

que el deudor se encuentra hipotecar clases de bienes que no posee. La fórmula, es decir, el notario, parece someterse á la especificación minuciosa que la ley exige y, en el fondo, se ríe de ella y la reduce á un formulario pueril. Troplong concluye que la enumeración es inútil; nosotros concluimos que es insuficiente y que si los notarios respetaran la ley indicarían nominalmente cada inmueble hipotecado, especificándolo según su naturaleza y sitio; lo que no les permitiría reírse de la ley. Sin embargo, la jurisprudencia se conforma con este simulacro; las sentencias se limitan á decir que el acta que dice que los inmuebles hipotecados consisten en casas, prados y tierras situadas en tal municipio llenan suficientemente el objeto del art. 2129. (1) Esto no es motivar una sentencia, es afirmar, y la afirmación se encuentra en oposición directa con la ley.

La Corte de Casación prestó el apoyo de su autoridad á este relajamiento. Un contrato de hipoteca dice que el deudor afecta á la seguridad de la apertura de un crédito «todos los bienes inmuebles que posee y de los que goza, por cualquier título que sea, consistiendo en casas y construcciones diversas, fábricas, talleres, caballerizas, terrenos de labor, viñedos y otras clases de propiedades; todo situado en el territorio de dos municipios designados en el acta.» La hipoteca atacada fué mantenida por la Corte de Montpellier. Recurso desechado por la Cámara de Requisiciones. La Corte de Casación dice, como las de apelación, que la enumeración de los diversos inmuebles hipotecados bastó suficientemente para las prescripciones de la ley. Decimos que esto es una enumeración; y la ley quiere más: una especificación de *cada uno* de los inmuebles, indicando nominalmente la *naturaleza* y *situación* de éstos. Así la

1 Troplong, núm. 536, 2.º París, 10 de Junio de 1812. Metz, 21 de Mayo de 1813. Riom, 31 de Agosto de 1816 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 1294, 1.º). París, 21 de Febrero de 1850 (Daloz, 1852, 5, 305).

Corte declara suficiente una especificación que la ley declara insuficiente. La Corte agrega que «el juez del fondo, apreciando que las indicaciones dadas por el título eran suficientes para *avisar á los terceros* una situación que no podía ni quería disimular, hizo con las circunstancias de la causa una apreciación soberana que no cae en la censura de la Corte de Casación.» (1) Volveremos á este punto. Conste sólo que la Corte confirma el error que arrastró al juez del hecho en esta materia; si el interés de los terceros decide la validez de la hipoteca es inútil discutir acerca de la especificación de la hipoteca; ésta será válida desde que conste que los terceros no han sido inducidos á error. Queda por saber si este es el sentido de la ley. Creemos haber demostrado lo contrario.

507. Las cortes de Bélgica y el legislador belga permanecen fieles á los verdaderos principios. Una acta dice que dos esposos constituyen una hipoteca «en la generalidad de los inmuebles que les pertenecen, situados en Habay la Nueva y en el territorio de este municipio, consistiendo en dos casas de habitación situadas en el camino real y reuniendo en junto caballerizas, construcciones, jardines y anexos; más tierras de labor y praderas.» La Corte de Lieja dice muy bien que la designación de los inmuebles hipotecados era suficiente; pero, por esto mismo, la de las tierras de labor y praderas no lo era. En efecto, en lugar de declarar *especialmente* la naturaleza y la situación de *cada uno* de las tierras y praderas el título no les designaba más que *generalmente* y *en masa*. «Tal designación, dice la Corte, puede tanto menos bastar en el caso cuanto que no se trata de un cuerpo de explotación con especial denominación sino de fracciones distintas y separadas.» (2) Volveremos á este último punto.

1 Denegada, 12 de Marzo de 1867 (Daloz, 1867, 1, 347). Compárese Denegada, 25 de Noviembre de 1868 (Daloz, 1869, 1, 149).

2 Lieja, 15 de Enero de 1859 (Pasieris, 1859, 2, 152).

Esta decisión fué pronunciada bajo el imperio de la nueva Ley Hipotecaria; la Corte no invoca los informes que la precedieron, y hace bien, pues el texto basta, y él es el que decide y no la discusión. Sin embargo, es bueno dar á conocer la opinión emitida en los informes; esto es una autoridad moral que no debe descuidarse en una materia en que la jurisprudencia se aparta de la ley tan amenudo. Se lee en el informe de la comisión especial que preparó el proyecto de ley: «El principio de la especialidad está consagrado por el art. 2129. Pero la jurisprudencia la interpretó en sentido diverso. *Contrariamente al objeto claramente expresado por la ley* ha llegado hasta permitir hipotecar todos los bienes situados en un municipio determinado, sin más especificación que la de la naturaleza de estos bienes. *Esto es desconocer el espíritu de la ley.* Sin embargo, la *precisión de los términos* de que se vale no puede dejar *ninguna duda* acerca de su voluntad y debe hacer rechazar una interpretación *cuy error es evidente.* Por esto la comisión especial propone el mantenimiento puro y simple de la primera disposición del art. 2129.»

