

trabajó en Francia en 1840 y en 1851 se había propuesto subrogar los acreedores especiales al acreedor general, y ya una disposición concebida en este sentido fué adoptada por la Asamblea Legislativa en su segunda lectura; pero el proyecto no tuvo éxito. Si los autores de la ley belga no lo han reproducido es sin duda porque las hipotecas generales están abolidas y que la dificultad no se presenta amenudo para las hipotecas convencionales: este es el motivo por el que no insistimos en estos largos debates.

Si la dificultad se presentara los acreedores especiales prevalecidos por la hipoteca general sólo tendrán un medio de ponerse al abrigo del perjuicio que los amenaza: es desinteresarse al acreedor que les prevalece; lo que les aseguraría la subrogación establecida por el art. 1251 núm. 3 (tomo XVIII, núm. 67); es decir, que ejercerán todos los derechos del acreedor general; por tanto, serán colocados en el precio de los inmuebles que no estén hipotecados por sus propios créditos (t. XVIII, núms. 110 y 116).

185. Esta subrogación suscita una nueva dificultad. Aubry y Rau le hacen una restricción: el acreedor subrogado, dicen, no puede hacerse colocar en el precio de inmuebles gravados en provecho de los demás acreedores de hipotecas anteriores en fecha á la suya. (1) Volveremos al ejemplo del núm. 181. Una hipoteca de fecha 1875 recae en una casa, terreno y monte del deudor; hay hipotecas especiales de 1876, 1877 y 1878 en el terreno, la casa y el monte. Se abre un orden por el bosque hipotecado en 1878. El último acreedor hipotecario paga al acreedor de hipoteca general: ¿Sucedirá á todos sus derechos? En principio sí, pero con una resolución, se dice: es que no prevalecerá á las hipotecas consentidas en 1876 y en 1877, haciendo que su colocación recaiga en el monte en virtud de su subrogación para ejer-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 414 y nota 24, y las sentencias de la Corte de Grenoble que citan.

cer después sus derechos hipotecarios en los otros dos fondos para reembolsarse de su crédito que pagó al subrogante. Esta restricción es contraria á los principios; es una excepción á los efectos de la subrogación, y toda excepción pide un texto. La equidad misma no puede ser invocada por los acreedores con hipotecas especiales, pues tenían que esperarse á una subrogación que está escrita en la ley en favor del acreedor posterior; además, la equidad debe apartarse cuando se halle en conflicto con el derecho. (1)

186. Cuando la distribución del precio de la totalidad de los inmuebles sometidos á la hipoteca del acreedor en primer lugar se hace por una sola y misma orden se distingue: Si el acreedor que tiene una hipoteca general está interesado en mantener el derecho que le da la indivisión de la hipoteca se mantiene el principio en todo su rigor; si el acreedor no tiene en ello ningún interés se doblega el principio, conciliando los derechos de los diversos acreedores. (2) La distinción nos parece poco jurídica. No se trata del interés del acreedor, se trata de su derecho; sólo él es juez de su interés, lo que equivale á decir que puede renunciar al rigor de su derecho. El juez no está llamado á fijar intereses, su misión consiste en mantener los derechos que las partes tienen de la ley ó de sus convenciones. Uno de los autores que admiten la distinción dice que el principio de la indivisión es susceptible de cierta templanza. Esta templanza es una verdadera excepción. ¿Quién da al intérprete el poder de modificar la ley y los derechos que de ella resultan? Sólo al acreedor toca ver si le conviene mantener la indivisión de la hipoteca ó si la quiere renunciar.

Lo que prueba en contra de la opinión general es que en la aplicación los que la adoptan se dividen. Desde luego es muy difícil decidir si el acreedor tiene ó no interés en

1 Pont, t. I, p. 360, núm. 341. Compárese casación, 3 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856. 1, 321).

2 Pont, t. I, p. 363, núms. 343 y 344. Aubry y Rau, t. III, p. 415 y nota 25.

mantener la indivisión de la hipoteca; esto es una primera causa de dificultades y de pleitos. (1) Luego viene la cuestión de saber en qué consiste la *templanza*; es decir, la restricción que se quiere hacer al principio de la indivisión. En derecho la cuestión es insoluble. ¿Hasta qué punto y en qué medida pueden los jueces derogar la ley teniendo en cuenta el interés del acreedor de hipoteca general y de los acreedores de hipotecas especiales? La cuestión implica una imposibilidad jurídica, pues esto es pedir en qué límites se puede derogar la ley; es decir, violarla. Así los intérpretes no están mucho acordes y tampoco los tribunales. Una sola y misma corte, la de Casación, ha pronunciado decisiones contradictorias. Y puede decirse que no hay contradicción. Pues desde que se coloca uno en el terreno del interés ya no hay principio; el juez se convierte en legislador y decide en cada caso según las circunstancias de la causa. Creemos inútil entrar en los pormenores de la doctrina y de la jurisprudencia; cuando se pone uno á *templanzar* los principios ya nada hay seguro, sólo queda lo arbitrario. (2)

§ II.—DIVISION DE LAS HIPOTECAS.

