

perjuicios si la promesa de hipoteca no está reemplazada, y el acreedor puede exigir el reembolso del crédito si la promesa de hipoteca es la condición del contrato principal (número 454).

§ VI.—DE LOS CONTRATOS DE HIPOTECA HECHOS EN EL  
EXTRANJERO.

456. El art. 2128 del Código Civil dice que los contratos hechos en países extranjeros no pueden dar hipoteca en los bienes de Francia si no hay disposiciones contrarias á este principio en las leyes políticas ó en los tratados. Este artículo ha sido vivamente criticado; la ley belga lo deroga; pero para ver el por qué de la derogación interesa precisar en qué sentido los contratos de hipoteca hechos en países extranjeros no *dan* hipoteca en bienes de Francia. Siempre ha sido de principio que los contratos hechos en el extranjero no eran ejecutorios en Francia; la ordenanza de 1629 lo decía: «Estos contratos, dice el art. 121, no tendrán ninguna hipoteca ni ejecución en nuestro Reino.» En cuanto á la fuerza ejecutoria el principio se funda en el derecho público. Los actos se ejecutan en nombre del Jefe del Poder Ejecutivo; luego en nombre de la soberanía nacional, y la soberanía de un Estado no tiene ningún poder en los demás Estados; es, pues, imposible que las actas declaradas ejecutorias en nombre de una soberanía extranjera reciban su ejecución en Francia. Es en este sentido en el que el Código de Procedimientos dice (art. 546): «Las sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros y los actos recibidos por oficiales extranjeros no serán susceptibles de ejecución en Francia más que de la manera y caso previstos por los arts. 2123 y 2138 del Código Civil;» es decir, que se deben declarar ejecutorias por un tribunal francés, salvo disposición contraria que resultara de los tratados. El ar-

tículo 2128 aplicaba, pues, el derecho común en tanto que negaba fuerza ejecutoria á los contratos de hipoteca hechos en el extranjero; pero iba más lejos, declaraba que los actos de hipoteca hechos en el extranjero no conferían hipoteca en los bienes situados en Francia. Este es el principio que ha sido criticado y que en realidad no se justifica. Una acta de venta hecha en el extranjero transfiere la propiedad de los bienes situados en Francia: ¿por qué una acta de hipoteca que es una enajenación parcial no había de ser válida? No se puede decir que la hipoteca convencional es un contrato de derecho civil, puesto que depende completamente de la voluntad de las partes contratantes. No se puede uno prevalecer del carácter solemne de esta acta porque la solemnidad consiste en formas, y hay un principio universalmente admitido en materias de formas que están determinadas por la ley del país en que se hace el acta. (1)

Estas consideraciones comprometieron á los autores de la ley belga á admitir la validez de las actas de hipoteca hechas en el extranjero; (2) tal es el objeto del art. 77, que dice: «A falta de disposiciones contrarias en los tratados ó en las leyes políticas las hipotecas consentidas en países extranjeros no tendrán efecto, con relación á los bienes situados en Bélgica, más que cuando las actas que contengan la estipulación hayan sido investidas con la firma del presidente del tribunal civil de la situación de los bienes.» De este modo la ley belga deroga el Código Napoleón en lo relativo al efecto que reconocía á las actas hechas en el extranjero; tienen efecto en el sentido de que producen el derecho de hipoteca; es decir, que son válidas con tal que hayan sido pasadas en la forma auténtica, estando la autenticidad requerida para la existencia de la hipoteca. Es para comprobar que

1 Compárese Durantón, t. XIX, p. 551, núm. 362.

2 Informes de la comisión especial de la Cámara de Representantes y del Senado (Parent, ps. 40, 113 y 419).

las formas prescriptas por las leyes extranjeras han sido observadas por lo que la ley hace intervenir al presidente del tribunal. «Este magistrado, dice el § 2 del art. 77, está encargado de verificar si las actas y los poderes que son su complemento reúnen todas las condiciones necesarias para su autenticidad en los países en que han sido recibidos.»

De aquí se sigue que la ley belga no deroga el art. 546 del Código de Procedimientos; no dice que las actas hechas en el extranjero sean *ejecutorias* en Bélgica únicamente por que sean auténticas y que el presidente haya comprobado su autenticidad; solamente dice que dichas actas tienen efecto con relación á los bienes situados en Bélgica; es decir, que engendran el derecho de hipoteca, mientras que no tenían este efecto en virtud del art. 2128 del Código Civil. (1) No se puede decir que el *vistobueno* del presidente les da fuerza ejecutoria, porque este *vistobueno* no es una sentencia procedente del Tribunal, y el art. 546 (Código de Procedimientos) exige una sentencia pronunciada por un *tribunal francés* que haga ejecutoria el acta hecha por un oficial extranjero. (2) Cuando, pues, el acreedor quiera ejecutar el acta de hipoteca deberá conformarse con el art. 546 del Código de Procedimientos.

