

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;

si el no propietario no puede enajenar un inmueble por el total no puede, por igual motivo, enajenarlo parcialmente. (1)

468. A este respecto la analogía entre la venta y la hipoteca es completa. Sin embargo, hay que cuidarse de concluir que los principios que rigen la venta de la cosa ajena reciben su aplicación á la hipoteca de la cosa ajena. Hay diferencias, y son esenciales. La venta es un contrato no solemne, mientras que en la opinión que hemos enseñado la hipoteca es un contrato solemne. Esto no es sólo una diferencia de forma. Si la hipoteca es una acta solemne es que toca á intereses económicos muy graves: el crédito privado, el desarrollo de la riqueza nacional; la venta, por lo contrario, sólo es relativa á intereses privados. Sin duda la publicidad de las transacciones inmobiliarias es también de orden público; la Ley Hipotecaria lo ha previsto ordenando la transcripción de los derechos reales inmobiliarios. Pero la transcripción no cambia la naturaleza del contrato; la venta permanece un contrato no solemne cuyas condiciones están fijadas en virtud del interés privado.

469. Los caracteres diferentes de la venta y de la hipoteca producen consecuencias diferentes. La dificultad capital que presenta la venta de la cosa ajena está en saber si la venta es nula, es decir, nulificable, ó si es inexistente. Hemos enseñado, y esta es la opinión generalmente seguida, que la venta es nula en el sentido de que la nulidad puede ser pedida y que la acción de nulidad que resulta es de interés privado; por tanto, que la nulidad es relativa. ¿Debe decirse otro tanto de la hipoteca de la cosa ajena? Los autores no examinan la cuestión y no se ha presentado en la jurisprudencia; tan raro es así que se disponga de la cosa ajena. Sin embargo, se necesita una solución. Hemos expuesto en el título *De las Obligaciones* la teoría de las ac-

1 Pont, t. II, p. 60, núm. 625. Martou, t. II, p. 59, núm. 953.

tas inexistentes; si se admite debe concluirse que la hipoteca de la cosa ajena es inexistente. En efecto, una de las condiciones requeridas para la existencia de los contratos es que tengan una causa lícita, y la causa es ilícita, según el art. 1133, cuando está prohibida por la ley y cuando es contraria al orden público, y con este doble título la hipoteca de la cosa ajena es ilícita; la ley la prohíbe en los artículos 73 y 78 (Código Civil, arts. 2124-2129), y la prohíbe en interés general, puesto que la prohibición se liga á la especificación; es decir, al interés de los terceros, que es un interés público, y al crédito de los propietarios, que constituye igualmente un interés público, y en materia de convenciones el interés público es de orden público.

Hay, pues, un texto que decide la cuestión. Desgraciadamente este texto es muy vago y la teoría de las actas inexistentes es siempre insegura. Aunque se admitiera que la hipoteca de la cosa ajena tiene una existencia legal se llegaría poco más ó menos á las mismas consecuencias en lo que se refiere al carácter de la nulidad. Los autores enseñan que es absoluta y que no puede ser confirmada; toda confirmación, dice Martou, supone la existencia de un germen, cuando menos, de un principio de derecho; no se confirma la nada. Y en el momento en que el deudor ha dado en hipoteca la cosa ajena no tenía en ella ningún derecho, ninguna eventualidad de derecho, ni siquiera una esperanza. Esto es decir que la hipoteca es inexistente aunque el autor no pronuncia la palabra. Los Sres. Aubry y Rau se expresan en el mismo sentido. (1) Admitiendo la consecuencia del principio de que la hipoteca de la cosa ajena no existe para la ley los editores de Zachariæ admiten implícitamente el principio. Pont parece decir que el contrato

1 Martou, t. III, p. 103, núm. 1002. Aubry y Rau, t. III, p. 263, nota 8, pfo. 266.

solamente es nulo, pero lo que dice de los caracteres de esta nulidad se aproxima más bien á la teoría de la inexistencia del acta: es un contrato al que faltó materia, puesto que el constituyente no tenía ningún derecho en la cosa de que dispuso; el contrato es, pues, como si no existiera, y, sea como fuere, permanece marcado de nulidad radical, irreparable. (1) Esto no es una nulidad, es más: es la inexistencia. No conocemos ninguna sentencia en la materia; hay una sentencia de primera instancia; dice también que la nulidad es radical, absoluta, pero no entiende con esto que el contrato sea inexistente, pues no admite las consecuencias de la inexistencia; (2) esto prueba cuán necesaria es la precisión del lenguaje en esta materia.

470. Hemos insistido en el principio porque sirve para decidir todas las dificultades en las que hay controversias. Se pregunta primero: ¿quién puede prevalecerse de la nulidad de la hipoteca? La cuestión así presentada implica que la hipoteca de la cosa ajena tiene un vicio que permite pedir su nulidad. En nuestra opinión la cuestión debiera formularse así: ¿Quién puede prevalecerse de la inexistencia del acta? Y esta dificultad no lo es, puesto que es de principio que cualquiera persona puede siempre rechazar una acta que no existe. Aunque se admitiera que sólo hay nulidad lo seguro es que ésta es de orden público; lo que conduce á la consecuencia de que cualquiera persona interesada puede oponerla.

