

Cuando la constitución de hipoteca es anterior al periodo sospechoso, el art. 446 es inaplicable; pero si la inscripción se hace durante este periodo, esta inscripción puede ser anulada en virtud del art. 448, párrafo 2º V. núms. 1055 y siguientes.

1040. *Hipoteca judicial.* Cuando se dicta una sentencia de condenación contra el deudor en el periodo sospechoso, la hipoteca que resulta de ella es nula de derecho. El art. 446, párrafo 3º que dá esta decisión, parece, si se le toma á la letra, distinguir para la hipoteca convencional, como para la hipoteca judicial, según que la deuda garantizada por esta hipoteca ha sido ó no anteriormente contraída. Pero esta distinción es inaplicable, las sentencias no hacen sino comprobar deudas preexistentes y así, en principio, la hipoteca judicial garantiza siempre deudas anteriores.—El legislador no quiere que en presencia de una quiebra inminente, los acreedores presentes se crean con derecho de preferencia con perjuicio de los acreedores lejanos, obteniendo una sentencia de condenación contra el deudor. Se hubiera podido, por lo demás, temer una colusión á consecuencia de la cual un deudor, que no puede constituir una hipoteca convencional válida durante el periodo sospechoso, se dejaría perseguir judicialmente, á fin de permitir á su acreedor obtener una hipoteca judicial.

1041. *Derechos de prenda.* La prenda se considera como la hipoteca convencional y no es, por consiguiente, nula de derecho sino cuando es constituida para seguridad de una deuda anterior.¹ La prenda de una cosa corporea no se considera como anterior á este periodo, si es civil, sino en tanto que el acta constitutiva ha adquirido fecha cierta antes de su principio (art. 2074 del Cód. civil); para

¹ El art. 446 toma la palabra *prenda* como epuesta á *anticresis*. El Código civil, al contrario (arts. 2071 y 2072) comprende bajo el nombre de prenda á la vez la prenda y la anticresis.

la prenda comercial el juez determina libremente en qué fecha ha sido constituida. Pero no hay que tomar en cuenta la fecha en que la cosa dada en prenda ha sido entregada al acreedor; desde que la afectación de la cosa ha sido hecha al mismo tiempo que la deuda, el art. 446 es inaplicable, aun cuando el acreedor no sea puesto sino posteriormente en posesión, la entrega de la cosa no podría ser atacada sino en virtud del art. 447. En efecto, solo porque hay concomitancia entre la convención que afecta la cosa al acreedor prendario y el nacimiento de la deuda, hay entre ésta y la constitución de prenda un vínculo indivisible que debe impedir anular la prenda cuando la deuda subsiste.¹

Asímismo, en caso de constitución de prenda de un crédito, es necesario referirse á la fecha del acta constitutiva, sin tomar en cuenta ni la fecha de la entrega del título al acreedor prendario,² ni la de la de la notificación hecha en virtud del art. 2075 del Código civil.

Según lo que se ha dicho antes (núm. 1034), el endoso de un warrant hecho á su acreedor por el comerciante que lo ha desprendido de un recibo equivale á constitución en prenda de las mercancías; así es nulo de derecho, si es posterior al nacimiento de la deuda garantizada.

1042. *Derechos de anticresis.* Si la anticresis no da un privilegio al acreedor, le confiere por lo menos un derecho de retención. Siendo oponible este derecho á los acreedores quirografarios y aun hipotecarios, puede dañarlos; he aquí porqué la ley anula la constitución de anticresis hecha durante el periodo sospechoso después de que la deuda ha sido contraída.—Para ser considerada como anterior á este periodo, es necesario que el acta constitutiva de anticresis

1. Casación, 20 Enero 1886, S. 1886.—1—305—J, pal. 1886—732 y nota de Ch. Lyon Caen.

2. Véase la nota precedente.

haya adquirido fecha cierta antes de que ella comience; pero poco importa que la transcripción de esta acta [art. 2, Ley de 23 de Marzo de 1855] no haya sido operada sino durante este período.

