

en la consolidación; es decir, en la adquisición que hace de la plena propiedad el que tenía en la cosa un desmembramiento del derecho de propiedad. Esta es la reunión de dos derechos que no pueden coexistir en un mismo individuo; se le llama consolidación cuando se trata de derechos reales, mientras que la palabra *confusión* solo se emplea en materia de obligaciones.

405. Para que la consolidación extinga la hipoteca es necesario que sea definitiva. Si la adquisición que arrastró la extinción de la hipoteca por consolidación está rescindida ó resuelta la confusión de las calidades de propietario y acreedor hipotecario en el mismo individuo están como si nunca hubieran existido. Lo mismo sería si el contrato de adquisición estuviera revocado en virtud de una causa que retrotrae. Acerca de estos puntos todos están acordes. ¿Pero qué debe decidirse si el propietario está privado de su propiedad por una causa que no retrotrae? Se enseña que, en este caso, el efecto de la condición subsiste y que, por consiguiente, la hipoteca queda extinguida. En nuestro concepto hay que aplicar los principios que rigen la confusión; trasladamos á lo dicho del art. 105 (Código Civil, art. 2171; núms. 314-316). (1)

§ IX.—DE LA PÉRDIDA DE LA COSA.

*Núm. 1. Principio.*

406. Los privilegios y las hipotecas son derechos reales, y todo derecho real se extingue con la pérdida de la cosa que está gravada con él. Nuestra Ley Hipotecaria consagra una aplicación de este principio en materia de privilegios mobiliarios. Los privilegios de gastos conservatorios y del precio de venta se extinguen cuando los objetos mue-

1 Compárese Durantón, t. XX, p. 573, núms. 333-338.

bles que están gravados se convierten en inmuebles por destino ó incorporación. La destrucción de la cosa, en este caso, es civil más bien que material. Con más razón el privilegio, así como la hipoteca, se extingue cuando la cosa mueble ó inmueble que está gravada queda destruida de modo que ya no exista.

407. El principio es evidente, pero la aplicación del principio ha suscitado serias dificultades. Se ha preguntado si la hipoteca constituida en una casa se extingue cuando la casa se vende para ser demolida. Hay que distinguir cuál es el objeto de la venta. Cuando un municipio ó un establecimiento público, tal como un hospicio, quieren vender terrenos construidos, pueden vender, ya sea el terreno con la construcción ó primero la construcción y luego el terreno. Si el fundo está vendido tal cual está no puede tratarse de extinción de hipoteca; ésta subsiste en el fundo construido, y si el adquirente demole para volver á construir la hipoteca recaerá en la nueva construcción. Para que haya lugar á la dificultad hay que suponer que la venta tiene por objeto que la superficie construída sea demolida. Esta venta es mueble; es decir, que desde el instante de la venta y antes de la demolición la hipoteca quedará extinguida en la construcción como tal? Nó, la venta es mueble entre las partes contratantes, porque el comprador compra la casa para demolerla; es decir, materiales; pero para con los terceros la casa permanece lo que es: un inmueble por incorporación; el Código dice aun por naturaleza (art. 518). Síguese de esto que el acreedor hipotecario conserva su hipoteca, puede ejercer su derecho de prosecución en el inmueble contra el tercer adquirente; en vano dijera éste que no es tercero detentor de un inmueble, que es comprador de los materiales que componen el edificio. Esto es verdad para con el vendedor, pero la venta no puede ser opuesta al acreedor que no figuró en ella. Para con él el comprador



detiene la cosa que le está hipotecada, luego puede perseguirlo como detentor. La Corte de Bruselas ha sentenciado en este sentido y ha consagrado otra consecuencia del mismo principio en lo que se refiere á la purga. Puesto que la hipoteca subsiste el adquirente es un tercero detentor, obligado como tal; es decir, que el acreedor tiene el derecho de expropiarlo, tiene que purgar ó pagar ó, si há lugar, abandonar la heredad. Se objetaba, en el caso, que el acreedor hipotecario no podía ya promover contra el tercero detentor desde que la casa estaba demolida, puesto que el tercero no era ya detentor del fundo hipotecado y que los objetos muebles procedentes de la demolición no eran prenda del acreedor hipotecario. La objeción hubiera sido fundada si el acreedor hipotecario hubiera querido expropiar los materiales, pero sólo se trataba de saber si el acreedor tenía derecho en el precio que el tercero detentor le había ofrecido; y este derecho no le podía ser contestado, puesto que el precio era la representación de una parte de su prenda y la prenda había permanecido inmueble hasta el momento en que el acreedor había aceptado la oferta del tercer adquirente. (1)

408. Se presenta una dificultad más seria. La cosa gravada con el privilegio ó la hipoteca perece; el propietario tiene una acción por reparación del daño, ya sea contra una compañía de seguros ó contra el autor del perjuicio. Se pregunta si los acreedores privilegiados ó hipotecarios tienen un derecho en la indemnización que se debe al propietario. La cuestión, controvertida bajo el imperio del Código Civil, está resuelta por la ley belga; es el objeto del art. 10 el que vamos á examinar.

