

inscripta. (1) La crítica estaría fundada si realmente hubiera habido hipoteca condicional. Pero el acta no decía esto; el donante prometía sólo reportar la hipoteca en otro inmueble, á su elección, en caso de venta de la casa hipotecada. Por esto la Corte de Casación no dice que la donataria tenía una hipoteca condicional; dice, al contrario, que la mujer no tenía hipoteca y que, por tanto, hubiera tomado simplemente inscripción.

539. La ley permite á las partes agregar á sus contratos toda clase de condiciones. Hay una excepción en la ley de 15 de Agosto de 1854 para la cláusula llamada *aparejada ejecución*. El art. 90 dice: "Se permite estipular en las convenciones que á falta de ejecución de los compromisos tomados para con él el acreedor privilegiado ó hipotecario tendrá el derecho de mandar vender su prenda en la forma de venta voluntaria." Pero la ley no autoriza esta cláusula más que bajo la condición que determina: es necesario que el acreedor esté inscripto el primero y que la estipulación de aparejada ejecución haya sido publicada por la inscripción. La venta tiene lugar, en este caso, en subasta, ante un notario nombrado por el presidente del tribunal.

La legislación francesa prohíbe la cláusula de aparejada ejecución. Según el art. 942 del Código de Procedimientos revisado es nula toda cláusula que dice que á falta de ejecución de los compromisos tomados para con él el acreedor tendrá el derecho de mandar vender los inmuebles de su deudor sin llenar las formalidades prescriptas para el embargo inmobiliario.

Perteneciendo esta materia al procedimiento trasladamos al excelente comentario de nuestro sentido colega M. Waelbroeck acerca de la ley de 1854. (2)

1 Merlin, Cuestiones de derecho, en la palabra Hipoteca, pfo. XIV, sec. II (t. VIII, p. 173). La sentencia de Casación de 5 de Diciembre de 1809 está relatada por Merlin.

2 Waelbroeck, Comentario de la ley de 15 de Agosto de 1854, t. III, ps. 566

540. El art. 2078 prohíbe al acreedor prendista estipular que á falta de pago podrá apropiarse la prenda ó disponer de ella sin las formalidades prescriptas por la ley. Hay una disposición análoga para la anticresis (art. 2088). ¿Se aplica esta prohibición al contrato de hipoteca? Las partes convienen que el acreedor á falta de pago se volverá propietario del inmueble hipotecado. ¿Es válida esta cláusula? La cuestión está controvertida. En nuestro concepto debe ser decidida negativamente. La hipoteca y los derechos que resultan de ella son de orden público; el acreedor tiene un derecho de preferencia y un derecho de prosecución que ejerce por la vía de expropiación. ¿Puede realizar su derecho por otras vías? No, pues esto sería derogar las leyes del embargo inmobiliario, que son igualmente de orden público. El texto de la Ley Hipotecaria lo prueba. Se necesita una disposición terminante para autorizar la cláusula de aparejada ejecución, y la ley solo la permite bajo las condiciones que determina (núm. 539). Se necesitaría también un texto para validar en materia de hipoteca la cláusula que los arts. 2078 y 2088 prohíben en materia de empeño.

Las sentencias en pró ó en contra tienen poca autoridad porque están muy mal motivadas. Hay una sentencia de la Corte de Agén, conforme con nuestra opinión, pero fundada únicamente en el temor de favorecer el agio. (1) La Corte de Tolosa, que validó la cláusula, invoca el adagio de que la ley permite todo lo que no prohíbe; (2) esto es verdad en los contratos ordinarios en que la ley sólo prevee lo que quieren las partes; esto no es verdad en las convenciones, que son de orden público. La mayor parte de las sentencias declaran la cláusula válida interpretándola como

y siguientes. Compárense, sobre el derecho francés, Aubry y Rau, t. III, página 284, pfo. 266.