187. El art. 42 dice que «la hipoteca sólo tiene lugar en el caso y según las formas autorizadas por la ley.» ¿Cuál es el sentido de esta disposición? La ley es la que determina los casos en los que hay hipoteca; ¿las partes pueden convenir que la hipoteca tendrá lugar en otros casos? Asimismo la ley fija las formas que deben observarse para las hipotecas convencionales y testamentarias; ¿las partes podrán derogar estas formas, ya sea por sus convenciones ó por una acta de última voluntad? En fin, las hipotecas legales deben ser

1 Véanse las sentencias citadas por Aubry y Rau, t. III, p. 415, pfo. 284, nota 25.

2 Véanse los diversos procedimientos en Aubry y Rau, t. III, p. 415, párrafo 284 y nota 26; Pont, t. I, p. 364, núm. 345.

especificadas, y es también la ley la que dispone de qué modo se hace la especialización; ¿pueden las partes convenir de otro modo? Todas estas cuestiones deben ser decididas negativamente. En efecto, es de principio que las partes no pueden por sus convenciones derogar las leyes relativas al orden público, y se entienden por leyes de orden público las que son promulgadas en interés público. Y es evidente que el régimen hipotecario es de interés social; desde luego las partes no pueden derogar este régimen. Tal es el sentido del art. 42. La ley belga abolió las hipotecas judiciales; ¿podrán las partes restablecerlas directa ó indirectamente? Nó, nuestra ley decide en qué casos una inscripción hipotecaria es nula; ¿pueden las partes convenir que no será nula por ninguna causa? Nó. La ley belga quiere que las hipotecas legales se especialicen: ¿podrán las partes declararlas generales? Nó, y lo mismo pasa con todas las disposiciones de nuestro régimen hipotecario, todas de orden público. Sólo hay excepción á este principio cuando una disposición de la Ley Hipotecaria está fundada en la presunta intención de las partes contratantes. Tal es el principio de la indivisión de las hipotecas. Se vuelve en este caso al imperio de la regla que gobierna los contratos. La ley no impone la indivisión á las partes, sólo supone que su intención es hacer indivisible la hipoteca; quedan libres para manifestar una voluntad contraria.

188. «La hipoteca legal, convencional ó testamentaria» (art. 43; Código Civil, art. 2116).

189. «La hipoteca legal es la que resulta de la ley.»

«La hipoteca convencional es la que depende de las convenciones y de la forma exterior de las actas y de los contratos» (art. 44; Código Civil, art. 2117).

La hipoteca legal fué profundamente modificada por la ley belga; sin embargo, la definición que la ley de 1851 da de ella es la misma que la del art. 2117 del Código Napo-

leónico. Esta hipoteca ha permanecido, pues, lo que era en esencia. Lo que la caracteriza es que resulta de la ley por oposición á la hipoteca convencional que depende de las convenciones. La observación parece inútil, pero siempre importa precisar los principios más elementales. Veremos de ello una consecuencia al tratar de la hipoteca legal de la mujer. Hay quien diga que esta hipoteca es convencional cuando se trata de derechos que nacen del contrato de matrimonio. Basta leer la definición de la hipoteca legal para convencerse de que hay contradicción en las ideas cuando se da el nombre de *convencional* á la hipoteca *legal*, pues decir que una hipoteca es *legal* es decir que existe *sin convención*; por tanto, que no es convencional. La ley nueva quiere que las hipotecas legales estén especificadas, y esta especificación se hace por convención para los derechos que nacen del contrato de matrimonio. En este caso la *especificación es convencional*, pero la *hipoteca permanece legal*. Una hipoteca que fuera á la vez legal y convencional sería un contrasentido.

190. Código Civil admitía también una hipoteca judicial que resultaba de las sentencias en favor del acreedor. Esta hipoteca no ha sido mantenida. En contra la ley belga admite una hipoteca testamentaria, de la que no habla el Código Civil. Trataremos de ella después de haber expuesto los principios que rigen las hipotecas convencionales y legales. Debemos ver primero los motivos por los cuales el legislador abolió la hipoteca judicial.

Esta hipoteca remonta al siglo XVI. Fué admitida como una consecuencia del principio según el cual en el derecho antiguo el deudor que se obligaba por una acta auténtica comprometía hipotecariamente sus bienes presentes y futuros, sin que fuera necesaria una estipulación. Siendo las sentencias también actas auténticas era lógico legarles una hipoteca general. Esto era tanto más natural cuanto

que el régimen anterior á la Revolución confundía las actas de jurisdicción contenciosa con las de jurisdicción voluntaria. Las leyes revolucionarias separaron el orden judicial del orden administrativo, y las leyes hipotecarias, comprendiendo el Código Civil, no atribuyeron á la autenticidad del acta el efecto de engendrar una hipoteca. Los autores del Código, derogando el antiguo derecho en lo que se refiere al principio de donde derivaba la hipoteca judicial, hubieran debido desechar la consecuencia con el principio. Al leer la Exposición de los Motivos de nuestro título se creería en una mala inteligencia: «Las sentencias, dice Treilhard, tienen un carácter que no permite concederles menos efecto que á los *contratos auténticos*.» (1) Esto parece decir que los *contratos auténticos* implican hipoteca. Así era en el derecho antiguo, mientras que, según el Código Civil, el contrato auténtico no basta para dar una hipoteca al acreedor; tiene que estipularla; la hipoteca resulta de la *convención* y no de la autenticidad.