La comisión de la Cámara de Diputados se pronunció en este sentido: «Es de opinión que, para realizar el sistema de especificación cuyas ventajas son bien conocidas, hay que atenerse al tenor claro y preciso de la ley; en consecuencia, no se podría considerar como válida una constitución de hipoteca recayendo en todos los bienes que el deudor posee en un municipio determinado.» (1)

La interpretación es tan precisa como el texto; desgraciadamente no tiene ninguna autoridad legal; por esto es que hemos creído deber entrar en pormenores de la jurisprudencia para hacer una crítica racional. Sin embargo, la opinión de la comisión dejó un rastro en la ley, é importa

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 40); Lelièvre, informe (Parent, p. 144).

hacerlo constar porque el argumento del texto tiene más importancia que las doctrinas profesadas en los informes. El art. 2148, que determina la especificación de la inscripción, no exige más que una mención de la *especie* y de la situación de los bienes, sin reproducir la disposición más rigurosa del art. 2129 que exige, además, la designación *especial* y *nominal* de la *naturaleza* de cada inmueble. Se prevalecen de esta diferencia de redacción para explicar el artículo 2129 por el art. 2148. Esto es muy mal argüir, pues estos dos artículos fijan condiciones diferentes, aunque concurren una y otra al mismo objeto: la especificación y la publicidad. El legislador belga quitó este pretexto á la jurisprudencia reproduciendo en el art. 83 (Código Civil, art. 2148) los términos del art. 78 (Código Civil, art. 2129); en efecto, el núm. 5 del art. 83 dice que la inscripción debe contener «la indicación *especial* de la *naturaleza* y de la situación de *cada uno* de los inmuebles en los que el que inscribe entiende conservar su hipoteca.» Esta redacción, dando una autoridad legal á la interpretación de los autores de la ley, confirma lo que hemos dicho de la diferencia que existe entre la publicidad y la especificación. La inscripción tiene por objeto *conservar* la hipoteca; supone, pues, una hipoteca existente y eficaz; es decir, que la validez de la hipoteca no debe ser determinada por la validez de la inscripción. Esta puede ser válida aunque no especifique de ningún modo la hipoteca, mientras que la hipoteca sería seguramente nula si el acta se limitara á decir que el deudor hipoteca todos sus bienes.

508. Aun se presentan dudas en la aplicación del principio. Llamamos la atención de los notarios acerca de este punto; la redacción insuficiente de sus actas hace nacer los procesos y, sin embargo, se les ha confiado la redacción de los contratos de hipoteca precisamente para asegurar su validez.
P. de D, TOMO XXX—66

lidez. ¿Por qué no se ajustan á la letra de la ley? Esto es un medio muy sencillo para evitar toda dificultad y de estar al abrigo de toda responsabilidad.

M. Lelièvre dice en su informe: «Entendido que si se trata de una posesión, de una hacienda ó de una granja, bastará con decir el *nombre* y la situación designando las diversas partes que las componen.» El relator invoca en apoyo de esta interpretación el art. 64 del Código de Procedimientos, que está concebido así: «En materia real las notificaciones de aplazamiento enunciarán la *naturaleza* de la heredad, el municipio, y en cuanto es posible la parte del municipio en que está situada y dos al menos de las colindantes; si se trata de una posesión ó de una granja bastará designar el *nombre* y la *situación*.» Aceptamos la argumentación análogica en lo relativo á la *regla*, pero no se puede admitirlo para la excepción que la comisión quiere hacer en lo relativo á los dominios; es cierto que la disposición del art. 64 es excepcional y la interpretación del art. 2129 (Ley Hipotecaria, art. 78) que se propone también sería una excepción; en efecto, la ley no distingue, comprende todos los *inmuebles*, luego también los *dominios ó posesiones* y quiere que el acta indique la *naturaleza* de cada uno de los inmuebles y que dicha indicación sea *especial, nominal*. Decir que la designación del *nombre* basta, cuando se trata de un dominio, con una indicación *general* de los bienes que componen el dominio esto es derogar la ley, es hacer una excepción: y ¿quién da al intérprete el derecho de derogar la ley?