1 Agén, 28 de Diciembre de 1842 (Daloz, en la palabra Empeño, núm. 274, l. °)

2 Tolosa, 16 de Marzo de 1812 [Daloz, en la palabra Empeño, núm. 275, l. °]

venta condicional. (1) Si las partes entendieran hacer una venta, y si su convención presenta todos los caracteres de este contrato, debe sin duda, ser validada; pero sería desconocer la intención de los contratantes y las disposiciones de la ley el confundir la cláusula de los arts. 2078 y 2088 con la venta. Esta es esencialmente translativa de propiedad, aunque sea condicional, si la venta se realiza por el cumplimiento de la condición; mientras que el contrato de hipoteca deja la propiedad al deudor. Hay otras diferencias entre ambas convenciones que es inútil señalar.

SECCION IV.—De la hipoteca testamentaria.

541. Según el art. 43 la hipoteca es legal, convencional ó testamentaria. El art. 44 define la hipoteca testamentaria en los siguientes términos: «Es la que está establecida por el testador en uno ó varios inmuebles especialmente designados por el testamento para la garantía de los legados hechos por él.» Esta es la única disposición que la ley contiene acerca de la hipoteca testamentaria. Creemos que los vacíos que presenta tienen que ser llenados por los principios generales que rigen nuestro sistema hipotecario. Así el art. 44, que somete la hipoteca testamentaria al principio de la especificación en lo relativo á los bienes, nada dice de la especificación del crédito. ¿Quiere esto decir que la hipoteca testamentaria no tenga que ser especial en cuanto al legado cuya ejecución asegura? Esto sería inadmisibile. La nueva ley sujeta á la especificación las hipotecas más favorecidas: las de los incapaces; hace, pues, de la especificación un principio general sin excepción; no habrá, seguramente, razón para exceptuar la hipoteca testamentaria. El legislador habrá pensado que el crédito está determinado por la

¹ Casación, 1.º de Julio de 1844; Montpellier, 30 de Julio de 1833 y 6 de Marzo de 1840, Tolosa, 16 de Marzo de 1812 (Dalloz, en la palabra Empeño, núms. 313 y 275).

misma naturaleza del legado; pero esto no sería exacto, pues la cosa legada puede consistir en una prestación; es, pues, necesario aplicar por analogía lo que la ley dice de las prestaciones impuestas al donatario; para que el donatario tenga privilegio por este punto el cargo debe ser liquidado. Asimismo la prestación legada debiera ser liquidada para que la hipoteca testamentaria pudiera ser inscrita. No se podría decir que la hipoteca es nula por falta de esta especificación, pues no hay nulidad sin texto; pero la inscripción, en todo caso, debiera especificar el crédito; en efecto, el art. 83 (Código Civil, art. 2148), que exige la mención del monto del crédito, es aplicable á todas las hipotecas. En la opinión que hemos enseñado la especificación es una condición requerida para la existencia de la hipoteca. Si tal es el principio para las hipotecas legales y convencionales hay que admitirlo también para la hipoteca testamentaria, pues los motivos son idénticos. No se puede objetar el silencio de la ley, puesto que nuestras leyes no contienen un sistema completo acerca de la teoría de las actas inexistentes. Los principios generales y los argumentos de analogía bastan. Suponemos que la hipoteca testamentaria debe ser inscrita; el art. 44 no lo dice, pero no necesitaba decirlo, pues los artículos de la ley que subordinan los efectos de la hipoteca á la publicidad son aplicables á todas las hipotecas (arts. 81 y 96).

