

495. ¿Cuál es la situación del deudor insolvente que hace cesión de todos sus bienes á sus acreedores? Un autor responde que el deudor no puede *evidentemente* constituir hipoteca en los inmuebles cedidos por él. (1) Si fuera permitido hablar de evidencia en una materia controvertida habría que decir que la opinión contraria es evidente. Es de principio que el contrato de cesión no transmite á los acreedores la propiedad de los bienes que les cede el deudor; en cuanto á la cesión judicial la ley dice terminantemente que no es translativa de propiedad. Si la cesión no translada la propiedad á los acreedores se sigue que el deudor permanece propietario de ellos; desde luego tiene el derecho de propiedad, á no ser que la ley no lo marque con incapacidad; y la ley no lo declara incapaz, lo que decide la cuestión.

Otro autor parece decir que el deudor deja de ser propietario aunque la propiedad no esté transmitida á los acreedores: los bienes están vacantes, dice Tarrible; se les nombra un curador; (2) esto no probaría que el deudor dejó de ser propietario; se nombra también un curador para el inmueble que el tercero abandona por promoción de los acreedores hipotecarios; no obstante, es seguro que el tercero detentador permanece propietario. La verdadera dificultad no está ahí. El abandono que el deudor hace á sus acreedores da á éstos el derecho de mandar vender los bienes; ¿puede impedir este derecho enajenando ó hipotecando los bienes cedidos? Ya hemos contestado á la pregunta en otro lugar. La cesión implica un mandato; el deudor nada puede hacer que ataque el poder que dió á sus acreedores para vender (tomo XVIII, núm. 225). Luego para con los acreedores el deudor no puede hipotecar. Y para con los terceros con-

de la Corte de Lieja de 6 de Agosto de 1859 y de 3 de Mayo de 1871 (Pasirisia, 1861, 2, 178; 1871, 1, 283).

1 Pont, t. II, p. 58, núm. 621.

2 Merlin, Repertorio, en la palabra Inscripción hipotecaria, pfo. 4, núm. 6.

serva el derecho de hipotecar. ¿Cómo conciliar estos dos derechos que son contradictorios? Teniendo el deudor el derecho de hipotecar el acreedor hipotecario puede hacer valer su derecho contra los acreedores á los que fueron cedidos los bienes. ¿Estos, por su parte, no pueden pedir la nulidad de la hipoteca que el deudor ha consentido en perjuicio de sus derechos? Tienen la acción pauliana, pero esta acción no les aprovecha mucho, pues tienen que probar que el tercer acreedor es cómplice del fraude; de modo que la hipoteca subsistirá si el acreedor hipotecario es de buena fe. ¿No puede decirse que los acreedores tienen derecho de promover la nulidad sin tener que probar el fraude? Esta es la opinión que hemos enunciado en el título *De las Obligaciones*. Hay una duda: es que si se permite á los acreedores promover la nulidad el acreedor hipotecario perderá su derecho, sin que pueda reprochársele imprudencia alguna; se supone que trató en ignorancia de la cesión. (1) Esta objeción nos importa poco. No es este el caso de aplicar los principios de la acción pauliana; si la ley exige el fraude para que los acreedores puedan atacar las actas hechas por el deudor es porque el deudor conserva la libre disposición de sus bienes; no se comprometió con sus acreedores á no hipotecar; mientras que el deudor que hizo cesión de bienes tomó este compromiso no está ya en la posición de un propietario libre de disponer de sus bienes, abdicó esta libertad; aquellos en favor de los que la abdicó deben tener el derecho de atacar las actas que hace despreciando estos derechos. Aquí está el verdadero motivo de la dificultad. ¿Cuál es la naturaleza del derecho que la cesión da á los acreedores? No es un derecho real, puesto que no son propietarios, y no puede tratarse de un desmembramiento de

1 Esta es la razón por la que Aubry y Rau se han pronunciado en favor del acreedor hipotecario (t. III, p. 272, y notas 38 y 39, pfo. 266).

la propiedad. La cesión es un contrato que sólo engendra derechos de crédito. Es un mandato dado á los acreedores en su interés; y el mandato no da á los mandatarios más que un derecho personal contra el mandante, no les da ningún derecho en la cosa. En el caso los acreedores mandatarios no tienen más que una acción personal contra el deudor que les hizo cesión de bienes, no tienen derecho en los bienes abandonados. ¿Desde luego no debe decidirse que no tienen ninguna acción contra los terceros adquirentes ni contra los acreedores hipotecarios? Los terceros son extraños á la cesión; luego las partes no se la pueden oponer. La opinión contraria que hemos sostenido en el título *De las Obligaciones* está más conforme con la equidad y con el interés de los terceros; pero se necesitaría un texto para consagrarla. En definitiva, hay un vacío en la ley; lo señalamos al legislador.

