de aplicar los principios de la acción pauliana; si la ley exige el fraude para que los acreedores puedan atacar las actas hechas por el deudor es porque el deudor conserva la libre disposición de sus bienes; no se comprometió con sus acreedores á no hipotecar; mientras que el deudor que hizo cesión de bienes tomó este compromiso no está ya en la posición de un propietario libre de disponer de sus bienes, abdicó esta libertad; aquellos en favor de los que la abdicó deben tener el derecho de atacar las actas que hace despreciando estos derechos. Aquí está el verdadero motivo de la dificultad. ¿Cuál es la naturaleza del derecho que la cesión da á los acreedores? No es un derecho real, puesto que no son propietarios, y no puede tratarse de un desmembramiento de

1 Esta es la razón por la que Aubry y Rau se han pronunciado en favor del acreedor hipotecario (t. III, p. 272, y notas 38 y 39, pfo. 266).

la propiedad. La cesión es un contrato que sólo engendra derechos de crédito. Es un mandato dado á los acreedores en su interés; y el mandato no da á los mandatarios más que un derecho personal contra el mandante, no les da ningún derecho en la cosa. En el caso los acreedores mandatarios no tienen más que una acción personal contra el deudor que les hizo cesión de bienes, no tienen derecho en los bienes abandonados. ¿Desde luego no debe decidirse que no tienen ninguna acción contra los terceros adquirentes ni contra los acreedores hipotecarios? Los terceros son extraños á la cesión; luego las partes no se la pueden oponer. La opinión contraria que hemos sostenido en el título *De las Obligaciones* está más conforme con la equidad y con el interés de los terceros; pero se necesitaría un texto para consagrarla. En definitiva, hay un vacío en la ley; lo señalamos al legislador.

496. El deudor quebrado no puede ya hacer una acta de disposición después de la sentencia declarativa de quiebra. Está desposeído de la administración de sus bienes en interés de la masa; por consiguiente, no puede ya hipotecar sus bienes en perjuicio de los acreedores de la quiebra. La ley va más allá; declara nulas para con la masa las hipotecas convencionales constituidas en los bienes del quebrado desde la época determinada por la sentencia declarativa de quiebra, como siendo la de suspensión de pagos, ó en los diez días que precedieron á esta época (ley de 18 de Abril de 1851, art. 445). Transladamos, en cuanto á los pormenores, al derecho comercial.

§ VIII.—DE LA ESPECIFICACIÓN DE LAS HIPOTECAS CONVENCIONALES.

*Núm. 1. Principio.*

497. En el derecho antiguo la hipoteca convencional era

general: todo contrato pasado ante notario daba al acreedor una hipoteca en los bienes de su deudor, presentes y futuros. La hipoteca era, á la vez, oculta y general, mientras que, en nuestro derecho moderno, es pública y especial: son las dos bases de nuestro régimen hipotecario. Ya hemos dicho que los jurisconsultos antiguos habían ya criticado el sistema romano de la clandestinidad de las hipotecas; sin embargo, el principio de publicidad tuvo dificultad en penetrar en las inteligencias alimentadas en el respeto de la tradición; d'Aguesseau se hizo defensor de la hipoteca oculta que estaba en completa oposición con las necesidades modernas. La especificación tiene íntima liga con la publicidad; ésta sería incompleta é insuficiente si no descansara en la especificación que determina los bienes hipotecados y el crédito para cuya seguridad fué establecida la hipoteca. El interés que los terceros tienen en conocer los bienes gravados de hipoteca y el monto del crédito para cuyo pago están gravados es de tanta evidencia que no podrá mucho negársela. Loyseau lo ha hecho notar en su *Tratado del Abandono*, pero no veía ningún inconveniente en la generalidad de la hipoteca en lo que se refiere al deudor: es muy racional, decía, hacerlo buen pagador por todos los medios. (1) Esto no es exacto; no es necesario que la hipoteca sea general para que dé al acreedor una completa garantía, basta que la hipoteca esté establecida en bienes que tengan valor suficiente para asegurar el pago del crédito y de los gastos. En cuanto al deudor está tan interesado como los terceros en que la hipoteca no grave más que los bienes necesarios á la garantía del acreedor, pues su crédito sufre por sólo que sus bienes estén cubiertos de inscripciones, mientras que si la inscripción no recae más que en determinados bienes conserva un crédito proporcional á los que quedan libres. Y el crédito de los propietarios es la

1 Loyseau, Del abandono, lib. III, cap. I, núms. 14 y siguientes.