542. ¿Cuál es el objeto de la hipoteca testamentaria? El art. 44 dice que el testador puede establecerla para la garantía de los legados que hace. Según el proyecto de la comisión especial la hipoteca podrá también ser constituida para la garantía de las deudas del testador. La palabra *deudas* desapareció del artículo sin que se sepa por qué motivo. ¿Debe concluirse de esto que el testador no puede conceder una hipoteca á uno de sus acreedores? En rigor esta conse-

cuencia resulta del texto de los arts. 42 y 44. Según el art. 42 la hipoteca sólo tiene lugar en *los casos autorizados por la ley*, y el art. 44 no autoriza la hipoteca testamentaria más que para la garantía de los *legados*. Sin embargo, este argumento no es tan decisivo como parece ser. El testador puede legar á su acreedor lo que le debe; la deuda se convierte entonces en una cosa legada y entra, por consiguiente, en los términos del art. 44; y dando una hipoteca al acreedor le lega implícitamente la cosa debida, agregándole una garantía hipotecaria. Esta interpretación permite conciliar los textos con los principios. No hay ninguna razón para prohibir al testador legar una hipoteca: puede legar toda la propiedad á su acreedor; ¿por qué no había de poderle legar un desmembramiento de la propiedad? Puede legar toda clase de derecho; ¿por qué había de haber excepción para la hipoteca? Se invocaría en vano el retiro de la palabra *deudas* que se encontraba en el proyecto; no se sabe por qué fué quitada esta palabra; puede haber sido porque era inútil, como acabamos de explicarlo. En todo caso el silencio de la ley no basta para que se pueda inducir una derogación de los principios. (1)

543. Bajo el imperio del Código Civil se admitía generalmente que los legatarios tenían una hipoteca legal en los bienes de la sucesión. Se preguntará si la nueva ley deroga al art. 1017, en el que se fundaba esta pretendida hipoteca. Todas las comisiones están unánimes en declarar que la hipoteca legal del Código Civil, tal cual se la interpretaba, está abrogada. Importa hacer constar los motivos por los que los informes declaran que la hipoteca de los legatarios está abolida.

La comisión especial se expresa como sigue: "Propone dar al testador la facultad de constituir una hipoteca en los bienes para asegurar el pago de una deuda ó de un legado.

1 Cloes, Comentario, t. III, p. 39, núm. 1002.

Pareció tanto más útil concederle este derecho cuanto que la supresión de las hipotecas generales, admitidas en principio, comprende necesariamente la hipoteca resultante del art. 1017 en favor de los legatarios en los bienes de la sucesión." (1) Así la comisión propone admitir la hipoteca testamentaria para reemplazar la hipoteca legal del art. 1017; supone que esta hipoteca general está abrogada por la nueva ley, la que, en principio, desecha las hipotecas generales aun más favorecidas: las de los menores y de las mujeres casadas.

En su primer informe M. Lelièvre dice igualmente que la ley, al suprimir la hipoteca general concedida al legatario por el art. 1017 del Código Civil, necesitaba autorizar al testador para conceder al legatario una hipoteca para la seguridad del pago de su legado. En un segundo informe M. Lelièvre justifica la proposición de una hipoteca testamentaria, y agrega: "Por medio de esta disposición (artículo 44) se entiende que la hipoteca que resulta de los artículos 1009, 1012 y 1017 del Código Civil está abrogada. Esto es lo que está admitido, por unanimidad, por la comisión y por el Ministro de Justicia." (1)

Fundándose en los trabajos preparatorios M. Delebecque emite la opinión de que la hipoteca legal de los legatarios está abolida. Martou se pronunció en favor de la opinión contraria, la que fué combatida por M. Thiry, nuestro sabio colega de la Universidad de Lieja. (1) Nos adherimos sin titubear á su opinión. Creemos, como él, que la pretendida hipoteca legal de los legatarios no existió nunca; el Código Civil mencionaba las hipotecas legales (art. 2121) y no comprendía á los legatarios entre los que la ley conce-

1 Informe de la comisión especial (Parent, p. 37).

2 Lelièvre, informe (Parent, ps. 129 y 193).

3 Delebecque, p. 188, núm. 232. Martou, t. II, p. 324, núm. 708, seguido por Cloes, t. III, p. 36, núm. 1000. Thiry, en la *Bélgica Judicial*, t. XIV, número 517.