457. ¿Cómo asegurará el presidente que las actas hechas en el extranjero llenan las condiciones prescriptas por la ley extranjera para su autenticidad? Martou contesta que el presidente tomará la prueba de la autenticidad en las legalizaciones puestas en el acta por las autoridades políticas. (3) El *vistobueno* no sería, según esto, más que una pura formalidad, no haciendo el presidente más que comprobar que el acta fué legalizada. No es esto lo que quiere la ley

1 Sentencia del Tribunal de Lieja de 22 de Enero de 1872 (Pasierisia, 1872, 3, 120).

2 M. Lelièvre parece decir lo contrario en su informe.

3 Martou, t. III, p. 92, núm. 989. Compárese Cloes, t. III, p. 53, núm. 84.

sino que judicialmente se compruebe que el acta es solemne; y la legalización de las autoridades políticas no comprueba más que la verdad de las firmas; los que legalizan no comprueban la observancia de las formas exigidas para la autenticidad del acta. Se preguntará como el presidente puede conocer todas las leyes extranjeras. La respuesta es muy sencilla: toca al acreedor hipotecario que pide el *vistobueno* probar que el acta que produce es auténtica y hacer conocer, por consiguiente, las leyes conforme á las cuales se ha redactado el contrato.

458. El art. 77 exige el *vistobueno* del presidente para las actas que contengan constitución de hipoteca. Entre esas actas están el poder que, como lo dice el § 2, es el complemento del contrato. ¿Qué debe decidir si un poder se da en el extranjero para hacer en Bélgica un contrato de hipoteca? La Corte de Lieja juzgó que el poder, en la especie, no estaba sometido al *vistobueno*. Esta decisión fué casada, y debía serlo. El consentimiento del deudor debe darse en la forma solemne; acerca de este punto no se podría dudar, y cuando el deudor da un poder para constituir hipoteca su consentimiento resulta del poder, y el consentimiento dado en el extranjero no tiene efecto en Bélgica sino en virtud del *vistobueno* del presidente. Tal es el principio consagrado por la nueva ley, y decide la cuestión. Creemos inútil insistir. La sentencia fué casada en interés de la ley, sobre la requisitoria del Procurador General; M. Leclercq contesta á todo lo que se pudiera objetar en favor de la opinión contraria. (1)

459. La decisión del presidente está sometida á la apelación (art. 77, § 3). Esta disposición fué introducida por el Senado; el relator la justifica en estos términos: «Vuestra

1 Casación, 15 de Enero de 1853 (Pasierisia, 1853, 1, 104). Compárese, en sentido contrario, Cloes, t. III, p. 57, núms. 90 á 92.

comisión ha considerado que no se trataba de una simple formalidad; el presidente está llamado á interpretar una legislación extranjera; es, pues, necesario dar al acreedor un recurso contra la decisión que negara el vistobueno." (1) La ley dice que la apelación será interpuesta por requisición dirigida á la corte, que estatuirá como en materia de apelación.

460. El art. 77 agrega que puede haber disposiciones contrarias en los tratados ó leyes políticas; es decir, que los tratados pueden estipular que las actas hechas en el extranjero en la forma auténtica tendrán efecto en Bélgica sin el vistobueno. No conocemos semejante tratado; y la razón es sencilla: es que en nuestro sistema el acreedor estaría sin garantía. Podría, en verdad, inscribirse en virtud del acta de hipoteca. Pero los terceros interesados conservarían el derecho de pedir la nulidad de la hipoteca y, por tanto, de la inscripción, fundándose en que las formas exigidas por la ley extranjera no habrían sido observadas; el acreedor tiene, pues, interés en pedir el vistobueno del presidente, que decidirá la cuestión de autenticidad; evitará con esto un proceso y asegurará el ejercicio de su derecho. Los tratados no tendrían utilidad más que si dispensaran al acreedor el recurrir al tribunal para hacer ejecutoria el acta; lo que sería una derogación del Código de Procedimientos (art. 546). El art. 77 supone que esta derogación podría también resultar de las *leyes políticas*. Esta expresión fué tomada del art. 2128; también se halla en el artículo 2123. No sabemos lo que el legislador quiso decir aquí. No hay leyes internacionales, puesto que las relaciones entre los pueblos soberanos se arreglan por convenciones. Una ley ordinaria podría, sin duda, derogar el principio de los arts. 2123 y 2128, pero esta ley nada tendría de *política*.