1 Bruselas, 3 de Mayo de 1862 (Pasierisia, 1862, 2, 260).

*Núm. 2. De la indemnización á que tienen derecho los acreedores en caso de pérdida de la cosa.*

409. El art. 10 supone que un inmueble, unas cosechas ó unos efectos mobiliarios están gravados con un privilegio ó una hipoteca; estas cosas llegan á perecer por un incendio ú otra plaga, contra cuyos riesgos habían sido aseguradas. Se pregunta si la indemnización debida al asegurado quedará gravada para el pago de los créditos privilegiados ó hipotecarios. Bajo el imperio del Código Napoleón la cuestión estaba controvertida; la opinión que prevalecía en la jurisprudencia y en la doctrina negaba todo derecho de preferencia en la indemnización á los acreedores hipotecarios ó privilegiados. Sólo tenían derecho, se decía, en el inmueble ó la cosa mueble afectada á la garantía de su crédito; llegando á perecer la cosa gravada por la garantía su derecho se extinguía; la indemnización debida por las compañías de seguros era un crédito del asegurado; por consiguiente, prenda de todos sus acreedores. En vano los hipotecarios decían que la indemnización debida al asegurado reemplazaba el precio y debía serles distribuido de preferencia á los acreedores quirografarios, puesto que representaba el inmueble; se contestaba que la indemnización no era un precio; que el asegurador debía la indemnización por razón de la prima que recibía en virtud del contrato de seguro, y que este contrato era absolutamente extraño á los acreedores privilegiados é hipotecarios. En efecto, el derecho á la indemnización sólo toma nacimiento en el momento en que la cosa gravada con el privilegio ó hipoteca no existe ya y cuando el derecho de los acreedores en la cosa se ha extinguido. (1) No entraremos en este debate, puesto

1 Véanse las autoridades en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Seguros terrestres, núms. 84 y 70. Martou, t. I, p. 263, núm. 261. Lieja, 24 de Noviembre de 1831 [Pasierisia, 1831, p. 315]. La jurisprudencia francesa está en p. de D. TOMO XXXI—55



que está concluido. Todos reconocían bajo el imperio del Código Civil que el legislador hubiera debido subrogar la indemnización á la cosa que formaba la prenda especial de los acreedores privilegiados é hipotecarios; en teoría no hay ninguna razón para atribuir la indemnización á la masa quirografaria, mientras que las hay buenas para mantener el derecho de los acreedores privilegiados é hipotecarios. Estos habían tratado en vista del derecho de preferencia que la ley ó la convención les aseguraba; ordinariamente esta garantía se realiza por la venta de la cosa gravada con el privilegio ó la hipoteca; si ésta llega á perecer es justo que el derecho de preferencia subsista en la indemnización. Aun puede invocarse un motivo de derecho en el que no se insistió bastante en los debates. Cuando una cosa determinada que es objeto de un contrato translativo de propiedad llega á perecer por un accidente el acreedor, convertido en propietario en virtud de su contrato, tiene derecho á todas las acciones por indemnización que pertenecen á su autor y que le son transmitidas con la cosa (art. 1303, y tomo XVIII, núm. 511). Y el acreedor hipotecario es un propietario, tiene derecho á un desmembramiento de la propiedad; si la cosa llega á perecer la indemnización debida por el asegurador le pertenece en la medida de su derecho real. No es una subrogación como se ha dicho, es una dependencia de la propiedad. (1)

410. El art. 10 agrega una reserva ó una condición al derecho que concede á los acreedores privilegiados é hipotecarios: "Si la suma debida por el asegurador no está aplicada por él á la reposición del objeto asegurado." ¿Cómo debe entenderse esta disposición? Presenta una dificultad de principio. Se pregunta si las compañías de seguros tienen el

este sentido. Denegada, 20 de Diciembre de 1859 (Daloz, 1860, 1, 68), y 31 de Diciembre de 1862 (Daloz, 1863, 1, 423). Modificamos en este sentido la opinión emitida en el t. XVIII, núm. 512