Tal es, sin embargo, la opinión generalmente seguida. Tarrible ya la había propuesto; sólo exige una condición: que los terrenos dependientes, contiguos ó separados, sean claramente designados. Esto es una universalidad de hecho, dicen los editores de Zachariæ. (1) Esa palabra *universal*.

1 Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. III, p. 279, nota 59, pfo. 266.

dad hace un extraño contraste con la designación *especial*; decir que cada uno de los inmuebles debe ser *nominalmente* designado ¿no es excluir una denominación general? El espíritu de la ley se opone á ello, como también el texto de la ley. Diariamente ocurre que el propietario de un dominio lo ensancha con nuevas adquisiciones; si la inscripción, conforme al acta, grava todo el dominio parecerá comprender las nuevas adquisiciones, aunque en realidad no las comprende. ¿Cómo se distinguirá la parte del dominio hipotecada y la que no lo está? La incertidumbre que el acta y la inscripción dejan subsistir á este respecto es incompatible con el principio de especialidad.

509. Aun hay otra dificultad más grave. Se enseña, y la jurisprudencia admite, que los jueces del hecho tienen en esta materia un poder de apreciación que escapa al control de la Corte de Casación. La apreciación de los tribunales es soberana cuando deciden de hecho. ¿Es la especialidad de las hipotecas una cuestión de hecho? Nó, seguramente, puesto que es uno de los principios fundamentales del régimen hipotecario. Y la prueba de que la Corte de Casación no entendió abdicar el control que le pertenecía es que casó las sentencias que habían validado la hipoteca al decidir que estaba especializada en el acta, mientras que la Suprema Corte las anuló por falta de especialidad. Cuando el primer juez decide de hecho la Corte de Casación no tiene control que ejercer; sucede de otro modo cuando decide de derecho. La ley quiere que el título designe la *naturaleza* de cada inmueble sin especificar lo que se entiende por *naturaleza*; es por demás decir que no puede tratarse de términos sacramentales cuando la ley no dice lo que se debe entender por *naturaleza* del inmueble. Con mayor razón pasará así con la situación del inmueble; lo que es de derecho es que el acta designe la situación de cada inmueble; de hecho el juez decidirá si la designación hace cono-

cer bastante la situación. Pero puede suceder que el juez dé á su decisión el color de una apreciación de hecho para escapar á la censura de la Suprema Corte; desde que la sentencia recae en este punto de derecho está sujeta á casación. (1)

Se trata de saber si tales inmuebles están comprendidos entre los que grava la hipoteca. La cuestión por sí sola prueba que no se ha observado la ley; si las actas indicaban especialmente la naturaleza y la situación de cada inmueble hipotecado de manera á individualizar cada uno de los inmuebles que el deudor entendió hipotecar no surgirán nunca dificultades acerca de los inmuebles dados en hipoteca. Se lee en una sentencia de denegada «que la dificultad se reducía al punto de saber si los inmuebles que se querían substraer á la hipoteca eran distintos ó, al contrario, una dependencia de los inmuebles designados; que toca á las cortes de apelación resolver la cuestión de saber si la naturaleza y situación de los bienes están lo bastante enunciadas en los títulos y si los bienes están individualizados de manera á evitar todo error por parte de los terceros.» (2)

La cuestión en la especie era de hecho, pero, cosa extraña, la Corte hace una cuestión de derecho á la vez que se transporta á la apreciación del tribunal, porque la controversia sobre la especialidad de la hipoteca recae precisamente en el punto de saber si la suficiencia ó insuficiencia de las designaciones hechas en el acta dependen del interés de los terceros. Esta es con seguridad una cuestión de derecho; y por este punto la Corte de Casación tendría el derecho de casar una sentencia que validara una hipoteca por sólo el motivo de que la especificación no pudo inducir al error á

1 Pont, t. II, p. 113, núm. 675. Aubry y Rau, t. III, p. 280, notas 60 y 62 y los autores que citan.

2 Denegada, 8 de Abril de 1844 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 1295, 2.º) Compárese Denegada, 6 de Abril de 1841 (*ibid.*), 10 de Febrero de 1829 (Daloz, *ibid.*, núm. 1290).

los terceros. En razón de rectificar el error de los primeros jueces la Suprema Corte la fortifica con su autoridad. Tal es la decisión que relatamos, haciendo nuestras reservas (núm. 506). La Corte de Montpellier había validado una especificación concebida en los términos que los autores de la ley belga repudiaron como siendo evidentemente contrarios á la ley. Sin embargo, la Corte de Casación confirmó la sentencia atacada por motivo, que también consideramos erróneo, de que el juez del hecho había apreciado soberanamente que la indicación de los bienes dada por el título era suficiente para advertir á los terceros. Si se extendiera hasta allí el poder de apreciación de los tribunales resultaría que no habría ya especialidad.