496. El deudor quebrado no puede ya hacer una acta de disposición después de la sentencia declarativa de quiebra. Está desposeído de la administración de sus bienes en interés de la masa; por consiguiente, no puede ya hipotecar sus bienes en perjuicio de los acreedores de la quiebra. La ley va más allá; declara nulas para con la masa las hipotecas convencionales constituidas en los bienes del quebrado desde la época determinada por la sentencia declarativa de quiebra, como siendo la de suspensión de pagos, ó en los diez días que precedieron á esta época (ley de 18 de Abril de 1851, art. 445). Traducimos, en cuanto á los pormenores, al derecho comercial.

§ VIII.—DE LA ESPECIFICACIÓN DE LAS HIPOTECAS CONVENCIONALES.

*Núm. 1. Principio.*

497. En el derecho antiguo la hipoteca convencional era

general: todo contrato pasado ante notario daba al acreedor una hipoteca en los bienes de su deudor, presentes y futuros. La hipoteca era, á la vez, oculta y general, mientras que, en nuestro derecho moderno, es pública y especial: son las dos bases de nuestro régimen hipotecario. Ya hemos dicho que los jurisconsultos antiguos habían ya criticado el sistema romano de la clandestinidad de las hipotecas; sin embargo, el principio de publicidad tuvo dificultad en penetrar en las inteligencias alimentadas en el respeto de la tradición; d'Aguesseau se hizo defensor de la hipoteca oculta que estaba en completa oposición con las necesidades modernas. La especificación tiene íntima liga con la publicidad; ésta sería incompleta é insuficiente si no descansara en la especificación que determina los bienes hipotecados y el crédito para cuya seguridad fué establecida la hipoteca. El interés que los terceros tienen en conocer los bienes gravados de hipoteca y el monto del crédito para cuyo pago están gravados es de tanta evidencia que no podrá mucho negársela. Loyseau lo ha hecho notar en su *Tratado del Abandono*, pero no veía ningún inconveniente en la generalidad de la hipoteca en lo que se refiere al deudor: es muy racional, decía, hacerlo buen pagador por todos los medios. (1) Esto no es exacto; no es necesario que la hipoteca sea general para que dé al acreedor una completa garantía, basta que la hipoteca esté establecida en bienes que tengan valor suficiente para asegurar el pago del crédito y de los gastos. En cuanto al deudor está tan interesado como los terceros en que la hipoteca no grave más que los bienes necesarios á la garantía del acreedor, pues su crédito sufre por sólo que sus bienes estén cubiertos de inscripciones, mientras que si la inscripción no recae más que en determinados bienes conserva un crédito proporcional á los que quedan libres. Y el crédito de los propietarios es la

1 Loyseau, Del abandono, lib. III, cap. I, núms. 14 y siguientes.

base de la riqueza pública. La especificación es, pues, de interés general en lo que se refiere al deudor y en lo que se refiere á los terceros adquirentes ó acreedores hipotecarios. Si Loyseau no comprendió este interés es porque el poder de la tradición domina á los mejores espíritus (números 161-172).

498. La Revolución rompió con la tradición; por esto mismo estaba dispuesta para innovar en el dominio del derecho privado tanto como en el terreno público. Así se explican las leyes de Mesidor, año III, y de Brumario, año VII, que fundaron el régimen hipotecario en sus verdaderas bases, la especificación y la publicidad, sin tener cuenta alguna de la tradición romana que el legislador revolucionario estaba muy dispuesto á despreciar. Pero la reacción contra la Revolución no tardó en manifestarse: el Consulado preparó el Imperio. Los autores del proyecto del Código Civil volvieron á la tradición francesa; sentaron como principio que la hipoteca convencional se extendía á los bienes presentes y futuros del deudor, salvo estipulación contraria. Por fortuna la Corte de Casación se pronunció enérgicamente en favor de la ley de Brumario. (1) La especificación fué consagrada por el Código Civil; no obstante, con anotaciones restrictivas; las hipotecas legales y judiciales eran generales y la hipoteca convencional misma podía extenderse á los bienes futuros en caso de insuficiencia de los bienes presentes. Así la especificación era incompleta así como la publicidad. El legislador belga, más lógico, volvió á los verdaderos principios, tales como la ley de Brumario los había formulado. Nuestra Ley Hipotecaria somete á la publicidad y á la especialidad las hipotecas legales de los incapaces: abole la hipoteca judicial y desecha la hipoteca convencional en bienes futuros. Nada es peor que leyes que

1 Observaciones del Tribunal de Casación, en Fenet, t. II, ps. 615 y siguientes.

tratan de conciliar principios contrarios: la especificación y la generalidad de las hipotecas, la publicidad y la clandestinidad: se transige en intereses, no se trantige en principios, porque los principios son la verdad relativa tal como está dado al hombre conocerla, y cuando se conoce la verdad se tiene el deber de proclamarla.