1 D'Anethán, informe (Parent, p. 419).

### § VII.—¿QUIEN PUEDE CONSENTIR UNA HIPOTECA?

461. La hipoteca es el accesorio de la obligación principal; está, pues, consentida regularmente por el deudor que da á su acreedor una garantía real para el pago de su deuda. Sin embargo, un tercero puede constituir una hipoteca por una deuda á que no está obligado personalmente. El hecho de que los bienes de una persona están gravados con hipoteca sin que el propietario sea deudor principal es muy usual; también se presenta amenudo que el deudor enajene el inmueble que ha hipotecado; en este caso la hipoteca está separada de la obligación personal; el deudor continúa estando obligado personalmente, mientras que el tercero detentor sólo está obligado como poseedor de un inmueble gravado con una hipoteca. Esto también puede suceder desde el principio en el momento en que se constituye la hipoteca. Un tercero puede constituir una hipoteca para el deudor; la ley lo dice del empeño (art. 2077) y debe también decirlo de la hipoteca aunque la ley no se explica, pero también ninguna disposición de la ley se opone; todo lo que exige el art. 73 (art. 2214 del Código Civil) es que el que consiente una hipoteca convencional tenga la capacidad de enajenar los inmuebles que ha sometido á ella. Queda por saber cómo se hará la inscripción de la hipoteca consentida por un tercero; volveremo á esto.

Se ha comparado á un caucionante el tercero que da una hipoteca por una deuda á la que no está personalmente obligado. Apercibimos á nuestros jóvenes lectores contra estas comparaciones. La ley no califica de caucionante al tercero que hipoteca su inmueble en seguridad de una deuda que no ha contraído, y la definición que da de la caución no autoriza esta calificación; el caucionante se obliga á pagar la deuda cuando el deudor no satisface á su obligación (art. 2011), mientras que el tercero que sólo constituye una

hipoteca para seguridad de la deuda no es deudor. La diferencia es radical. Concluimos que no se pueden aplicar al tercero detentor del inmueble hipotecado los principios que rigen al caucionante; especialmente el art. 2037 no es aplicable, como lo hemos dicho en el título sitio de la materia (1) (t. XXVIII, núm. 303).

462. ¿Quién puede consentir una hipoteca? El art. 73 contesta: "Las hipotecas convencionales no pueden ser consentidas más que por los que tienen capacidad de enajenar los inmuebles que someten á ella. Esta disposición implica dos condiciones; se necesita: 1.º, ser propietario; 2.º, ser capaz para enajenar.

*Núm. 1. Se necesita ser propietario.*

463. El art. 73 (Código Civil, art. 2124) no dice en términos formales que se necesita ser propietario para poder consentir una hipoteca, pero lo dice implícitamente exigiendo la capacidad para enajenar. En efecto, el derecho de enajenar es uno de los atributos esenciales del derecho de propiedad; sólo los propietarios pueden enajenar; luego si la capacidad para enajenar es necesaria para poder hipotecar se necesita, por esto mismo, ser propietario. El artículo 78 (Código Civil, art. 2129) es más explícito: quiere que el acta de hipoteca declare especialmente la naturaleza y situación de cada uno de los bienes, actualmente *pertenecientes al deudor*, en los que consiente la hipoteca. Y aunque la ley no lo dijera habría que decidirlo así sin duda alguna; esta es una consecuencia del principio de que la hipoteca es un desmembramiento de la propiedad ó una enajenación parcial, y sólo el propietario puede desmembrar la propiedad ó enajenarla parcialmente. (2)

1 Pont, t. II, p. 47, nota 2. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. III, página 260, nota 1, pfo. 266.

2 Martou, t. III, p. 57, núm. 952. Pont, t. II, p. 59, núm. 624.

464. El principio recibe, sin embargo, excepciones. Sucede algunas veces que aquel que no es propietario tenga, no obstante, el poder de enajenar. Tal es el caso en que una contraletra comprueba que el propietario aparente sólo es un prestanombre; esta contraletra no puede ser opuesta á los terceros (art. 1321); para con éstos el acta aparente hace fe y, por consiguiente, el propietario nominal es el verdadero propietario; lo que le da el derecho de enajenar (1) y, por tanto, de hipotecar.

En el título *Del Contrato de Matrimonio* hemos encontrado otra excepción. Cuando la mujer convierte un inmueble en mueble por cierta suma el marido no puede enajenarlo más que con el consentimiento de la mujer, pero lo puede hipotecar sin su consentimiento (art. 1507). La cuestión de saber si el marido es propietario del inmueble está controvertida. Hay otra conversión en mueble llamada indeterminada; el art. 1508 dispone que la comunidad no se vuelve propietario de los inmuebles señalados con este fin; no obstante, el marido puede hipotecarlos hasta concurrencia de la suma por la que los inmuebles han sido movilizados. Transladamos acerca de este punto al título *Del Contrato de Matrimonio*.