1043. *Hipotecas legales.* El art. 446 no prevee estas hipotecas; les es, por consiguiente, inaplicable. Las circunstancias en las cuales nacen, impiden toda sospecha de fraude: no se puede suponer que un comerciante se ha casado ó aceptado una tutela durante el período sospechoso, á fin de dañar á sus acreedores, haciendo nacer una hipoteca legal sobre sus inmuebles. Por otra parte, la hipoteca legal nace siempre ó con los créditos que garantiza ó anteriormente á ellos, lo que bastaría para hacer inaplicable el art. 446¹. No es esto decir que la ley no vea en caso de quiebra, con cierto desfavor las hipotecas legales como los demás derechos de preferencia. Así, restringe en caso de quiebra del marido, la hipoteca legal de la mujer á ciertos créditos y á ciertos inmuebles. V. art. 563 del Cód. de comercio.

1044. *Privilegios.* El art. 446 no menciona tampoco otros privilegios que el del acreedor prendario; en consecuencia están al abrigo de la nulidad, á menos que alcance el acto que les da nacimiento. Los privilegios, con excepción del del prendario, nacen, en efecto, sin la voluntad del hombre y al mismo tiempo que la deuda que garantizan. Así, el arrendamiento concluído durante el período sospechoso, no confiere menos un privilegio al arrendador, á menos que el arrendatario sea anulado en virtud del art. 447. Por lo demás, por disfavor para todo lo que rompe la igualdad entre los acreedores, el Código (art. 550) suprime el privilegio del vendedor de muebles en caso de quiebra del

1. Hay dificultades especiales al caso en que la mujer se obliga solidariamente con su marido durante el período sospechoso y subroga al acreedor en beneficio de su hipoteca legal.

comprador y restringe, en cuanto á los acreedores garantizados, el privilegio del arrendador de inmuebles.

1045. *Nulidades facultativas.* Al lado de las nulidades de derecho que hieren los actos enumerados por el art. 446, el 447 admite nulidades facultativas para el juez. En principio, las nulidades facultativas se aplican á todos los actos ejecutados desde la fecha de la suspensión de los pagos, con excepción de los actos nulos enumerados limitativamente en el art. 446 y de las inscripciones de privilegios é hipotecas, para las cuales hay una nulidad regida por reglas especiales (art. 448 párrafo 2).

El art. 447, que no hace una enumeración limitativa como la del art. 446, menciona los pagos de deudas vencidas hechos en dinero ó efectos de comercio; los demás pagos son nulos de derecho (núms. 1031 y siguientes). Autorizando al juez á anular los pagos de deudas vencidas, el art. 447 deroga las reglas del derecho civil. Según estas reglas (art. 1167 del Cód. civil), por lo mismo que un acreedor puede exigir su pago ó practicar vías de ejecución si no es pagado, los pagos no pueden jamás ser anulados. Pero, en caso de quiebra, se atiende el legislador á la igualdad entre los acreedores y no quiere que algunos más diligentes ó que habitan un lugar más cercano á la residencia del deudor, sean desinteresados con perjuicio de los demás. Si el deudor es demandado, no tiene, para escapar á las demandas, sino que presentar su balance. Sin embargo, el Código (art. 449) no admite la nulidad del pago de una letra de cambio ó de un pagaré. V. después, núms. 1049 y siguientes.

Al lado de los pagos de las deudas vencidas en dinero ó efectos de comercio, el art. 447 prevee, en una formula general, *cualesquiera otros actos á título oneroso*; el art. 447 no puede concernir sino á los actos á título oneroso, puesto que el art. 446 alcanza á todos los actos á título gratuito (núm. 1029). Se pueden citar, como ejemplos de actos heridos de una nulidad facultativa: las ventas á vil precio hechas por el fallido, las compras á precios exagerados, las remisiones hechas en cuenta corriente

(estas son, si no pagos (núm. 1032), por lo menos operaciones á título oneroso), las constituciones de hipoteca, de prenda, de anticresis hechas para seguridad de deudas contraídas, ya al mismo tiempo, ya posteriormente.

