

tinados á ello. Faltaba completar la publicidad por la especialidad. Esto fué lo que hizo la ley de 11 Brumario, año VII; dispuso que en lo futuro no podían establecerse hipotecas convencionales más que para garantías de créditos determinados, y que estas hipotecas no podrían recaer más que en los inmuebles especialmente designados en el acta.

169. Para casi toda la Francia la publicidad era una innovación. Esto explica el poco favor que encontraron los principios del sistema hipotecario establecido por la ley de Brumario. Cuando el proyecto del Código Civil fué sometido á los tribunales de apelación, en los que se encontraban los antiguos parlamentarios, la mayor parte se pronunció contra la publicidad; (1) sólo nueve de ellos propusieron mantener la ley del año VII, pero la mayoría pertenecían á ciudades grandes: París, Lyon, Rouen, Bruselas. En el Consejo de Estado también la mayoría parecía favorable al régimen tradicional. Habiéndose dividido la Sección de Legislación hubo dos informes: uno de Bigot-Prémeneu en favor de la hipoteca oculta, el otro de Réal en favor de la publicidad. El primero es de extrema debilidad; testifica, en verdad, contra la causa que defiende. El Relator rechaza las costumbres porque procedían del régimen feudal y no tiene en cuenta los edictos reales porque estaban sospechosos de fiscalidad. Es inútil contestar á estas acusaciones: ¿Acaso Sully y Colbert, Loyseau, Basnage y d'Héricourt eran varones feudales y cuando invocaban el interés de los terceros alegaban la causa del fisco? Para probar que la publicidad era inútil Bigot-Prémeneu dijo que hay hipotecas generales por su naturaleza que es imposible especializarlas y someterlas á la publicidad. Nuestra ley, al extender la especialidad y la publicidad á las hipotecas legales, ha dado un mentís á esta pretendida imposibilidad. En fin,

1 Treinta sobre treinta y uno (Bigot-Prémeneu, informe, en Loqué, t. VIII, p. 166.

el Relator llega hasta invocar la libertad individual que se opone, decía, á que se dé á luz la situación pecuniaria de las familias. ¡Hé aquí una libertad de nuevo género! ¡la libertad para engañar á los terceros! Será necesario contestar que aquellos que no quieren revelar al público que tienen más deudas que bienes tienen un medio sencillo: es el de no contraer deudas que pasen de su haber; pero querer contraer préstamos dando en prenda imaginaria inmuebles hipotecados por más de su valor es reclamar el derecho de engañar á los acreedores. ¡Esto es una *libertad* para uso de los sinvergüenzas! (1)

170. Réal dió un informe en sentido contrario en nombre de los miembros de la Sección de Legislación que se pronunciaban en favor del mantenimiento del sistema de publicidad y de especialidad inaugurado por la ley de Brumario. (2) Es la obra de un jurisconsulto que, en una cuestión en la que el bien público está comprometido, se inspira en el interés general sin lastimar los derechos de los individuos. El régimen hipotecario, dice Réal, debe proteger especialmente, eficazmente, los tratos que tienen inmuebles por objeto; es necesario que las leyes den en los bienes todas las seguridades que se buscan en una garantía real. Réal cita las palabras del Tribunal de Apelación de Rouen para demostrar la importancia de una buena legislación en las hipotecas: según la solución que sancionará el legislador la ley dará vida y movimiento al crédito público y particular ó será su tumba ¡Cosa singular! la palabra *crédito publico* no se encontraba en el informe de Bigot-Prémeneu; se diría un romano del tiempo de las XII tablas. Réal coloca el debate en su verdadero terreno. Los inmuebles entran en las transacciones, ya para ser afectas

1 Bigot-Prémeneu, informe, sesión de 12 Pluvioso, año XII (Loqué, tomo VIII, ps. 146 y siguientes).

2 Réal, informe, sesión de 12 Pluvioso, año XII (Loqué, ps. 170 y siguientes).

al pago de una suma prestada, ya para obtener el precio destinado á la ejecución de una obligación. El objeto por alcanzar es, pues, procurar á este doble género de transacciones la mayor solidez. Es necesario que el adquirente encuentre seguridad en su adquisición, facilidad y seguridad en su liberación. Es necesario que el propietario de un inmueble goce de la totalidad del crédito que le asegura su propiedad, y si su inmueble está ya gravado con algún crédito debe obtener un crédito igual al valor que tiene su propiedad, deducido el compromiso que la grava. Por su parte el capitalista que quiera prestar, así como todos los que traten con un propietario, deben encontrar en la Ley Hipotecaria un medio seguro, infalible, de conocer la fortuna de aquel con quien tratan. La consecuencia de semejante régimen será que un hombre de mala fe no podrá nunca vender lo que no le pertenece ni presentar al capitalista un crédito engañoso. Resultará que los propietarios y los capitalistas no tendrán ya peligros que correr, y, por consiguiente, habrá venta de inmuebles con mayor concurso de adquirentes; lo que hará subir el precio de los bienes á su verdadero valor. Resultará que encontrando el prestamista plena seguridad en los préstamos sobre inmuebles se conformará con una utilidad más pequeña. Por esto el régimen hipotecario favorecerá á la agricultura y hará bajar el interés del dinero. Al decir lo que debía hacer la legislación hipotecaria Réal justificaba las innovaciones de la ley de Brumario en lo relativo á la publicidad y especialidad de las hipotecas. A los que invocaban la tradición contra la ley del año VII Réal contestaba restableciendo los hechos alterados por los partidarios de las hipotecas ocultas. La publicidad es una institución de costumbres, fué durante mucho tiempo la ley de gran parte de Francia; permaneció en las provincias belgas y en las provincias renales, aquellas ricas y dichosas comarcas con