499. La especificación prepara la publicidad, pero hay que cuidarse de confundir estas dos bases de nuestro régimen hipotecario. Puede uno equivocarse y la jurisprudencia no siempre supo evitar el escollo. Hay un primer punto en el que no hay ninguna duda. La ley belga, así como el Código Civil, quiere que el acta notariada en que consta el contrato especifique la hipoteca, y quiere también que la inscripción sea especial. ¿Quiere esto decir que la especificación del contrato de hipoteca no sirva más que para preparar la especificación de la inscripción? Si así fuera la especificación de la inscripción sería el objeto y la del acta notariada el medio; de donde resultaría que el objeto de la especificación estaría alcanzado desde que la inscripción especificara la hipoteca, aunque el contrato hubiera omitido especificar ó no lo hubiera hecho lo bastante. Los textos del Código rechazan esta interpretación. Hay dos principios: la especificación y la publicidad; y aunque estos principios concurren á un mismo objeto son distintos y difieren. El art. 78 dice: «*Sólo hay hipoteca convencional válida cuando declara especialmente la naturaleza y la situación de cada uno de los inmuebles en los que el deudor consiente hipoteca.*» Así la hipoteca es nula cuando el acta notariada no especifica los inmuebles en los que está establecida. También es nula, según el art. 80, cuando el acta no determina la suma por la que fué consentida. Y la hipoteca nula no produce ningún efecto. En vano el acreedor en el momento de tomar inscripción declararíala los bienes y la suma: la inscripción sería inoperante, pues estaría tomada en virtud

de un derecho que no existe. En efecto, la inscripción sólo es la manifestación de la hipoteca, que hace pública en interés de los terceros; supone, pues, un derecho preexistente que se trata de conservar, como la ley lo dice de la publicidad de los privilegios; donde no hay derecho la inscripción nada puede conservar; si se toma, esto es, sin derecho, el propietario de los bienes indebidamente gravados puede pedir la cancelación y el tribunal tiene que pronunciarla (art. 95; Código Civil, art. 2160). La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (1)

Si la inscripción, aunque regular, no valida la hipoteca nula por falta de especificación es evidente que la validez de la hipoteca no impide ser nula la inscripción cuando ésta no especifica suficientemente los inmuebles y el crédito; los terceros no consultan el acta notariada que constituye la hipoteca; desde que la inscripción es irregular y que resulta un perjuicio para ellos pueden pedir su nulidad, lo que quita su eficacia á la hipoteca.

500. El acta de hipoteca puede ser mueble y serlo también la inscripción por falta de especificación. Hé aquí en apariencia una completa analogía; sin embargo, hay una diferencia, y es bien grande. La Ley Hipotecaria establece el principio de que la irregularidad de la inscripción sólo arrastra nulidad cuando resulta de ella un perjuicio en detrimento de los terceros (art. 85). Este principio no recibe su aplicación á la falta de especificación en el contrato de hipoteca; basta que el acta no especifique la hipoteca para que ésta sea nula; los arts. 70 y 80 (Código Civil, artículos 2129 y 2132) no subordinan la nulidad de la hipoteca á un perjuicio que resultare á los terceros; por sólo que la hipoteca no fué especificada es nula. La razón de esta diferen-

1 Pont, t. II, p. 109, núm. 672. Casación, 8 de Febrero 1810 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 1292); Denegada, 18 de Diciembre de 1822 (Daloz, *ibid.*, núm. 1296), y Denegada, 26 de Abril de 1852, Sala Civil (Daloz, 1852, 1, 131).

cia se relaciona á la diferencia de los dos principios de especificación y de publicidad. La hipoteca sólo es válida bajo la condición de ser especial; en cuanto á la publicidad no está requerida para la validez de la hipoteca; supone, al contrario, que la hipoteca es válida, sólo subordina sus efectos á la inscripción. La publicidad está destinada á ilustrar á los terceros; si es insuficiente y que, por tanto, los terceros están inducidos á error pueden pedir la nulidad de la inscripción probando que la irregularidad les causó un perjuicio. No pasa lo mismo con la irregularidad del acta de hipoteca; esto no es una cuestión de perjuicio, pues los terceros no tratan después de haber consultado el acta; amenudo ni la conocen; es una cuestión de validez de una acta que la ley sujeta á condiciones y á formas en interés general.

501. La hipoteca debe ser especificada en cuanto á los inmuebles que están gravados y en cuanto al crédito para cuya garantía fué consentida. Ya hemos dado la razón de esto.

*Núm. 2. De la especificación en cuanto á los bienes.*

502. ¿En qué consiste la especificación en cuanto á los bienes? El acta notariada debe declarar especialmente la naturaleza y la situación de los inmuebles pertenecientes al deudor en los que consiente la hipoteca del crédito (artículo 78; Código Civil, art. 2129). Es necesario que la especificación se haga por acta notariada; el deudor tiene que declarar cuáles bienes hipoteca, y esta declaración debe encontrarse «ya en el título auténtico constitutivo de hipoteca, ya en acta auténtica posterior;» es decir, en el contrato de hipoteca cuando es distinto del contrato principal, y en rigor en una acta separada que especifique los inmuebles, acta que sería la continuación de la que constituye la