

Existe la obra del Sr. Saint-Joseph, titulada: "Concordancia entre las leyes hipotecarias extranjeras y francesas;" pero sobre no ser este libro de fácil adquisicion, tiene la desventaja, de no contener completa la coleccion de leyes hipotecarias, pues no ha podido considerar el Código italiano, la ley hipotecaria española, el Código de Portugal, el Argentino, ni nuestros códigos nacionales, esto es, el del Estado de Veracruz y el del Estado de México.

Para no hacer demasiado voluminosa esta obra, solo publicamos algunos de los códigos extranjeros; pero entendemos que esto basta para el objeto que nos hemos propuesto.

Contendrá, pues, la 2ª parte de esta obra los códigos siguientes en la parte relativa á hipotecas.

|                  |                      |
|------------------|----------------------|
| Austria.         | Holanda.             |
| Baviera.         | Italia.              |
| Bélgica.         | Luisiana.            |
| Bolivia.         | México (Estado de)   |
| Cerdeña.         | Portugal.            |
| Dos Sicilias.    | Prusia.              |
| España.          | República argentina. |
| Estados romanos. | Toscana.             |
| Francia.         | Vaud (canton de) y   |
| Friburgo.        | Veracruz (Estado de) |

Si nuestro libro fuere de alguna utilidad, habrán quedado satisfechos nuestros deseos y recompensados nuestros afanes.

## DERECHO HIPOTECARIO COMPARADO.

### LECCION 1ª

### INTRODUCCION.

#### SEÑORES:

Nos obliga la ley, en el curso actual, á hacer estudios de Legislacion comparada, especialmente en lo relativo á derecho penal, á derecho mercantil y al régimen hipotecario. Toca su turno á esta última materia, y procuraremos cumplir con el precepto de la ley, comentando los títulos de nuestro código civil relativos al tratado de hipotecas, y comparando sus prescripciones con las de los principales códigos, así nacionales como extranjeros. No omitiremos, al hacer esta comparacion, nuestro antiguo código de las Partidas, tan íntimamente relacionado con el derecho romano, y tan interesante aun para la República, ya porque durante algun tiempo habrá que hacer aplicaciones prácticas de aquella legislacion, aun en los lugares en que nuevos códigos han remplazado á la legislacion antigua, y ya porque en muchos Estados es aun la vigente.

Antes de comentar el texto de nuestro código, en esta materia tan interesante y tan esencialmente práctica, conviene

anticipar algunas nociones preliminares, que reduciré principalmente al origen y desarrollo de esta institucion en nuestra legislacion antigua, y á los diferentes sistemas que las legislaciones modernas han establecido en sus respectivos códigos.

En el dia, se tiene como un principio fundamental en materia de obligaciones, que el hombre responde de hacer efectivas las que contrae en todos los actos de la vida civil, con los bienes que poseé.—En cierto modo puede decirse, que prescindiendo de todo sistema hipotecario, el hombre garantiza el cumplimiento de sus obligaciones civiles con los bienes de toda especie que forman su fortuna ó patrimonio, y en consecuencia que las personas en cuyo favor se han contraido esas obligaciones, tienen como garantía de su derecho, una verdadera hipoteca sobre los bienes de su deudor, así los muebles como los raíces, así los presentes como los futuros, así los corporales como los incorporales, llamados acciones ó derechos. En general esta hipoteca se estiende á cuanto el hombre poseé como su patrimonio, á todo aquello que puede ser objeto del comercio humano.

Pero esta hipoteca pierde tanto de su virtud y eficacia cuanto avanza en extension y amplitud. No impidiendo al deudor, ni limitando en manera alguna, sus derechos como dueño y como poseedor, presenta ancho campo al deudor fraudulento, para dejar burlados é ineficaces los derechos mas respetables. Como toda institucion cuyo origen primitivo se busca en la naturaleza misma del hombre y en la naturaleza de sus relaciones con sus semejantes, supone para ser buena y eficaz, la mejor buena fé, el empeño mas formal y decidido para ver como sagrados nuestros compromisos, y como indeclinable la obligacion de cumplirlos.

Por desgracia, aun en las sociedades mas moralizadas los

hombres en su gran generalidad, están muy lejos de encontrarse en las condiciones que acabamos de indicar, y de esto procede la necesidad de buscar garantías eficaces para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se contraen.