las que Francia republicana se había enriquecido. Al reproche de fiscalismo Réal oponía la autoridad de Colbert; si fracasó en sus proyectos de reforma hay que buscar la causa en las preocupaciones, en las intrigas y, sobre todo, en la desgraciada necesidad en que se encontraban los *grandes* de imponerse al público por medio de sus riquezas engañosas con el fin de engañar á sus acreedores.

171. La discusión en el Consejo de Estado fué larga y seria; Treilhard, uno de los hombres de 1789, defendió vivamente la obra de la Revolución, que no era seguramente una obra revolucionaria, puesto que tomaba la publicidad en las costumbres feudales. En la Exposición de los Motivos el orador del Gobierno reprodujo la consideración que había hecho valer en el seno del Consejo de Estado. Treilhard recuerda los ensayos de reforma intentados por Enrique IV y Luis XIV. ¿Por qué fracasaron? «Los hombres poderosos veían desvanecerse su funesto crédito; ya que no podían absorber la fortuna de los ciudadanos crédulos que, juzgando por las apariencias, suponían realidad por todas partes donde veían brillo.» Hay que agregar, dice Treilhard, la oposición de una clase de hombres acostumbrados á confundir la costumbre con la razón: los gritos de los prácticos vinieron á fortificar las quejas de los cortesanos. ¿Se creará que en el Consejo de Estado se reprodujera la defensa torpe que d'Aguesseau había opuesto al edicto de Colbert? Se llegó hasta á decir que la publicidad de las hipotecas alteraba el crédito y perjudicaba la circulación. Treilhard contesta burlándose de la objeción: «Es posible que la especie de circulación que lleva la fortuna de los hombres de buena fe á manos del astuto y del inmoral esté disminuida por esta publicidad, y esta es una de las grandes ventajas del proyecto, pues la República nada gana; pierde, al contrario, cuando un malvado se enriquece engañando al hombre honrado.»

de la realidad del derecho de hipoteca; todo derecho real da derecho de prosecución, porque todo derecho real es un derecho absoluto. Si los privilegios mobiliarios no dan el derecho de prosecución es porque los muebles no tienen prosecución por hipoteca (art. 46; Código Civil, art. 2119); es decir, que el que tiene un derecho real sobre un mobiliario no lo puede ejercer contra un tercero poseedor de buena fe. El mismo propietario no tiene el derecho de prosecución, puesto que no puede reivindicar la cosa mobiliaria contra el poseedor de buena fe; con mayor razón el que sólo tiene un derecho real no lo puede hacer valer contra un tercero poseedor. Más adelante volveremos al antiguo adagio que reprodujo el art. 46.

174. ¿Es la hipoteca un derecho inmobiliario ó un derecho mobiliario? Esta cuestión ha sido muy controvertida; nuestra Ley Hipotecaria la zanjó implícitamente por el art. 1.º, que está concebido así: "Todas las actas *translativas ó declarativas de derechos reales inmobiliarios, otras que los privilegios é hipotecas, serán transcriptas.*" La ley sienta una regla para los derechos reales inmobiliarios; en seguida exceptúa los privilegios y las hipotecas; y la excepción implica que los derechos á que se refiere están comprendidos en la regla; luego la ley coloca los privilegios y las hipotecas entre los derechos reales inmobiliarios. Nos queda por ver si dicha clasificación es exacta.

Dijimos en el título *De la Distinción de los Bienes* que hay dos clases de derechos inmobiliarios. Desde luego los que tiendan á poner un inmueble en manos de aquel á quien pertenece; lo que el art. 526 llama acciones que tienden á reivindicar un inmueble. Lo cual es una nueva fórmula del viejo adagio: *Jus est immobile quod tendit ad immobile*. Es cierto que considerada bajo este punto de vista la hipoteca sola es un derecho inmobiliario; en efecto, ¿á qué tiende? A pagar al acreedor hipotecario de preferencia á los demás

acreedores (núm. 173); tiende, pues, á una cosa mobiliaria; esto es lo que ha obligado á la mayoría de los autores á considerar la hipoteca como un derecho mobiliario. (1)

Hay una segunda clase de derechos inmobiliarios: los que se ejercen en un inmueble en el sentido de que son un desmembramiento de él. El Código Civil no los define, los enumera, pero la enumeración no es completa. En los términos del art. 526 "son inmuebles por el objeto á que se aplican el usufructo de las cosas inmobiliarias y las servidumbres ó servicios inmobiliarios. La ley no habla de las hipotecas; este silencio fué invocado como un argumento contra la doctrina que considera la hipoteca como un derecho inmobiliario. Es un error apearse en esta materia á la letra de la ley. El Código Civil no es un manual, no tiene por objeto dar clasificaciones científicas. Se debe, pues, dejar el texto y recurrir á los principios.