El principio no está admitido por todos los autores; de esto controversias acerca de las consecuencias que derivan de él. En nuestra opinión el deudor puede prevalecerse de la inexistencia del acta; esto es el derecho común, en la teoría de las actas inexistentes. En la opinión que considera

1 Pont, t. II, p. 66, núm. 630.

2 Sentencia del Tribunal de Neuchâteau de 29 de Marzo de 1874 (Pasiricrisia 1875, 3, 139).

el acta como nula ó nulificable solamente se objeta que el deudor no puede invocar su dolo no pudiendo nadie prevalecerse de su mala fe para reclamar un derecho. Este es un adagio romano que ignoran nuestras leyes; hay que decir más: lo rechazan cuando la nulidad es de orden público; el bigamo puede pedir la nulidad de su matrimonio aunque haya más que dolo y mala fe; hay crimen. Esto es porque existe un interés social en causa; la ley quiere que una acta que lastima el interés general se nulifique y no produzca ningún efecto; es para alcanzar este objeto por lo que da acción á cualquiera parte interesada. Unos autores de consideración, Merlín y Troplong, sostienen la opinión contraria fundándose en la tradición romana. Se ve luego el peligro de esta argumentación tan usada en nuestra ciencia. El derecho procede, es verdad, de lo pasado, pero hay también materias en las que el derecho moderno rompió con la tradición; tal es precisamente el régimen hipotecario. ¿Por qué decimos que la hipoteca de la cosa ajena es nula y que la nulidad es de orden público? Es porque las hipotecas interesan el crédito público; esta es una idea completamente extraña á los jurisconsultos romanos; debe, pues, apartarse la tradición; extravía á los intérpretes en lugar de ilustrarlos. (1)

La cuestión, en lo que se refiere al deudor, no es mucho de teoría. En efecto, si el deudor pidiera la nulidad de la hipoteca el acreedor que sólo trató bajo la condición de la hipoteca podría promover reembolsando el crédito por analogía de lo que la ley dice en el caso en que el deudor ha disminuido por su hecho las seguridades que había dado por contrato á su acreedor (arts. 1188 y 2131; Ley Hipotecaria, art. 79).

La cuestión se hace más práctica cuando la nulidad está propuesta por unos terceros á los que el deudor vendió ó

1 Aubry y Rau, t. III, p. 264, nota 9. Pont, t. II, p. 64, 306. núm.

hipotecó el inmueble después que adquirió su propiedad. Los terceros acreedores hipotecarios ó adquirentes ¿pueden oponer la nulidad de la hipoteca constituida por el deudor cuando no sea propietario? Hay controversia; sin embargo, la mayor parte de los autores y de las sentencias se han pronunciado en favor de los terceros. (1) Si la cuestión está controvertida la razón es que la doctrina y la jurisprudencia no tienen un principio seguro. En nuestra opinión no hay ninguna duda; que se considere la hipoteca de la cosa ajena como inexistente ó como viciada de nulidad de orden público poco importa, en cualquiera hipótesis los terceros pueden prevalecerse de la nulidad. En vano se les opondría la confirmación; desde luego no es confirmar el adquirir la propiedad de la cosa que fué hipotecada por un propietario, y aunque este hecho implicara por sí la confirmación en el caso cualquiera confirmación es imposible, puesto que no se confirma la nada. Creemos inútil contestar á las objeciones que Merlin y después de él Troplong han hecho contra el derecho de los terceros; se les ha contestado de un modo perentorio por los editores de Zachariæ. En la opinión que hemos profesado las objeciones caen por sí mismas, teniendo todo tercero interesado el derecho de prevalecerse de la inexistencia del contrato de hipoteca. Si los terceros hipotecarios ó los adquirentes del inmueble no tuvieran el derecho que les reconocemos la hipoteca de la cosa ajena produciría un efecto, y el art. 1131 dice que el contrato inexistente no puede producir ningún efecto.

471. El deudor, después de haber hipotecado el inmueble ajeno, adquiere su propiedad, ya sea como heredero del propietario ó con cualquier otro título. Se pregunta si la hipoteca se vuelve válida. Si se admite el principio de la inexistencia de la hipoteca ni siquiera puede presentarse la cuestión; una acta inexistente es la nada, y ¿cómo había

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. III, p. 263, nota 8, pfo. 266.