Hemos dicho que en el dia se tiene como un principio fundamental en materia de obligaciones, que el hombre responde de la eficacia de las que contrae con todos los bienes que poseé. Obtenida la declaracion de un derecho y la eficacia de la obligacion correlativa, el acreedor lo hace efectivo sobre los bienes de su deudor, aun contra la voluntad de éste; pero entre los Romanos, durante los primeros siglos de Roma, este principio no era conocido. En la época de las acciones de la ley y con excepcion de pocos casos en que la ley ó las costumbres autorizaban el procedimiento por la "*pignoris captio*," se tenia como un principio fundamental, que el acreedor no tenia accion directa sobre los bienes de su deudor, sino únicamente sobre su persona. La accion de la ley, "*manus injectio*," en los variados casos en que tenia lugar, sometia al acreedor la persona del deudor, quien solo por un acto de su voluntad, á falta de un "*vindex*," podia, por medio de sus bienes, haciendo pago a su acreedor, libertarse de su poder, y redimir su persona. De otra suerte su libertad y aun su vida quedaban á merced de su acreedor. Esta circunstancia debió naturalmente influir en la naturaleza de las garantías dadas por el deudor á sus acreedores, las que primitivamente consistieron en las obligaciones contraidas por los "*sponsores*" "*fidepromissores*" y "*fidejussores*," garantías puramente personales, y que naturalmente debian dificultar las transacciones que á cada paso tienen lugar en la vida civil.

Habia, sin embargo, posibilidad de que el deudor sacase de sus propios bienes garantías bastantes para asegurar el cum-

plimiento de sus obligaciones. Las instituciones del derecho civil, á este respecto, eran demasiado imperfectas; pero su desarrollo natural y progresivo ha dado lugar al sistema actualmente en vigor en todas las legislaciones, al sistema hipotecario, objeto de nuestro estudio.

En el desarrollo progresivo de las instituciones á que acabamos de referirnos, hay que distinguir tres épocas, correspondientes á otras tantas instituciones. La «Fiducia» la «Pignus» la «Hipoteca.»

En los primeros siglos de Roma el deudor que queria dar una garantía por medio de sus bienes á su acreedor, entregaba á éste la cosa que constituia esa garantía por medio de rito solemne de la mancipacion; le trasferia en sustancia el dominio quirritario; pero á condicion de que la cosa volveria á poder y dominio del deudor, luego que éste pagase la deuda al vencimiento del plazo convenido. Esta condicion que venia á modificar los efectos de la mancipacion, era lo que se llamaba «Fiducia,» y el contrato tomaba el nombre de «mancipatio cun fiducia.»

Ya se comprende que por este medio el acreedor quedaba plena y perfectamente asegurado. Si el deudor no pagaba la deuda en la época ó plazo convenido, aquel quedaba dueño de la cosa; nada podia exigir á su deudor; pero á nada tampoco quedaba obligado para con éste; la mancipacion le hacia dueño de la cosa dada bajo la condicion de fiducia, y debe creerse que la cosa dada así representaba un valor superior al importe de la obligacion garantida.

Pero la condicion del deudor era demasiado penosa. Si al cumplimiento del plazo ocurría á pagar á su acreedor exigiendo la remancipacion de la cosa, podia suceder que el acreedor ya la hubiese enagenado; que en consecuencia no pudiese ve-

rificar la remancipacion en favor del deudor, y que encontrándose insolvente dejara así burlada la confianza del mismo deudor, quien no podia ejercitar accion alguna contra los terceros poseedores.

Ya se comprende la diferencia que hay entre este contrato y el que en nuestro derecho conocemos con el nombre de venta con pacto de retroventa. Este contrato suele servir frecuentemente para encubrir un contrato de préstamo, y sirvió en efecto á este propósito en la época en que estuvieron prohibidos los contratos ó préstamos usurarios. Bajo sus formas se encubrian préstamos con crecidas usuras, y el deudor, estrechado por su necesidad, se veia obligado á hacer toda clase de confesiones y á consentir las condiciones mas onerosas impuestas por el acreedor. Pero en la venta con pacto de retroventa el comprador no adquiere mas que un dominio resoluble; si el deudor en el plazo convenido devuelve el preico estipulado, la cosa vuelve á su poder; conserva, pues, una accion real que puede ejercitar contra cualquiera poseedor, y si sus esperanzas no salen fallidas, vuelve á ser dueño del objeto vendido.