¿Da la propiedad de un inmueble un derecho inmobiliario al propietario? Nadie lo duda, aunque el art. 526 no habla de ello. Si el derecho de propiedad de un inmueble es inmobiliario es porque el propietario ejerce todos los derechos que confiere la propiedad, y los ejerce en un inmueble; dispone y goza de él del modo más absoluto (art. 544). Por igual razón todos los derechos desmembrados de la propiedad son derechos inmobiliarios, porque es su conjunto lo que constituye la propiedad. Hé aquí por qué el derecho de goce que se desprende de la propiedad está colocado entre los inmuebles, y pasa lo mismo con las servidumbres (art. 526). Por aplicación del mismo principio la hipoteca debe clasificarse entre los derechos inmobiliarios. En efecto, la hipoteca desmembra la propiedad. Esto no se podría contestar, pues basta con leer el art. 45 para convencerse. Trataremos más adelante de esta disposición. El deudor

1 Véanse los autores citados por Pont, t. I, p. 340, nota 2.

que ha dado un inmueble en hipoteca y no tiene el poder absoluto en la cosa que caracteriza la propiedad no puede, como el propietario, disponer de ella para destruirla; no puede gozar ni administrarla como quiera; obrará como un buen padre de familia; su derecho de propiedad no es completo, está desmembrado. Si la hipoteca es un desmembramiento de la propiedad es, por lo mismo, un derecho inmobiliario. En vano se diría que el acreedor hipotecario no ejerce ningún derecho en el inmueble; el art. 526 contesta á la objeción. La servidumbre siempre es un derecho inmobiliario y hay, sin embargo, servidumbres que el propietario del fundo dominante no ejerce en el fundo de servidumbre en el sentido de que no hace ningún acto en él: tal es la servidumbre de no construir ó de no construir sino hasta tal altura. ¿Por qué es un derecho inmobiliario esta servidumbre? Porque la propiedad del fundo de servidumbre no es completa, está desmembrada en favor del fundo dominante. Sucede lo mismo con la hipoteca. El propietario del inmueble hipotecado no puede disponer de él como dueño absoluto; no puede ejecutar ningún acto que perjudique al acreedor; luego su derecho de propiedad está desmembrado en provecho de aquél, lo que basta para que la hipoteca sea un derecho inmobiliario, al mismo título que la servidumbre de no construir.

Se admite generalmente que la hipoteca es un desmembramiento de la propiedad. Solamente M. Demolombe hizo una distinción. El derecho de hipoteca, dice, no fracciona el derecho de propiedad; lo envuelve, lo abroga, pero estorba su ejercicio más bien que dividir el derecho mismo entre el propietario y el acreedor. (1) Martou, nuestro excelente jurisconsulto, dice que esta distinción está en la palabra y no en las cosas; podría haber dicho que sólo son pa-

1 Demolombe, t. IX, p. 370, núms. 471 y 472. Compárese Marcadé, t. II p. 344, núm. 4. En sentido contrario, Martou, t. II, p. 300, núm. 390.

labras en las que en vano se buscaría una idea. ¿Queda entero el derecho del propietario que ha hipotecado un inmueble? Nó, porque está desmembrado, y lo está en favor del acreedor hipotecario; luego el derecho de éste es inmobiliario.

Hay otra opinión que admite que la hipoteca desmembra la propiedad y que, sin embargo, la considera como un derecho mobiliario. La hipoteca, se dice, garantiza un crédito; es, pues, el accesorio de un derecho mobiliario y, por tanto, toma su naturaleza. (1) Esto es razonar mal; nos parece. El accesorio toma la naturaleza del principal cuando se confunde con él, no haciendo más que uno. Seguramente no se dirá que es en este sentido en el que la hipoteca es el accesorio del crédito; lo es porque está afectada al pago de la obligación, lo que quiere decir que no puede haber hipoteca sin obligación principal; pero la garantía no tenía la naturaleza del derecho que garantiza. De esta manera se puede constituir un empeño para garantía de un derecho inmobiliario: ¿se dirá que la prenda se hace inmueble porque la obligación principal es inmobiliaria? Esto sería absurdo. En nuestro concepto también es absurdo decir que la hipoteca que por sí es inmobiliaria se convierte en un derecho mobiliario porque la obligación principal es mobiliaria.

## *Num. 2. De la indivisibilidad de la hipoteca.*

### *I. Principios generales.*

175. «La hipoteca es por su naturaleza indivisible» (artículo 41; Código Civil, art. 2114). ¿En qué sentido es indivisible? La Corte de Casación tomó al pie de la letra lo que dice el art. 2114 y concluyó que la hipoteca es un de-

1 Durantón, t. XIX, p. 356, núm. 141. Compárese Valette, ps. 181 y siguientes.