1046. *Condiciones de las nulidades facultativas del art. 447.* Los actos que caen bajo el golpe del art. 447 son actos normales de la vida del comerciante; ellos no provocan sospecha como los que hieren el art. 446. Anulándolos de pleno derecho, se arriesgaría atentamente al crédito de los comerciantes; por lo demás, dañan menos á los acreedores, por lo mismo que el que los ejecuta no da sin recibir una cosa en cambio. Así la ley se manifiesta menos severa para estos actos que para aquellos á que se aplica el art. 446. Se exigen tres condiciones para que sea declarada la nulidad del art. 447. Es necesario.

1º *Que el que ha tratado con el fallido haya tenido en el momento de la operación, conocimiento del estado de suspensión de pagos.* Desde que los terceros conocen este estado, deben evitar contratar ó recibir un pago, á fin de no empeorar la situación del deudor. Este conocimiento del estado de cesación de los pagos constituye el fraude en materia de quiebra.

2º *Que el acto haya sido ejecutado después de la fecha de la cesación de los pagos.* El periodo sospechoso no comprende, como para las nulidades de derecho, los diez días anteriores á esta fecha. La razón es muy sencilla: es necesario que el tercero que ha tratado con el fallido haya conocido el estado de cesación de pagos; este estado no puede ser conocido antes de haber comenzado á existir.

3º *Que el juez estime bueno declarar la nulidad.* Aunque estén reunidas las dos condiciones precedentes, puede el juez no declarar la nulidad. Hay razones diversas que lo determinan á veces á hacerla á un lado; así, es posible que no haya habido perjuicio real para la masa de los acreedores ó que haya habido solamente un perjuicio restringido ó que se reconozca que el tercero no ha sido realmente de mala fé, porque ha podido creer le-

gítimamente que el estado de suspensión de pagos era pasajero y no terminaría en una declaración de quiebra.

Es cierto, por más que el art. 447 no reproduzca las palabras del 446, *respecto de la masa*, que las nulidades del art. 447 no son así declaradas sino respecto de la masa, que ella sola, representada por los síndicos, puede aprovecharse de ellas, sea con exclusión del fallido, sea de cada acreedor considerado individualmente.

Los acreedores que constituyen la masa pueden encontrarse en presencia, no de la persona que ha tratado directamente con el fallido sino de un tercero que ha tratado con esa persona; lo que acontece cuando el adquirente á título oneroso de un bien del fallido lo ha enajenado él mismo en provecho de un sub-adquirente. ¿Con qué condición puede éste ser alcanzado por la acción de nulidad? Parécenos justo distinguir, según que el sub-adquirente ha adquirido á título gratuito ó á título oneroso. En el primer caso, no es necesario que haya conocido la suspensión de pagos; en el segundo es necesario, conforme al art. 447, que haya tenido conocimiento de ella. Es necesario, por otra parte, para que surja esta cuestión, que la enajenación y sub-enajenación se hayan verificado durante el periodo sospechoso.¹

1047. *Dificultad especial relativa á las donaciones hechas en favor del matrimonio.* En general, es fácil determinar si un acto es á título gratuito y cae como tal bajo la aplicación del art. 446, ó es á título oneroso y es alcanzado en esta cualidad por el art. 447. Sin embargo, hay un acto con motivo del cual se discute desde hace largo tiempo² la donación hecha en favor del matrimonio ó la constitución de dote. La cuestión de si este acto debe ser tratado como acto á título gratuito ó acto á título oneroso se presenta desde el punto de vista de la acción pauliana, en la