Mas analogía se encuentra en el contrato de que hablamos —«mancipacion bajo fiducia» con la forma comun de la hipoteca en el sistema de la legislacion inglesa. En este sistema, el deudor que constituye un «mortgage» en favor de su acreedor, le trasfiere el dominio de la cosa dada en garantía, y semejante traslacion queda ineficaz volviendo la cosa á poder del deudor, si éste en el plazo convenido paga la deuda.

En este contrato el deudor puede hipotecar una misma cosa á varios acreedores sucesivamente; conserva una accion real de vindicacion contra los terceros poseedores, y por último, el rigor de la ley comun se mitiga en su favor por los

principios de equidad, evitándose que por una deuda relativamente pequeña, pierda una propiedad cuyo valor excede en otro tanto ó mas al importe de aquella.

Volviendo á la «*mancipatio cun fiducia*,» se comprende que esta institucion, por los graves inconvenientes de que estaba acompañada, no debió durar mucho tiempo. Así sucedió en efecto, y se creyó que el contrato «*Pignus*» conciliaría los encontrados intereses de los acreedores y los deudores. Por medio de este contrato el deudor confería á su acreedor no la propiedad ó dominio quirritario, como en la fiducia, sino simplemente la posesion de la cosa dada en garantía de la deuda. Si al cumplimiento del plazo el deudor paga la deuda, queda libre del peligro de perder la cosa dada en prenda: tiene contra su acreedor una accion personal—«*actio pignoratitia*»—para obtener la restitucion de la prenda, y una accion real—la «*reivindicatio*»—contra los terceros poseedores. Si al vencimiento del plazo el deudor no paga la deuda, el acreedor hace vender la prenda, se paga con el producido de la venta, y entrega el exceso, si lo hay, á su deudor.

Es fácil comprender que esta institucion no presenta los graves inconvenientes de la *mancipatio cun fiducia*; mas no por eso deja de tener algunos de cierta importancia. Hay en este contrato la necesidad de entregar al acreedor la posesion de la cosa, lo que causa un doble mal al deudor; primero, privándole de la posesion y aprovechamiento de la prenda; y segundo, impidiéndole que el objeto empeñado, frecuentemente muy superior en su valor á la cuantía de la obligacion, pueda servirle para garantizar el pago de otras obligaciones.

La naturaleza de las cosas nos lleva como por la mano al último paso dado en esta materia por la jurisprudencia roma-

na. El Pretor Servio, queriendo conciliar los intereses del arrendador de un prédio rústico con los del colono ó arrendatario, resolvió que por una simple convencion—pacto—y sin tradicion, el arrendatario pudiese constituir una prenda en provecho del arrendador para garantizarle el pago de los arrendamientos, sobre los efectos introducidos en el fundo ó prédio, incluso los instrumentos de trabajo y explotacion. De esta manera y mediante esta prenda, puramente convencional, el arrendador podia usar de una accion real—*actio in rem*—para reivindicar contra cualquiera poseedor las obligaciones en que consistia la prenda, accion que tomó del nombre del Pretor que la introdujo en la jurisprudencia, la denominacion de accion Serviana—«*Actio Serviana*.»—

Introducida como acabamos de ver, esta accion para un caso puramente particular ó especial, no tardó sin embargo, en generalizarse, haciéndose extensiva á todos los casos posibles. El derecho pretorio admitió, por regla general, que todo deudor pudiese por una simple convencion y sin necesidad de la tradicion ó entrega de la cosa, constituir un derecho de prenda á favor de su acreedor y en garantía de la deuda. Mediante esta convencion el acreedor gozaba de la facultad de perseguir la cosa dada en prenda, por una accion real, y del derecho de ser pagado con preferencia á otros acreedores. Esta accion, que no es mas que la accion serviana generalizada, se llamó «*quasi serviana ó hypothecaria*.»