de una hipoteca; el único derecho que les daba era pedir la separación de patrimonios; lo que les aseguraba su pago en los bienes de la sucesión, con preferencia á los acreedores del heredero. Tal es el sentido de los artículos del Código que se citan como estableciendo una hipoteca legal en favor de los legatarios; si dicen que los legatarios y demás deudores de los legados están obligados hipotecariamente por el todo; esto es una suposición, y suponer no es disponer; la suposición se explica, además, por lo que el Código llama el privilegio de separación, privilegio que daba á los legatarios un derecho de preferencia para con los demás acreedores del heredero; y el privilegio es una hipoteca privilegiada. La nueva ley no deroga en este punto el Código Civil.

Aun colocándose en el terreno de la opinión general que reconocía una hipoteca legal á los legatarios hay que decir, con los autores de la ley belga, que esta hipoteca queda abrogada por la Ley Hipotecaria. Se objetan los principios que rigen la abrogación tácita. Una ley general, se dice, no abroga una ley especial; para que una ley abrogue una ley anterior es necesario que haya una posibilidad de aplicar ambas leyes simultáneamente. Ya hemos contestado en otro lugar que el Código ignora los principios acerca de la abrogación tácita que se toma de la tradición y que se hace mal en aplicar un poco mecánicamente. La abrogación tácita es, ante todo, una cuestión de voluntad. ¿Y qué quiso el legislador belga? Estableció un sistema completo acerca del régimen hipotecario, sistema que deroga en puntos esenciales el régimen del Código Civil. Así es especialmente para las hipotecas generales. La nueva ley las proscribió; no comprendemos que se haya negado invocando la hipoteca general del Estado; esta es una excepción que confirma la regla. La regla es que las hipotecas más favorecidas, las de los menores y de las mujeres casadas, están sometidas al principio de la especificación. ¿Se concibe que

negando una hipoteca general á los menores la ley dé una á los legatarios que tienen un medio fácil de resguardar sus intereses: la separación de patrimonios? Si el legislador hubiera querido mantener la hipoteca de los legatarios tal cual se admitía la hubiera sometido á la especificación; no indicó ningún medio de especificarla, luego la suprime. Esto es lo que se debiera haber dicho aunque no nos hubieran enseñado nada los trabajos preparatorios acerca de la intención del legislador. Pero los autores de la ley han hablado. Martou aparta los informes de las comisiones; dice que en lugar de repetir diez veces que la hipoteca de los legatarios está abrogada las comisiones hubieran hecho mejor de inscribirlo una sola vez en la ley. Sea, pero esto no prueba que no deba tenerse ninguna cuenta de lo que han dicho. Repetimos que esta es una cuestión de intención; y los autores de la ley belga han declarado que establecían la hipoteca testamentaria en lugar de la hipoteca legal abrogada en virtud del nuevo régimen. Hay, pues, un texto que implica la abrogación de la hipoteca legal: son los artículos 42 y 44 que crean la hipoteca testamentaria; esta hipoteca, dicen los autores de la ley, no tiene más razón de ser que la abrogación de la hipoteca legal; luego los artículos 42 y 44 consagran implícitamente esta abrogación.⁽¹⁾

544. El art. 44 no dice nada de la forma en la que la hipoteca testamentaria debe ser constituida. Era inútil haberlo dicho quedando decidida la cuestión implícitamente por el texto de la ley; decir que la hipoteca testamentaria es la por la que el *testador* establece una hipoteca en favor del *legatario* es decir que todo testamento puede contener una constitución de hipoteca, no sólo los testamentos auténticos sino también los ológrafos y místicos. Se objeta que en el silencio de la ley deben aplicarse los principios

¹ Hay una sentencia, en este sentido, muy bien motivada del Tribunal de Marché de 21 de Octubre 1870 (Pasicrisia, 1873, 3, 243).