1. Arts. 978 y 979 del Cód. de Comercio; 1687 á 1689 del Civil del D. F. de México.

2. Dig. 42, tít. 8, l. 25 párrafo 7.

cual no tenemos que ocuparnos aquí¹; también se suscita á propósito de los arts. 446 y 447, cuando se pregunta si este acto es nulo de derecho ó está herido de una nulidad facultativa en caso de quiebra del que ha constituido la dote. Creemos que la donación en favor del matrimonio debe ser tratada como un acto á título gratuito y herida como tal de una nulidad de derecho, cuando se ha ejecutado durante el periodo sospechoso. El legislador ha querido proteger enérgicamente la masa de los acreedores contra los actos por los cuales el fallido se ha despojado sin recibir nada en cambio. ¿No es esto lo que sucede en caso de constitución de dote? Por lo demás las donaciones ordinarias *intervivos* son muy raras sobre todo de parte de los comerciantes; sería singular que el legislador, al hablar de las donaciones, no hubiera tenido en mira las únicas liberalidades frecuentes, las que se hacen á título de constitución de dote. Se ha argumentado á veces contra esta solución con el art. 1440 del Código civil, que pone á cargo del constituyente la obligación de garantía, obligación especial de los actos á título oneroso. Este argumento carece de valor: de que el donante de que se trata esté más obligado que un donante ordinario, no se deduce que no se despoje gratuitamente. La cuestión no se suscita solamente respecto de la persona dotada; se suscita también para su conyuge. ¿La constitución de dote es también nula de derecho respecto de éste último? Así un padre ha dado en dote un inmueble á su hija y el marido lo tiene en goce, porque este inmueble es propio ó dotal. Siendo el acto nulo de derecho en virtud del art. 446, ¿desaparece el goce del marido con la propiedad de la mujer? Conforme á la opinión más común se admite que la constitución de dote no es un acto á título gratuito respecto del marido que, en cambio de la dote, debe soportar las cargas del matrimonio sobre las rentas de ésta; se concluye de aquí que el marido conserva su derecho de goce, si no ha conocido el estado de suspen-

1. Demolombe, tom. XXV, núms. 207 y siguientes; Laurent, tom. XVI, núms. 455 y siguientes.

sión de pagos del constituyente. Pero opinamos que la nulidad de derecho hiere la constitución de dote, aun respecto del conyuge de aquel en cuyo provecho ha sido hecha. La obligación del marido de soportar las cargas del matrimonio tiene su causa en el matrimonio mismo, no en las liberalidades hechas á la mujer. Por lo demás, el motivo del art. 446 deducido del interés de la masa gravemente lesionada, cuando el fallido se ha despojado, sin recibir un equivalente, se aplica aquí á pesar de las cargas que pueden incumbir al marido y hacer la nulidad más rigurosa á su respecto.

1048. *Comparación del art. 447 con el 1167 del Código Civil.* La disposición del art. 447, por lo mismo que es menos severa que la del art. 446., ofrece más analogía con la acción pauliana del art. 1167 del Código Civil. Hay sin embargo, notables diferencias entre las nulidades facultativas y la acción pauliana. *a.* Para la aplicación del art. 1167 es necesario que el deudor haya conocido su estado de insolvencia. El conocimiento de su situación por el deudor (su fraude) no es más exigido para la aplicación del art. 447 que para la del 446. *b.* El fraude de los terceros no consiste, como para la acción pauliana, en el conocimiento del perjuicio que el deudor causa á sus acreedores, sino en el conocimiento del estado de cesación de pagos. *c.* Los pagos regulares están al abrigo de la acción pauliana, ellos pueden ser anulados en virtud del art. 447. *d.* Es dudoso que los acreedores anteriores al acto fraudulento puedan ejercitar la acción pauliana ó aprovecharse de su ejercicio cuando ella es intentada. Al contrario, es cierto que todos los acreedores, cualesquiera que sean las fechas á que remontan sus créditos, aprovechan la nulidad pronunciada en virtud de los artículos 446 y 447.