Llegamos, pues, al establecimiento de la hipoteca entre los Romanos. En los fragmentos del Digesto se usa indistintamente de las palabras prenda é hipoteca, *pignus et hypotheca*, y la Instituta de Justiniano, § 7º de *actionibus*, nos enseña que «entre la prenda y la hipoteca, por lo que toca á la accion hipotecaria, no hay diferencia alguna, porque

ya sea que una ú otra se haya convenido entre el deudor y el acreedor, para que la cosa quede obligada por la deuda, ambas se contienen en la misma designacion. Pero la diferencia consiste en que con el nombre de prenda, propiamente designamos el contrato, en cuya virtud se entrega la cosa al acreedor, principalmente si es mueble, y propiamente entendemos por hipoteca la prenda que se constituye sin tradicion y solo por una simple convencion.» Esta teoría fué adoptada por el Código de las Partidas, en el que bajo el nombre general de *peños*, se trata de la prenda propiamente dicha y de la hipoteca.

Al comparar las prescripciones de nuestro Código civil con la legislacion romana y leyes de partida, haremos notar aquello en que estas legislaciones se conforman con la actualmente vigente, y las diferencias que hay entre ellas y nuestro código. Por ahora bastará observar que la legislacion romana reconoció tres géneros de hipotecas, la voluntaria ó convencional, la judicial y la legal; que todas ellas eran ocultas—la convencional y la legal principalmente;—que este sistema por tanto tiempo mantenido, fué el origen fecundo de dificultades, de fraudes y dilatados litigios que quitaron á la hipoteca el carácter bajo que ha sido considerada en las legislaciones modernas, esto es, el de un instrumento sólido del crédito, llamado á ser el elemento principal y mas poderoso del comercio y de la industria.

Nuestra legislacion de las Partidas mantuvo la hipoteca en las mismas condiciones con que la aceptó del derecho romano, y por consiguiente se mantuvieron en la práctica los inconvenientes que acabamos de apuntar. El primer paso para obviarlos—al menos por lo que respecta á la hipoteca convencional—se dió por los reyes católicos D. Carlos 1º y Dª

Juana en el año de 1539, y por D. Felipe II en Valladolid el año de 1558.—ley 1ª título 16, libro 10 N. R.—Es notable á este respecto lo que el legislador expone como fundamento de su mandato que ordena que en cada pueblo cabeza de jurisdiccion haya libro y persona destinada para registrar todos los censos.—«Por quanto nos es hecha relacion—dice la ley—que se excusarian muchos pleytos sabiendo los que compran los censos y tributos, los censos é hipotecas que tienen las cosas y heredades que compran, lo cual encubren y callan los vendedores, y por quitar los inconvenientes que de esto se siguen, mandamos etc.»—Mas tarde, en 1713—ley 2ª del mismo título y libro—D. Felipe V. ponía en vigor la ley anterior, reconociendo que tenia por objeto embarazar la multitud de pleitos, fraudes é inconvenientes que se experimentaban, y que de la inobservancia de la ley se habian seguido y seguian innumerables perjuicios. Las nuevas prevenciones fueron al parecer ineficaces—Los tribunales, contra el tenor expreso de ellas, seguian «admitiendo indistintamente así los instrumentos y escrituras registradas, y tomada la razon por la contaduria, como las que no tenian este indispensable requisito, aumentándose cada dia á causa de la inobservancia, estelionatos, pleytos y perjuicios á los compradores é interesados en los bienes hipotecados por la ocultacion y obscuridad de sus cargas.»—Ley 3ª del mismo título y libro—Así es que se dictaron las severas prevenciones que contiene esta ley, cuya fecha es de 1768, y desde entonces se comenzó á sentir los beneficios de la publicidad, por lo menos en lo que respecta á las hipotecas convencionales.

Las hipotecas legales continuaron con el mismo carácter, esto es, ocultas, y por lo mismo los inconvenientes de este sistema siguieron hasta nuestros dias, y aun por algunos años

nuestros tribunales seguirán ocupándose de las dificultades que semejante sistema produce, supuesto que la nueva ley ha dejado vivos—como era natural—los derechos ya adquiridos bajo la influencia de la legislación que dejó de estar vigente en el Distrito federal y en el territorio de la Baja California el 30 de Abril de 1871.