La jurisprudencia francesa admite una tercera excepción en cuanto á las hipotecas consentidas por el heredero aparente. En la doctrina contraria que hemos enseñado el heredero aparente no puede hacer ningún acto de disposición; por consiguiente, no puede hipotecar los bienes de la sucesión; la hipoteca es nula por haber sido consentida por aquel que no es propietario de la cosa. (2) Expondremos más adelante los principios que rigen la hipoteca de la cosa ajena.

465. ¿El socio puede hipotecar el inmueble que perte-

1 Véase nuestro tomo XIX, núm. 189. Compárense las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1206, 1.º y 2.º

2 Véase nuestro tomo XIX, núm. 562. Compárense Pont, t. II, p. 66, número 631.

nece á la sociedad? Hay que distinguir. En las sociedades civiles cada socio es copropietario de los inmuebles que dependen de la sociedad; puede, con tal título, hacer actos de disposición, como lo vamos á decir. Hay una clase de sociedad que da un poder poco menos que absoluto á uno de los asociados: es la comunidad entre esposos; el marido es señor y dueño; la ley le da el derecho de enajenar y de hipotecar los bienes de la comunidad sin el concurso de la mujer; ya hemos explicado esta anomalía en el título que es el sitio de la materia.

En las sociedades mercantiles es el sér moral considerado como persona civil el que es propietario de los bienes sociales; es, pues, la sociedad sola la que puede hipotecar; los socios no tienen este derecho, pues los bienes de la sociedad no están en su dominio. Si los hipotecaran el acta sería nula como hipoteca de la cosa ajena. Aun después de disuelta la sociedad se admite considerarla como subsistiendo para la necesidad de la adquisición; teniendo el liquidador el poder de enajenar resulta que este derecho no puede ser impedido por los socios; á partir de la disolución se convierten, en verdad, en copropietarios de los bienes que componen el activo; pueden, por consiguiente, hipotecar estos bienes en virtud de su derecho de copropiedad; pero estas hipotecas se hacen ineficaces si el liquidador enajena los bienes hipotecados para las necesidades de la liquidación. Hay, en este caso, conflicto de principios: el socio debiera tener, y realmente tiene, el derecho de hipotecar su parte indivisa, pero no puede usar de este derecho en perjuicio de la masa; y el derecho de la masa domina, durante la liquidación, al de los socios. No entraremos en el examen de estas dificultades, puesto que la materia es extraña á nuestro trabajo. (1)

466. ¿Los copropietarios por indiviso pueden hipotecar?

1 Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. III, p. 266, notas 19 y 20, pfo. 266.

Esta cuestión da lugar á muchas dificultades; ya las hemos examinado en el título *De las Sucesiones*; los mismos principios se aplican á toda indivisión, cualquiera que sea su causa (tomo X, núm. 402). El copropietario puede hipotecar, á reserva de la aplicación del art. 883 (tomo X, núm. 215). ¿Cuál será el efecto de la partición? (tomo X, núm. 394.) ¿Si el inmueble cae en el lote del que consintió la hipoteca gravará ésta todo el inmueble ó sólo la parte que pertenecía al copropietario cuando el contrato? (tomo X, núm. 402.) ¿El principio del art. 883 se aplica al caso de licitación cuando el inmueble está adjudicado á un tercero? (tomo X, números 423-431.) Todas estas preguntas han sido examinadas en otro lugar. También hemos dicho ya que la ley da á los terceros acreedores el derecho de intervenir en la partición para resguardar sus intereses. Desgraciadamente la garantía es algunas veces insuficiente (tomo X, núms. 524 á 545). La ley acerca del embargo inmobiliario de 1854 ha remediado en parte los inconvenientes prácticos que presenta la aplicación del art. 883 (tomo X, núm. 419).

## Núm. 2. Consecuencias del principio.

### I. De la hipoteca de la cosa ajena.

467. Del principio de que hay que ser propietario para poder hipotecar síguese que la hipoteca de la cosa ajena es nula. La ley lo dice implícitamente sentando el principio de la especificación de las hipotecas convencionales: «No hay más hipoteca convencional válida que la que declara la naturaleza y situación de cada inmueble perteneciente actualmente al deudor en los que consiente la hipoteca.» Si, pues, hipoteca un bien que no le pertenece actualmente la hipoteca es nula. Esto resulta también, por vía de analogía, del art. 1599, según el cual la venta de la cosa ajena es nula;