510. Ya dijimos (núm. 499) que la insuficiencia de la especificación no está cubierta por la inscripción que sería conforme á la ley. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en este punto. Sin embargo, los autores más exactos, MM. Aubry y Rau enseñan que sucede de otro modo con una designación simplemente insuficiente de los inmuebles comprendidos en una constitución ya especial. Preguntaremos desde luego cómo una constitución de hipoteca puede ser especial cuando la designación de los inmuebles es insuficiente; esto sería una explicación insuficiente; es decir, nula, y, por tanto, la hipoteca sería nula; ¿y la inscripción de una hipoteca nula puede validar la hipoteca? Los editores de Zachariæ agregan que el deudor no podría prevalecerse de este vicio y que la nulidad podría repararse, en cuanto á los terceros, con ayuda de indicaciones más completas dadas en la inscripción. ¿En qué se funda esta excepción, pues que se trata de una excepción? Se cita una sentencia de la Corte de Pau que no dice lo que los autores parecen hacerla decir y que, en todo caso, no tiene ninguna autoridad, puesto que es contraria á la ley. El acta litigiosa decía que el deudor hipotecaba los bienes situados

en tal municipalidad, *tales como estaban inscriptos y confrontados en el catastro* (1) ¿Es una especialidad sencillamente insuficiente? Contestamos sin titubear, con los autores de la ley belga, que es nula, como contraria al texto formal de la ley. Lo que la Corte agrega para validar la especificación no hace más que agravar el vicio de que adolece. Era fácil, dice, al acreedor tomar conocimiento exacto y cierto de los inmuebles hipotecados recurriendo al catastro, y el deudor (el que invocaba la nulidad) no puede prevalecerse de una designación insuficiente. El sentencista tiene razón en decir que hay en esto un doble error. Desde luego el deudor puede pedir la nulidad de la hipoteca por falta de especialidad, como vamos á decirlo; en efecto, la especialidad no sólo se refiere al acreedor, la ley la hace base del régimen hipotecario; es decir, que es esencialmente de orden público. En segundo lugar el art. 2129 quiere que la especificación se haga en el título constitutivo de la obligación principal ó de la hipoteca: ¿con qué derecho permite la Corte al redactor del acta reportarse al catastro? La inscripción, en la especie, no especificaba la hipoteca como lo suponen los Sres. Aubry y Rau, y aun cuando lo hubiera hecho, le preguntaremos también ¿con qué derecho hacía una excepción á la ley que exige como condición de existencia de la hipoteca que sea especificada en el acta que la constituye? ¿En qué ley, en qué principio está fundada esta excepción? ¿y puede haberla sin texto en una materia de orden público?

511. ¿Cuál es la consecuencia de la falta de especialidad? En principio no hay duda. Nuestra Ley Hipotecaria no admite más que hipotecas especiales; luego decir que una hipoteca no es especial es decir que no existe; la ley no la

1 Pau, 23 de Agosto de 1843 (Daloz, en la palabra Renta constituida, número 202, 1.º) Compárese la crítica de Daloz, en la palabra Privilegios, número 1293.

reconocía. El texto y el espíritu de la ley están en este sentido. El art. 78 (Código Civil, art. 2129) dice que no hay hipoteca convencional válida más que la que declara especialmente los bienes en que está constituida. No se debe uno acoger de la palabra *válida* para inducir que la especialidad solamente está requerida para la *validez* de la hipoteca y no para su *existencia*; esta terminología pertenece á la escuela, se llama *inexistente*, el Código lo llama *nulo ó nulo de pleno derecho*; asimismo el acta válida es la que con relación á la ley tiene existencia y que además no adolece de ninguna forma de nulidad. Una acta que no es válida es, pues, la que no produce ningún efecto. El espíritu de la ley no deja ya ninguna duda acerca de este punto. La especialidad es de orden público; es, pues, de esencia de la hipoteca; una hipoteca no especial no es una hipoteca.

La doctrina está en este sentido; sólo que se debe hacer abstracción de la terminología. Grenier comienza por decir que una hipoteca general es nula; después dice que no produciría ningún efecto; estos son los términos del art 1131; implican que la hipoteca no especial no tiene existencia legal. Martou enseña que si la especialidad hace falta ó está juzgada insuficiente la hipoteca es *radicalmente nula*, como faltándole una de las condiciones substanciales de su existencia. (1) Esto es lo que se llama una acta inexistente.