En la actualidad, hace mas de un siglo que las naciones civilizadas han procurado la reforma de la legislación hipotecaria, fundándola principalmente en la publicidad y en la especialidad. Toda hipoteca para ser válida debe ser pública y las legislaciones modernas proscriben la hipoteca general, esto es, la de todos los bienes presentes y futuros del deudor. El primer paso en esta reforma general lo dió la Alemania, por cuya razon se llama aleman el sistema hipotecario adoptado por este pueblo, sábio y virtuoso que figura en primer término en la civilización del mundo.

Se ha comprendido que la tierra, primer origen de la producción, es en las manos del hombre civilizado un instrumento poderoso; se ha comprendido que la propiedad territorial, así rústica como urbana, está menos expuesta que la propiedad moviliaria á desaparecer, que no puede ocultarse, ni transportarse, y que por lo mismo como instrumento de crédito debía presentar una garantía mas eficaz y mas sólida que cualquiera otra propiedad. La legislación ha venido, pues, á prestar su apoyo á una institucion por tanto tiempo condenada á servir de instrumento al fraude, para regenerarla, para ennoblecirla, haciéndola tan útil y provechosa, cuanto habia sido ruinosa y perjudicial en el sistema de la legislación antigua.

Entre nosotros especialmente, el poder de la propiedad raíz como instrumento de crédito ha sido casi nulo. Por una parte los vicios de nuestra antigua legislación, por otra la falta

de garantías para la propiedad principalmente la rústica, y para complemento de todo, los vicios de nuestro sistema de procedimientos judiciales, el mal estado de nuestra administración de justicia y la falta de capitales disponibles, han conservado á la propiedad raíz en el abatimiento mas profundo. Como instrumento de crédito no ha podido sostener la competencia con el crédito puramente personal, y apenas se comprende cómo hay personas dispuestas á confiar un capital bajo la garantía puramente personal de un comerciante y rehúsan confiarlo al propietario y al labrador que presentan como garantía propiedades inmuebles en el campo y en las ciudades.

Nuestro Código pone la reforma hipotecaria al nivel de los sistemas modernos; pero nos engañaremos pobremente si nos imaginamos que con esto solo se ha elevado el crédito de la propiedad territorial á la altura en que se encuentra en Alemania, en Francia y en la mayor parte de los pueblos cultos. No, Señores, la reforma de la legislación en esta importantísima materia era absolutamente necesaria para dar á la propiedad raíz el valor que le corresponde como instrumento de crédito; pero no es la única indicacion que hay que llenar, porque el sistema de nuestra caduca legislación no era tampoco el único elemento que contribuía á producir el fenómeno que analizamos. A mi modo de ver, además de la reforma hipotecaria hecha ya por nuestro Código, hay que llenar indispensablemente las condiciones siguientes para conseguir que la propiedad territorial llegue á ser el primer elemento de la riqueza de los particulares y de la riqueza del Gobierno.

1º Garantías sólidas en favor de la propiedad. En esta materia nuestras leyes deben ser nimiamente escrupulosas y la administración pública nimiamente celosa de su perfecto cum-

plimiento. Ya se deja comprender que las facultades extraordinarias, las revoluciones y motines, la impunidad concedida á los malhechores, la lentitud de los procedimientos judiciales en materia criminal, y en general, todo lo que tienda á desmoralizar la administracion pública, son otros tantos obstáculos que impiden que las garantías otorgadas á la propiedad sean efectivas en el terreno de los hechos.

2º No basta que el acreedor hipotecario tenga un derecho indubitable y seguro de ser pagado con la hipoteca con preferencia á otros acreedores; se necesita tambien que ese derecho se haga efectivo en el menor tiempo y con los menores gravámenes posibles. Es por lo mismo indispensable, que los procedimientos judiciales, cuando se trata de hacer efectivo un derecho hipotecario, sean expeditos, fáciles, pronto y poco onerosos. Es igualmente necesario que la administracion de justicia corresponda á las miras del legislador; que esté servida por magistrados aptos y probos; que sea independiente de hecho y de derecho, y para ello que los funcionarios del órden judicial estén bien y cumplidamente retribuidos.