Bigot-Prémeneu trató de justificar la hipoteca judicial por un motivo racional. «La fuerza de las sentencias, decía, habría sido ilusoria si la condena no hubiera después, por una simple convención de hipoteca, dado sobre los bienes un derecho de preferencia. Son de absoluta necesidad las condenas judiciales como los compromisos legales que tiene lugar su deuda en el número de las deudas hipotecarias.» (2) Lo cual supone que las sentencias tienen por objeto dar garantías al acreedor en los bienes de su deudor. No hay nada de esto. El único efecto de la sentencia es reconocer los derechos de las partes y dar al acreedor un título ejecutivo para embargar los bienes del deudor que

1 Treilhard, Exposición de los motivos, núm. 10 (Loché, t. VIII, p. 239).

2 Bigot-Prémeneu, informe hecho á nombre de una parte de la Sección de Legislación, núm. 6 (Loché, t. VIII, p. 147).

no le pague. Pero la misma sentencia es del todo extraña al derecho de preferencia que un acreedor reclamara contra los demás acreedores. Esta preferencia no puede resultar más que de la convención de la ley ó de un testamento. Y cuando el acreedor persigue á su deudor judicialmente no hay más convención que la de hipoteca; es simple acreedor quirografario y, como tal, no tiene más que una prenda general en los bienes de su deudor; si éste es insolvente el acreedor que lo persigue va en contribución con los demás acreedores. ¿Con qué derecho cambia esta prenda general, que no le da ninguna preferencia, por una hipoteca judicial que le asegura la preferencia? Esto es modificar la ley del contrato en perjuicio de la masa quirografaria, lo cual no está conforme con la justicia ni con la equidad. (1)

191. ¿Puede el juez conceder una hipoteca especial al acreedor, á título de sanción de la condena pronunciada en su favor? Hemos contestado de antemano á la pregunta al establecer el principio de orden público que rige esta materia (núm. 187). No toca ni al juez ni á las partes derogar leyes de interés general, y el régimen hipotecario es una ley de orden social. De aquí se sigue que el juez no tiene el derecho de crear hipotecas ni generales ni especiales. Se cita una sentencia de la Corte de Bruselas como reconociendo implícitamente este poder á los tribunales. (2) Deduciendo por un argumento *a contrario* esta consecuencia de la sentencia, argumentación siempre peligrosa, todo lo que hay que decir es que si tal fué el pensamiento de la Corte se engañó.

1 Martou, t. II, p. 306, núm. 693. Informe de la comisión especial y de la comisión del Senado (Parent, ps. 26 y 412). Véase la discusión en la Cámara de Representantes, sesiones de 1.º y de 3 de Febrero de 1851 (Parent, p. 235 y siguientes). La hipoteca judicial fué desechada por 59 votos contra 62.

2 Bruselas, 7 de Noviembre de 1853 (Pasicrisia, 1854, 2, 53). En sentido contrario Martou, t. II, p. 321, núm. 702, y Cloes, t. II, p. 44, núm. 1007.

Distinta es la cuestión de saber si el juez puede condenar al deudor á constituir una hipoteca en provecho del acreedor. La doctrina y la jurisprudencia lo admiten. (1) Esto nos parece dudoso, puesto que supone el libre concurso de las partes contratantes; esto sería una hipoteca impuesta por el juez. Ninguna disposición de la ley autoriza al juez á sancionar sus decisiones con una hipoteca que obligara á consentir al deudor. Esto sería una hipoteca procedente indirectamente del juez, y el juez no puede crear hipotecas (núm. 187).

Aun se presenta una dificultad en esta materia. ¿Si el deudor prometió constituir una hipoteca en favor de su acreedor puede el juez contrarrestarla y en qué sentido? Trataremos sobre este punto en el título *De las Hipotecas Convencionales*.

§ III.—QUÉ BIENES SE PUEDEN HIPOTECAR.

ARTICULO 1.—*De los inmuebles.*

Núm. 1. De los inmuebles por naturaleza.

192. La ley determina los bienes que pueden ser hipotecados; estos bienes son los únicos susceptibles de hipoteca. Esto es lo que dice el art. 45. Los términos son restrictivos. Tal es el carácter de todas las disposiciones relativas al régimen hipotecario, aunque la forma de la ley no sea restrictiva (num. 187). Esta es una cuestión de interés general, pues la determinación de los bienes que pueden gravarse con hipotecas sólo la ley puede decidirlos. Es, pues, de principio que los bienes que no están comprendidos en el texto no pueden hipotecarse.

193. De aquí se sigue que los muebles no pueden ser hi-

1 Martou, t. II, p. 321, núm. 703; Cloes, t. II, ps. 44 y siguientes, núm. 1007. Bruselas, 22 de Diciembre de 1859 (Pasicrisia, 1860, 2, 131).