1 Compárense los trabajos preparatorios y Martou, t. I, p. 264, núm. 262.

derecho de emplear la indemnización en la reparación de los objetos asegurados. Ordinariamente estipulan que tendrán elección en reparar la cosa ó pagar la indemnización; en este caso no hay ninguna duda, puesto que el asegurador tiene un derecho convencional. ¿Es este el único caso que preocupó al legislador? Así se ha pretendido, pero la reserva así interpretada no tiene ya sentido. En efecto, si el asegurador usa de la facultad que le da la convención de reponer la cosa ya no es deudor de la indemnización; y era, seguramente, inútil decir que la indemnización no quedará afecta al pago de los acreedores en el caso en que ninguna indemnización se deba al deudor. Para que la reserva tenga un sentido hay que suponer que ninguna estipulación se hizo relativa á la reposición de los objetos asegurados y que en el silencio de la convención el asegurador tenga, no obstante, el derecho de aplicar la indemnización á la reposición; lo que equivale á decir que el derecho de reponer pertenece al asegurador en virtud de la ley. Esto se comprende; la reposición da satisfacción á los derechos del propietario y de sus acreedores á la vez que cumple la obligación contraída por el asegurador. En efecto, ¿á qué se obliga éste? A indemnizar al asegurado el daño que le causó el siniestro; y la indemnización se consume reparando la cosa, restableciéndola en el estado que tenía antes del siniestro; los acreedores por su parte no tienen nada que reclamar, puesto que su garantía permanece lo que era. Todos los intereses están satisfechos. Pero para que así sea es necesario que la reposición se haga de modo que la cosa quede restaurada en su primitivo estado; la ley hubiera, pues, debido dar á las partes interesadas, al asegurado y á los acreedores el derecho de intervenir; esto hubiera sido una garantía á la vez que un medio de evitar toda contestación. (1)

1 Martou, t. I, p. 264, núm. 263. En sentido contrario, Cloes, t. I, p. 152, núms. 267 y 268.



411. La ley dice que la indemnización debida por las compañías de seguros está distribuida entre los acreedores privilegiados ó hipotecarios. No distingue por quién fueron asegurados los objetos. ¿Se pregunta quién tiene el derecho ó la obligación si hay lugar de asegurar la cosa? Ya hemos encontrado la dificultad en el caso en que la cosa está gravada de usufructo; lo que hemos dicho del usufructuario se aplica por identidad de motivos al enfiteuta y al superficiario (tomo VI, núm. 538). ¿Qué debe decirse de los acreedores privilegiados é hipotecarios? No puede tratarse de una obligación de estos acreedores en asegurar la cosa, puesto que no la poseen ni tienen obligación de conservarla. Aun es dudoso que tengan este derecho; la cuestión está controvertida. En nuestro concepto los acreedores privilegiados é hipotecarios no pueden asegurar más que lo que les pertenece; es decir, el desmembramiento de la propiedad que tienen estipulada ó que la ley les concede; estando la propiedad desmembrada todos los que tienen una fracción de ella tienen, por esto mismo, la facultad de asegurarla. Cada acreedor puede, pues, asegurar la cosa en los límites de su derecho, pero no puede ir más allá y asegurar la propiedad de la cosa, no tienen en ello derecho ni interés. Decimos que no tienen derecho. No pueden invocar un mandato, como se ha hecho con el usufructuario, puesto que no son poseedores. Se ha pretendido que tenían calidad de obrar como gerentes de negocios. Esto es abusar del cuasicontrato de gerencia; éste supone un propietario ausente y que no puede cuidar sus intereses, y en el caso el propietario ejerce su derecho, sabe que tiene una propiedad que conservar, objetos que asegurar; si no los asegura es porque no lo quiere hacer; y cuando el dueño obra ó se niega á obrar un tercero no puede girar por él apesar suyo. La gerencia de negocios implica que el gerente hace lo que el dueño hubiera hecho; si el dueño manifestó la intención de

no hacer nada el pretendido gerente no tiene calidad. (1)

Hay una sentencia contraria de la Corte de Casación. La sentencia atacada que la Corte confirmó es bastante singular en cuanto á su redacción. Nada pugna, dice la Corte de Colmar, en que un acreedor, quien puede haber prestado sus fondos sólo para favorecer á su deudor, tome para sí la administración de un interés hecho *común*; lo gira lo mejor que puede, *sin participación* y aun á *excusas* del propietario, constituyéndose así en *mandatario* suyo. ¿Pertenece al acreedor constituirse *mandatario* de su deudor á *excusas* suyas? El mandato es un contrato y no se concibe sin concurso de voluntades. Lo que la Corte llama mandato no podría ser más que una gerencia de negocios. La Corte de Casación lo interpretó así, pero la decisión de la Corte no corresponde á las objeciones que se pueden hacer contra la teoría del cuasicontrato tanto como contra las del contrato. La Sala de Requisiciones comienza por decir que un acreedor tiene incontestablemente el derecho de cuidar de la seguridad de su crédito y de hacer todos los actos conservatorios para asegurar su pago. Sin duda. La Corte hubiera podido añadir que el acreedor hipotecario tiene el derecho de asegurar el inmueble porque tiene un desmembramiento de la propiedad; pero no tiene este derecho más que en los límites de la propiedad desmembrada que le pertenece, pues bajo pretexto de actos conservatorios un acreedor no puede hacer actos de propiedad. De hecho el acreedor habría asegurado no su derecho hipotecario sino el mismo fondo. ¿Tenía derecho para ello? La Corte responde que el acreedor, al obrar así, había proveído á la vez á su propio interés y al de los propietarios; que, por tanto, había gerencia de negocios. (2) Aquí está la dificultad; la Corte la zan-