1049. *Regla especial al pago de las letras de cambio y de los pagarés.* La regla contenida en el art. 447 conduciría á anular el pago de una letra de cambio ó de un pagaré hecho después del vencimiento por un girado ó por un suscriptor en estado de cesación de pagos á un portador que conocía este estado y á hacer

restituir por éste á la quiebra la suma pagada. Esto sería injusto y tendría consecuencias rigurosas para el portador. El está obligado, en virtud de la ley misma, á pedir y recibir el pago al vencimiento (art. 161). Además, siendo pagado el portador, no hace por esto mismo formular protesto; si debiera restituir lo que ha recibido, sería privado del derecho de recurrir contra los endosantes y contra el girador que hubiera hecho provisión. La ley podría sin duda restituirlo contra esta caducidad. Pero los endosantes, que han debido creerse definitivamente liberados de su obligación de garantía, á causa del pago hecho al portador, serían sorprendidos por el recurso intentado en su contra y, por lo demás, el recurso del portador podría ser ineficaz á consecuencia de la insolvencia de estas personas, ocurrida después del vencimiento. Por lo demás, para facilitar la circulación de los efectos de comercio, que deben de pasar de mano en mano como la moneda, importa asegurar la irrevocabilidad del pago. Estas consideraciones han hecho insertar en el Código, en 1838, la disposición del art. 449 así concebida. *En el caso en que se hayan pagado letras de cambio después de la época fijada como la de cesación de pagos y antes de la sentencia declaratoria de quiebra, la acción de restitución no podrá intentarse sino contra aquel por cuya cuenta se hubiera suministrado la letra de cambio. Si se trata de un pagaré, la acción no podrá ejercitarse sino contra el primer endosante. En uno y otro caso, deberá rendirse la prueba de que aquel á quien se pide la restitución tenía conocimiento de la cesación de pagos.*

1050. Rehusando la acción de restitución contra el portador, el art. 449 deroga solamente el 447; pero no introduce excepción alguna á las nulidades de derecho ni á los efectos de la desposesión. Resulta de aquí: *a.* Que el pago de una letra de cambio ó de un pagaré hecho por el girado ó por un suscriptor, es nulo respecto de la masa, si se ha operado después de la declaración de quiebra (el art. 449 habla del pago hecho antes de la sentencia declaratoria). *b.* Que el pago hecho al portador antes del ven-

cimiento es nulo de derecho. *c.* Que el art. 446 alcanza también al pago hecho, aun al vencimiento, de otro modo que en dinero. Estas dos últimas especies de pago son insólitas y el portador no está obligado ni á pedir las ni á recibir las.

1051. Si la acción de restitución es rehusada por el art. 449 contra el portador que ha recibido el pago aun conociendo la cesación de pagos, no es esto decir que la acción no pueda ser ejercitada: puede serlo contra ciertas personas bajo las condiciones fijadas por el art. 449. Es necesario, para determinar estas personas y estas condiciones, distinguir entre la letra de cambio y el pagaré.

En materia de letra de cambio, según el art. 449, la acción de restitución se da contra la persona *por cuya cuenta se ha ministrado la letra de cambio*, es decir, se ha girado. Se emplea esta circunlocución, para comprender en una fórmula única el caso en que la letra de cambio ha sido emitida por el girador por su cuenta y aquel en que lo ha sido por el girador por cuenta de un dador de orden: en el primer caso, la acción de restitución se concede contra el girador; en el segundo, lo es contra el dador de orden. Cuando se trata de un pagaré, según el artículo 447, la restitución de la suma pagada puede ser demandada al primer endosante, es decir, al beneficiario mismo del pagaré en provecho de quien ha sido creado.

Lo que justifica la acción de restitución dada contra estas personas, es que, aunque ellas no hayan recibido el pago, ellas son, en realidad, quienes han sido pagadas por manos del portador. El girador (ó el dador de orden), ó el beneficiario del pagaré eran los verdaderos acreedores del girado ó del suscriptor; los endosantes sucesivos y el portador no han sido sino intermediarios.