Las garantías individuales sólidamente aseguradas no solo en la ley, sino especialmente en el órden administrativo, con particularidad las que se refieren á la propiedad, son el medio mas eficaz y poderoso para llamar á nuestro suelo la poblacion y los capitales que en muchas naciones exceden. Démos garantías á todo el mundo, que la ley y la administracion se adunen para hacerlas efectivas, que se prevengan por todos los medios posibles los delitos que las atacan y vulneran, y que cuando la prevencion no sea bastante, se castiguen esos delitos pronta y eficazmente, y por este medio, indirecto pero seguro, lograremos que la poblacion excedente de Europa, rica en inteligencia, en hábitos de trabajo, de moralidad y

de economía, venga á nuestro suelo á explotar los grandiosos elementos de riqueza y de bienestar con que á la Providencia plugo favorecerlo. De esta manera los capitales extranjeros y nacionales que periódicamente sangran nuestra riqueza, escapando de la circulacion y explotacion, para conservarse estériles ó poco productivos en los bancos de Europa, buscarán en el país industrias á que dar vida y movimiento y la vara mágica de la civilizacion moderna cambiará como por encanto las tristes condiciones de nuestra sociedad actual, poniendo los mas seguros y sólidos cimientos de la independencia nacional y del gran porvenir de la República.

3º De lo que acabamos de decir se infiere que la tercera condicion que hay que llenar, para que el sistema hipotecario sea perfecto, consiste en la seguridad de que la propiedad hipotecada encuentre fácilmente compradores. La accion del poder público á este respecto es enteramente indirecta; pero esencialmente eficaz. Consiste como acabamos de indicar en el respeto profundo y escrupuloso á las garantías individuales, principalmente á las que se relacionan con la propiedad, pues de esta manera, y estableciendo fáciles vías de comunicacion, se obtendrá indefectiblemente el aumento de la poblacion y de los capitales disponibles.

Cuando se estableció en esta capital el banco de Lóndres-México y Sud-América, comenzó á hacer operaciones con hipotecas sobre bienes raíces. El banco procedia inspirado en las tradiciones de los bancos de Europa, y creyó naturalmente-inducido en error por su falta de conocimientos prácticos del país—que estas operaciones debian producirle los mejores resultados. Bien pronto el Banco conoció su error; bien pronto se persuadió de la grande dificultad que hay entre nosotros para realizar una hipoteca, ya por los defectos de nues-

tro sistema de procedimientos judiciales, ya por la dificultad de encontrar postores en las almonedas ó remates públicos. Cesó, pues, el banco de hacer operaciones de este género, y actualmente tiene como base inquebrantable no hacerlas. Es de esperar que la paz pública permitiendo el desarrollo progresivo de nuestras instituciones, cambie las condiciones actuales, y que por lo mismo el Banco de Lóndres-México y Sud-América, y los mas que en lo de adelante se establezcan, cuando aquellas condiciones se modifiquen, abran sus cajas á la industria y á la agricultura, con la garantía de hipotecas sobre bienes raíces, elevando así el crédito de la propiedad territorial, objeto principal de un buen sistema hipotecario.

Anticipadas estas breves nociones, pasaremos en las lecciones siguientes á comentar y comparar las disposiciones de nuestro Código civil en lo relativo á hipotecas, siguiendo en este estudio el mismo órden en que esas disposiciones se encuentran: consignadas.

Para completar esta instruccion preliminar debemos manifestar que se conocen tres sistemas hipotecarios: 1º el sistema antiguo, esto es, el establecido por las leyes romanas y nuestras leyes de partida, en que se reconocen las hipotecas generales y en que todas las hipotecas son ocultas: 2º el sistema aleman que descansa sobre estas dos bases, segun indicamos antes, publicidad y especialidad. En este sistema no hay hipotecas generales, y toda hipoteca, ya sea voluntaria ó necesaria debe ser pública, lo que se verifica mediante el registro en las oficinas destinadas al efecto: 3º el sistema frances, que establece la publicidad para las hipotecas voluntarias y deja ocultas las hipotecas necesarias ó legales. De estos sistemas el primero ha desaparecido por completo, juzgado y

condenado por la razon, por la conveniencia pública y por la justicia: el sistema frances, adoptado por muchos Estados europeos, va perdiendo terreno, y en la misma Francia es objeto de fuertes acriminaciones que acabarán por proscribirlo; y por último, el sistema aleman, muy prestigiado ya en los momentos de nacer, sigue aumentando su crédito, haciendo prácticos y visibles sus buenos resultados, y llegará á ser con el tiempo el sistema general adoptado por todos los pueblos cultos.

---