1 Véanse las autoridades citadas en el Repertorio de Dalloz, en la palabra Seguros terrestres, núm. 81. Agréguese Martou, t. I, p. 268, núm. 264.

2 Denegada, 29 de Diciembre de 1824 (Dalloz, en la palabra Seguros terrestres, núm. 82).



ja con una afirmación. ¿Basta obrar en interés de un tercero para que haya gerencia de negocios? Nó, seguramente. Traducimos á lo que fué dicho acerca de este punto en el título *De los Cuasicontratos* (tomo XX, núm. 320).

412. La indemnización está afectada al pago de los créditos privilegiados ó hipotecarios según el rango de cada uno de ellos. Estos son los términos del art. 10. Se aplica sin dificultad cuando los acreedores son hipotecarios. Cuando hay una distribución que hacer entre ellos, según el lugar que la inscripción les asigne, se abre una orden amistosa ó judicial conforme á la ley de 15 de Agosto de 1854 (arts. 112 y siguientes). ¿Pero cómo se procederá si se trata de privilegios mobiliarios? El art. 10 los menciona especialmente, pero no prescribe ninguna regla acerca de la distribución; antes de distribuir la indemnización el que asegura debe conocer á los acreedores; y los privilegios mobiliarios no se hacen públicos por vía de inscripción. En el silencio ¿qué hará el que asegura? Se necesita que los acreedores privilegiados se hagan conocer. ¿En qué forma? La vía de la oposición será la más eficaz. Se objeta que la ley no prescribe ninguna forma, lo que es verdad. Hay un vacío. Lo seguro es que si los acreedores no hacen ninguna notificación al asegurador éste podrá y aun deberá pagar la indemnización al asegurado. (1)

413. El principio del art. 10 no se aplica sólo á la indemnización que se deba en caso de seguro; en los términos del § 2 sucede lo mismo con toda indemnización que debiera un tercero en razón de la pérdida ó deterioro del objeto gravado con el privilegio ó la hipoteca. Una indemnización puede deberse al propietario en virtud de los arts. 1382 y 1383 que declaran á toda persona responsable del perjuicio que cause por su hecho, su imprudencia ó negligencia. El

1 Cloes, t. I, p. 156, núm. 178; Casier, núm. 120. Compárese Martou, t. I, p. 273, núm. 274.

art. 1386 contiene una aplicación de la regla: el propietario de un edificio es responsable del daño que cause su ruina cuando ocurra por falta de atención ó por un vicio en su construcción. También puede tener responsabilidad contractual: tal es la de los arquitectos y empresarios de casas construidas á prefiijo si la construcción perezca á los diez años por un vicio de construcción ó del terreno. (1) Cualquiera que sea la causa de la indemnización desde que se debe por destrucción total ó parcial de la cosa gravada con un privilegio ó una hipoteca dicha indemnización se repartirá entre los acreedores. La razón de la decisión es la misma.

Hé aquí una especie notable que recientemente se presentó ante la Corte de Casación de Francia. Un taller situado en San Dionisio fué destruido en Agosto de 1870 por necesitarse para la defensa nacional. En 1874 se concedió una indemnización de 200,000 francos al propietario. Los acreedores hipotecarios pretendieron ejercer sus derechos sobre dicha suma. No existe en la legislación francesa una disposición análoga al art. 10. Los demandantes invocaban las leyes especiales que regían la expropiación por causa de utilidad pública. La Corte de París y en el recurso la Corte de Casación juzgaron, lo que era evidente, que no había habido expropiación y que, por lo mismo, la indemnización pertenecía á la masa quirografaria. (2) Conforme al art. 10 se habría adjudicado á los acreedores hipotecarios.

1 Martou, t. I, p. 275, núm. 276.

2 Denegada, 12 de Marzo de 1877 (Daloz, 1877, 1, 97).