La nulidad especial admitida por el art. 449 es facultativa, como las del art. 447. Además, ella supone necesariamente que aquel á quien se pide la restitución tenía conocimiento de la cesación de los pagos *al tiempo de la emisión del título* y que, por consiguiente, la emisión es posterior á la fecha de la cesación de

pagos. Se entiende por emisión del título el hecho mismo de la creación de la letra de cambio ó del pagaré. Se comprende, en general, que en este momento la ley exija el conocimiento de la cesación de pagos: á partir de la subscripción de la letra ó del pagaré, el girador ó el suscriptor no tienen ya ningún papel activo, el efecto circula sin su intervención. Pero el sistema del art. 449 en este punto no se justifica mucho en lo que concierne á las letras de cambio giradas por cuenta de otro; en efecto, el dador de orden está sometido á la acción de restitución cuando ha conocido la cesación de pagos del girado, al tiempo de la emisión y sin embargo no ha desempeñado un papel activo sino en el momento en que ha dado la orden de girar la letra.

Resulta, en efecto, del art. 449, que la restitución de la suma pagada es rara vez debida en materia de letras de cambio y de pagarés; es raro, en efecto, que concurren todas las circunstancias exigidas por el art. 449.

1052. La disposición del art. 449, derogatoria del 447, se aplica ciertamente al caso en que el pago se hace antes de todo protesto por el girado ó por el suscriptor del pagaré á un tercer portador. Es cierto, por el contrario, que el art. 449 es extraño al caso muy raro en que, no habiendo circulado el título, se ha hecho el pago al beneficiario del pagaré ó al girador de la letra. Los motivos del art. 449 hacen falta entonces: la restitución de la suma pagada, hecha por el que la ha recibido, no compromete ningún recurso y no daña la circulación de los efectos de comercio. Ha lugar á aplicar en este caso la regla general del art. 447 sobre el pago en dinero de deudas vencidas.

En casos bastante frecuentes, se pregunta si debe aplicarse el art. 447 ó el 449; esto es lo que se verifica particularmente cuando el girado ó el suscriptor del pagaré ha pagado *después* del protesto, cuando, después de haber hecho extender el protesto, el portador se ha hecho pagar, sea por un endosante, sea por el girador en estado de cesación de pagos, cuando un endosante, después de haber reembolsado al portador, se hace pagar por un

endosante precedente, por el girador ó por el beneficiario del pagaré.

Algunos autores y la jurisprudencia ¹ aplican en estos diversos casos el art. 447, restringiendo el art. 449 al caso en que ha sido hecho el pago antes de todo protesto. En este sentido se dice principalmente que, desde que hay protesto, la persona que ha recibido el pago no tiene que sufrir la restitución, puesto que tiene un recurso contra los demás signatarios del título; que desde entonces, no hay razón para derogar el art. 447. Se añade especialmente que el art. 449 no sería jamás aplicable en caso de pago hecho por un endosante en estado de cesación de pagos; porque es imposible que, al tiempo de la emisión del título, los endosantes futuros sean conocidos y que el girador ó el beneficiario del pagaré tenga conocimiento, por consiguiente, de su situación.

A pesar de estos argumentos, creemos que, sin hacer ninguna distinción, el pago de una letra ó de un pagaré hecho después de la cesación de pagos del *solvens* no puede ser anulado, en virtud del art. 447 y que el 449 es siempre aplicable. ² Los términos del art. 449 son tan generales como es posible: no indican de ningún modo que supone la ausencia del protesto y que prevee exclusivamente un pago hecho por el girado ó por el suscriptor. No se podría decir entonces que los motivos de la disposición de favor del art. 449 hacen falta: el deseo de no obligar al que ha recibido el pago á restituir una suma que no podría recobrar por vía de recurso en razón de la ausencia de protesto, ha sido ciertamente uno de los motivos principales del art. 449; pero no es éste el único. Se ha dicho en 1838 que se quería favorecer la circulación de las letras de cambio y de los pagarés, haciendo el pago inatacable; este motivo existe aun cuando haya habido

1. Cas. 15 de Mayo y 27 de Noviembre de 1867, D. 1867, t. 417; *J. Pal.* 1867. Cas 1^o Diciembre de 1879, S. 1880. t. 158, *J. pal.* 1880. 360.

2. Tal ha sido durante largo tiempo el sistema adoptado por la Corte de casación.