la na la de adquirir algún efecto cualquiera? Esto es contradictorio en los términos. Hay todavía otro principio de nuestra Ley Hipotecaria que se opone á que la hipoteca de la cosa ajena esté validada: es la disposición que prohíbe terminantemente hipotecar los bienes futuros; y la hipoteca de un bien del que, cuando el acta, no se es propietario, y del que se adquiere más tarde la propiedad, sería la hipoteca de un bien futuro si fuera validada de modo que tuviera efecto á partir del contrato primitivo. Este argumento responde á la objeción que se toma en la tradición romana. Los partidarios del derecho romano olvidan que los juriconsultos de Roma ignoraban el principio de la especificación; no tenían ninguna idea de los motivos de interés público que se oponen á que el deudor hipoteque bienes futuros; lógicos antes que todo debían admitir que la hipoteca de la cosa ajena se valida cuando el deudor se convierte en propietario del inmueble. Seamos lógicos como nuestros maestros, teniendo en cuenta los nuevos principios de nuestro régimen hipotecario, y llegaremos á esta consecuencia: que la hipoteca de la cosa ajena, si pudiera validarse, sería en realidad la hipoteca de un bien futuro; y nuestra ley prohíbe terminantemente esta hipoteca. Este es el argumento que la comisión de la Cámara de Diputados hizo valer, y es decisivo. Sólo que el Relator hace mal en decir que el artículo, tal como lo presentaba la comisión, zanjaba la dificultad, pues el art. 78 reproduce textualmente el art. 2129 del Código Civil; si la comisión quería decidir la controversia por una disposición expresa debía haber formulado su opinión en el artículo de la ley. En el silencio del texto la cuestión queda sujeta á contestación apesar de la solución que la comisión le dió. (1)

1 Martou, t. III, p. 100, núm. 1002; Pont, t. II, p. 61, núms. 627 á 630 y las autoridades que citan. En sentido contrario Merlin y Troplong. Compárese Lelièvre, informe (Parent, p. 144).

Se puede hacer contra la opinión generalmente seguida una objeción que á primera vista parece muy especiosa. La venta de la cosa ajena se convierte en válida cuando el vendedor adquiere la propiedad. Si la enajenación total se valida ¿por qué no se validaría la parcial? Ya hemos contestado al establecer que los principios que rigen la venta no reciben aplicación á la hipoteca (núm. 468). La razón es que la venta de la cosa ajena es nula únicamente en interés del comprador, mientras que la hipoteca de un inmueble que no pertenece al deudor choca con todos los principios del régimen hipotecario, y estos principios son de orden público.

472. Del principio de que la hipoteca de la cosa ajena permanece nula aunque el deudor se vuelva propietario del inmueble se sigue que no se puede hipotecar la cosa ajena bajo la condición de hacerse propietario de ella. La consecuencia está controvertida tanto como el principio, pero las malas razones que Troplong hace valer contra la opinión general sólo sirven para fortificarla. La hipoteca, dice, recae en este caso en un inmueble determinado, luego el principio de la especificación está respetado. Contestamos que la ley está violada, pues prohíbe terminantemente la hipoteca de los bienes futuros (art. 78; Código Civil, art. 2131), sin distinguir si la hipoteca está constituida en la generalidad de los bienes ó en bienes determinados. (1) Nuestra ley ha dado nueva fuerza al argumento desechando la excepción que el art. 2130 admitía: toda hipoteca de un bien futuro está prohibida, y la hipoteca de la cosa ajena bajo la condición de volverse propietario de ella no es más que la hipoteca de un bien venidero.

473. ¿Puede hipotecarse el inmueble que pertenece á un tercero respondiéndolo de él? La afirmativa no es dudosa;

1 Martou, t. III, p. 104, núm. 1004. Aubry y Rau, t. III, p. 262, nota 5, párrafo 266. En sentido contrario Troplong, núm. 528.

esto es la aplicación del art. 1120, según el cual puede uno responder por un tercero prometiendo el hecho de éste. Se entiende que la hipoteca no existirá sino cuando el tercero propietario haya ratificado el compromiso tomado en su nombre, pues sólo entonces será cuando habrá consentimiento del propietario, y no puede formarse contrato de hipoteca sin la voluntad del deudor á quien pertenece el inmueble. Transladamos á lo dicho acerca del efecto de la ratificación en materia de hipoteca (núms. 449-450). La cuestión está controvertida. (1)

474. Se ve que la hipoteca de la cosa ajena nunca puede ser validada de modo que exista desde el origen contra los terceros. Los principios de nuestro régimen hipotecario se oponen á ello. La hipoteca sólo es eficaz para con los terceros por la inscripción; y ésta supone la existencia de la hipoteca que se publica por esta vía; la inscripción no puede conservar derechos que no existen. Todo tercero, aun acreedor quirografario, puede prevalecerse de la inexistencia de la hipoteca; por consiguiente, de la nulidad de la inscripción; si un acreedor hipotecario se inscribe tendrá el primer lugar aunque sea posterior al acta inscripta, pues la inscripción, así como la hipoteca, no tiene existencia legal en el caso. Sucedió que el propietario haya ratificado la hipoteca que se había consentido en su inmueble; esta ratificación valdrá como un nuevo contrato de hipoteca y, por tanto, no tendrá efecto más que en virtud de una nueva transcripción; la primera no tenía ninguna eficacia. (2)

§ II.—DE LA HIPOTECA CONSENTIDA POR UN PROPIETARIO
CUYO DERECHO ES CONDICIONAL Y RESCINDIBLE.

475. El art. 78 (Código Civil, art. 2129) dice que el deu-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 262, nota 6, pfo. 266. En sentido contrario, Mourlon, t. III, p. 66, núm. 956 y una sentencia de la Corte de Orleans que cita.
2 Bruselas, 26 de Diciembre de 1816 (Pasirisia, 1816, p. 269).