

grafarios nunca adquieren un derecho en los bienes de su deudor. Su derecho sólo nace cuando la quiebra civil ó mercantil; hasta entonces el deudor puede gravar sus bienes con créditos privilegiados, sin que los acreedores se puedan quejar de que disminuyen sus derechos; y si puede contraer nuevas deudas en su perjuicio no puede hacer revivir las deudas antiguas. Es esta última consideración la que nos parece decisiva.

Núm. 2. Aplicacion.

I. El pago.

361. El pago extingue la obligación principal si se paga toda la deuda; por consecuencia, los privilegios é hipotecas se extinguen. Hay excepción cuando el pago se hace con subrogación; la ley crea, en ese caso, una ficción en virtud de la cual está considerada como subsistente con sus accesorios; de modo que el subrogado ejerce todos los derechos, acciones, privilegios é hipotecas que pertenecen al acreedor contra el deudor. Nos translamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* acerca de esta difícil materia.

362. La aplicación del principio á la hipoteca legal del menor sufre alguna dificultad. Se pregunta si está extinguida por el corte de cuentas y el pago del saldo. La Corte de Bourges los juzgó así: su decisión fué casada. No se puede decir que el tutor esté liberado definitivamente por la rendición de la cuenta y el pago de lo que debe; en efecto, la cuenta puede estar incompleta; el menor tiene en este caso una acción de rectificación que se funda en la gerencia del tutor; esta acción dura diez años (art. 475), siendo sólo cuando se ha verificado la prescripción cuando el tutor estará liberado. Esto decide la cuestión de la hipoteca; cualquiera acción del menor contra el tutor por el punto de la

tutela está garantizada por la hipoteca que la ley le da para sus derechos y créditos. (1)

Esta solución levanta una nueva dificultad. La hipoteca del menor subsiste durante diez años contados desde la mayor edad (art. 475). ¿Es decir, que la inscripción también debe subsistir? Un primer punto nos parece cierto: que el menor llegado á mayor puede consentir la cancelación de la inscripción. Es capaz de disponer de sus derechos: nada impide, pues, que renuncie á su inscripción y aun á su hipoteca. Sin embargo, el derecho absoluto de disposición que pertenece al mayor está modificado en cuanto al menor que ha llegado á su mayor edad; la ley no le permite hacer con su tutor tratos que dispensen á éste de rendir su cuenta. Esta disposición del art. 472 ¿es aplicable al acta por la que el menor consiente la cancelación de su inscripción? Hemos examinado la cuestión al tratar de la cancelación de las inscripciones (núm. 165).

Distinta es la cuestión de saber si el tutor puede requerir la cancelación de la inscripción. Se enseña la afirmativa cuando se ha rendido la cuenta y pagado el saldo. Eso nos parece muy dudoso. Los tribunales no pueden pronunciar la cancelación de una inscripción hipotecaria sino en los casos previstos por la ley, y el art. 95 (Código Civil, artículo 2166) no les permite ordenar la cancelación sino cuando la inscripción debidamente hecha no tiene ya razón de ser porque los privilegios ó hipotecas están borradas por las vías legales. Una de esas vías es la extinción de la obligación principal, y el tutor no está liberado de sus obligaciones por el pago de los alcances, queda sometida á la acción hipotecaria durante diez años, y por todo el tiempo que subsista la hipoteca la inscripción debe igualmente subsistir. En vano se dice que la inscripción ha perdido *actualmente* toda razón de ser; esto no basta para que los tribunales de-

1 Casación, 21 de Febrero de 1833 (Martou, t. IV, p. 15, núm. 1337).

ban pronunciar la cancelación; la extinción debe ser definitiva (núm. 360) y sólo lo es después de diez años. Aun se invocan las disposiciones de nuestra ley que permiten al consejo de familia reducir y hasta cancelar la inscripción hecha en interés del menor; con mayor razón, se dice, el tutor puede exigir la cancelación cuando ha pagado el saldo de su cuenta. La ley contesta á la objeción: permite al consejo de familia ordenar la reducción ó la cancelación de la inscripción, pero bajo las condiciones y garantías determinadas por la ley; no permite al juez cancelar la inscripción en tanto que exista la hipoteca; lo cual es decisivo. Martou agrega que el menor podría hacer una nueva inscripción, puesto que subsistía su hipoteca. (1) Esta es una prueba de que la primera inscripción no puede ser cancelada. ¿Se concibe que el tribunal pronuncie la cancelación de una inscripción cuando el acreedor podría inmediatamente requerir otra? Esto es contradictorio y además contrario al espíritu de la ley. Quiere plenamente garantizar los intereses del menor; con este fin le da una hipoteca que tiene rango desde la apertura de la tutela, mientras que en la opinión que combatimos el menor pierde su rango y al perderlo corre el riesgo de perder el beneficio de su hipoteca.

363. La dación en pago extingue la deuda, luego la hipoteca también se extingue. ¿Pero qué se debe decidir si el acreedor está despojado de la cosa que ha recibido en pago? La cuestión está controvertida y hay duda. Nosotros creemos que la extinción es definitiva y que, por consecuencia, la hipoteca lo es también. La extinción es definitiva en el sentido de que la primera deuda queda extinguida. Es verdad que el acreedor tiene una acción de garantía contra el deudor, pero esta acción es diferente de la que tenía en virtud de la obligación originaria; no está asegurada por la hipoteca que garantizaba la deuda antigua; siendo ésta extin-

1 Martou, t. IV, ps. 17 y 18, núm. 1337.

guida la hipoteca no le puede sobrevivir. Se objeta la tradición. Loyseau y Domat enseñaban que la donación en pago no libera al deudor más que bajo la condición de que la propiedad de la cosa sea transmitida al acreedor; en esta teoría la liberación del deudor no es definitiva y, por tanto, la hipoteca no está extinguida cuando el acreedor está despojado. La tradición es una grande autoridad, pero hay que ver si el Código Civil la ha consagrado. Y hay una disposición que prueba lo contrario: según el art. 2038 «la aceptación voluntaria que el acreedor hizo de un inmueble ó de un vale cualquiera en pago de la deuda principal descarga al caucionante aunque el acreedor llegue á ser despojado.» Si el caucionante está descargado es porque la donación en pago extinguió la deuda, y si la deuda está extinguida las hipotecas y privilegios deben también estarlo. ¿Se concibe que la caución esté extinguida y que las garantías hipotecarias subsistan? La garantía personal y la garantía real son, una y otra, derechos accesorios; sería contradictorio que uno de los derechos accesorios subsistiera cuando el otro está extinguido. (1)

II. La novación.

364. La novación extingue la deuda principal y las hipotecas que le están ligadas, salvo en el caso en que el acreedor puede conservar las garantías hipotecarias del crédito antiguo. Esta reserva da lugar á dificultades que ya hemos examinado en el título *De las Obligaciones* (tomo XVIII, núms. 330 y 332).

La doctrina y la jurisprudencia admiten una novación particular para la hipoteca legal de la mujer. (2) Cuando

1 Aubry y Rau, t. III, p. 487, nota 4, pfo. 292. En sentido contrario, la mayor parte de los autores, especialmente Martou, t. IV, ps. 12 y siguientes, número 1336.

2 Aubry y Rau, t. III, p. 247, pfo. 264 ter.