512. La jurisprudencia no se preocupa ya de las teorías de la escuela. Sin embargo, se ha debido pronunciar por la nulidad radical de la hipoteca cuando hay falta ó insuficiencia de especialidad. Se trata de saber quién puede prevalecerse de la nulidad ó de la inexistencia de la hipoteca. Los terceros tienen este derecho; esto no es dudoso, puesto que en la práctica se considera la especialidad como establecida sobre todo y casi exclusivamente en interés de los terceros. Pero se pregunta si el deudor puede obrar en

1 Grenier, t. I, p. 84, núm. 65. Martou, t. III, p. 98, núm. 999.

nulidad. La solución depende del carácter de nulidad; si se admite, como hemos dicho, que la hipoteca es inexistente la consecuencia será que toda persona interesada, luego el deudor, podrá siempre oponer que la hipoteca no existe. Aunque hubiera nulidad propiamente dicha aun faltaría decidir que es absoluta, puesto que es de orden público; lo que conduce á la misma consecuencia en lo referente al deudor. (1) Pero si la especialidad sólo tiene por objeto resguardar los intereses de los terceros que tratan con el deudor debe inducirse que la nulidad es relativa y que, por consiguiente, no puede ser opuesta por el deudor. Esta última opinión parece prevalecer en jurisprudencia.

La Corte de Tolosa, al pronunciarse contra el deudor, invoca desde luego la equidad natural; en nuestro concepto hay que ponerlo fuera de causa cuando está en oposición con el derecho; diremos más adelante cuándo puede conciliarse con el rigor de los principios. Después la Corte dice que es de regla que las nulidades relativas no pueden ser opuestas más que por aquellos en favor de quienes la ley ha introducido la disposición cuya omisión da lugar á la nulidad. (2) Esto es verdad, pero queda por probar que la nulidad resultante de la falta ó de la insuficiencia de la especificación es relativa. La jurisprudencia, aun la de la Corte de Casación, sólo habla del interés de los terceros; ya hemos probado que esta apreciación es incompleta; la ley tiene cuenta de todos los intereses, y todos se confunden en uno solo: el de la sociedad; lo que decide nuestra cuestión. Hay una sentencia de la Corte de Bourges en este sentido. (3)

1 Martou, t. III, p. 93, núm. 999. Aubry y Rau, t. III, p. 280, nota 63, párrafo 266.

2 Tolosa, 6 de Marzo de 1819 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1299, 1.º) Compárese Gante, 25 de Enero de 1839 (Pasicrisia, 1839, 2, 13).

3 Bourges, 17 de Enero de 1816 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1300).

513. ¿Cuál será la consecuencia de la anulación de la hipoteca en lo que se refiere al acreedor? ¿Podrá pedir el reembolso del crédito ó una nueva hipoteca? La jurisprudencia está dividida en esta cuestión, así como los autores; la mayor parte la deciden contra el acreedor. Creemos, con Persil, que el acreedor tiene una acción para obtener una hipoteca ó la resolución del contrato y, por consiguiente, el reembolso de su crédito. (1) Persil invoca la intención de las partes contratantes; la del prestamista fué seguramente tener una hipoteca que le asegurara la restitución del dinero prestado, y el deudor no recibió el dinero más que bajo esta condición. Hay, pues, compromiso, y esta convención debe tener su ejecución. La Corte de Bruselas lo sentenció así. (2)

Troplong hace una objeción que nos sorprende ver reproducida por buenos autores. La hipoteca es nula, no puede ser reemplazada por el solo hecho del juez, pues las sentencias no crean convenciones, sólo las declaran. ¿Y qué se hace aquí? Se obliga al deudor á conceder otra cosa de lo que ofreció. El argumento es de extremada debilidad. ¿Qué ofreció el deudor? ¿Una hipoteca nula? Quiso dar al acreedor una garantía seria, y es ordinariamente por que la da demasiado garante por lo que resulta nula. El deudor constituye todos sus bienes en hipoteca sin especificar nada; ¿cuál es el sentido de este compromiso? Es que el deudor entiende ministrar al acreedor una garantía tan extensa como sea posible. Si esta hipoteca es nula ¿se dirá que no se puede obligar al deudor á especificar porque esto sería obligarle á conceder otra cosa de lo que ofreció? Esto no

1 Persil, t. I, p. 442, art. 2129, núm. 1. Compárese Grenier, t. I, núm. 67. En sentido contrario, Martou, t. III, p. 99, núm. 1000; Pont, t. II, p. 113, número 678, y Troplong, núm. 515.

2 Bruselas, 27 de Junio de 1821 (Pasicrisia, 1821, p. 412). En sentido contrario, Aix, 16 de Agosto de 1811 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 1346).