

propriadamente judicial. La primera tenia lugar cuando el juez, por contumacia del demandado, ponía al acreedor en posesion de los bienes de aquel. Esta hipoteca, introducida por el derecho pretorio, de donde tomó su nombre—L. 26, tít. 7. lib. 13 y 2ª tít. 4º lib. 42. D.—se llamó asentamiento en nuestro antiguo derecho patrio, y daba al acreedor demandante la posesion de los bienes en su nombre y en el de los demas acreedores, sin que por ella adquiriese aquel alguna preferencia—LL. 12. tít. 5º lib. 42. D. y 10 tít. 72 lib. 7. C.—

La hipoteca propriadamente judicial era la constituida por el juez en favor del acreedor que ejecutaba primero, poniéndolo en posesion de los bienes ejecutados para hacerse pago con ellos. Esta hipoteca daba preferencia al acreedor que la obtenia sobre los otros acreedores, premio debido á su mayor diligencia—LL. 10. tít. 4º lib 20 D., y 2ª tít. 18. lib. 8. C.

Admiten y reconocen la hipoteca judicial varios Códigos modernos, entre ellos el frances, en su artículo 2116; el de las dos Sicilias, artículo 2002; el de la Luisiana, 3253; el de Cerdeña, 2165; el de Bolivia, 2140; el de los Estados Romanos, 108; el de Toscana, 57; el Austriaco, 449; el Italiano, 1968, y la ley de Bélgica en su artículo 43.

La ley española en su artículo 137, el Código de México en el 2059, el de Veracruz en el 2288 y la ley de Baviera, artículos 12 y 13, no admiten, como el nuestro, mas hipotecas que las voluntarias y las necesarias ó legales.

El Código Argentino, llevando la reforma hipotecaria mas allá que otro alguno de los Códigos modernos, declara en su artículo 8º que no hay mas hipotecas que las convencionales.

LECCION 8ª

ARTICULOS 1981 á 1992.

Art. 1981.—*Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes, ó impuestas por disposicion del dueño de los bienes sobre que se constituyen.*

—1982.—*La hipoteca voluntaria puede constituirse puramente ó bajo condicion.*

—1983.—*Los que legalmente puedan constituir hipoteca voluntaria podrán hacerlo por sí ó por medio de apoderado con poder especial para contraer este género de obligaciones, otorgado ante notario.*

—1984.—*La hipoteca constituida para la seguridad de una obligacion futura, ó sujeta á condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto contra tercero desde su inscripcion, si la obligacion llega á realizarse ó la condicion á cumplirse.*

—1985.—*Cuando sea exigible la obligacion futura ó se cumpla la condicion suspensiva de que trata el artículo anterior, deberán los interesados hacerlo constar así por medio de una nota al márgen de la inscripcion hipotecaria, sin cuyo requisito no podrá aprovechar ni perjudicar á tercero la hipoteca constituida.*

—1986.—*Si la obligacion asegurada estuviere sujeta á condicion resolutoria inscrita, no surtirá la hipoteca su efecto*

en cuanto á tercero, sino desde que se haga constar en el registro el cumplimiento de la condicion.

—1987.—*El crédito hipotecario puede enajenarse ó cederse á un tercero en todo ó en parte, siempre que se haga en escritura pública de que se dé conocimiento al deudor, y que se inscriba en el registro.*

—1988.—*La hipoteca durará el tiempo señalado por los contratantes: si no se ha señalado tiempo, solo durará diez años.*

—1989.—*La hipoteca solo puede ser prorogada antes de que espire el plazo legal ó el convenido.*

—1990.—*La próroga otorgada con plazo fijo, durará el tiempo que éste señale: la otorgada sin plazo, durará solo diez años.*

—1991.—*Durante la primera próroga la hipoteca conservará la prelación que le correspondía desde su origen.*

—1992.—*La hipoteca prorogada segunda ó mas veces, sea con plazo fijo, sea por tiempo indeterminado, solo tendrá la preferencia que le corresponda por la fecha del último registro.*

39.—Acabamos de ver que en el sistema adoptado por nuestro Código la hipoteca es voluntaria, y necesaria ó legal.

La hipoteca voluntaria, llamada con menos propiedad “convencional” en algunos códigos, es la que se constituye en los convenios, ó se impone por disposicion del dueño de los bienes sobre que recae.

Esta definicion, deducida del artículo 1981 corrige y complementa la que parece quiso darse en el artículo anterior 1980—En éste se dijo: «*la hipoteca se contrae por la voluntad en los convenios y por necesidad en los casos en que la ley sujeta á alguna persona á prestar esa garantia sobre bienes determinados: en el primer caso se llama voluntaria: en el segundo*

necesaria.» Quéde, pues, bien establecido que la hipoteca voluntaria, reconociendo siempre por origen la voluntad del que la constituye, y no el precepto de la ley, puede constituirse en un contrato por convenio de las partes contratantes, ó por un acto espontáneo, sin convencion, por la simple voluntad de quien la constituye, como se verifica en la constituida por el testador en su testamento, ora sea en favor de un acreedor ora en favor de un legatario, ó de cualquiera otra persona y por cualquiera causa.

La ley hipotecaria española en su artículo 138 se explica en los mismos términos que nuestro artículo 1981.

El Código de México en su artículo 2064 y el de Veracruz en su artículo 2295 dicen: *la hipoteca voluntaria se constituye en testamento ó en contrato.* Sustancialmente se explica en los mismos términos el artículo 910 del Código de Portugal.

El Código frances llama hipoteca convencional á la que en nuestro sistema se llama voluntaria, y la define diciendo que es la que depende de las convenciones y de la forma exterior de los actos y de los contratos—artículo 2117—Siguen al Código frances el de las Dos Sicilias en su artículo 2003; el de la Luisiana en el 3254; el de Cerdeña en el 2166 y la ley de Bélgica en su artículo 44. Sin embargo, el Código de la Luisiana en su artículo 3257 define en estos términos la hipoteca convencional: «*Es un contrato por el que una persona afecta la totalidad de sus bienes, ó solamente algunos de ellos en favor de otro para seguridad de alguna obligacion; pero sin desprenderse de su posesion.*» Por último, la ley de Baviera en su artículo 13 dice: que la hipoteca puede resultar de una declaracion de la voluntad, de un testamento ó de un contrato. El espíritu de este artículo se acomoda mejor al del artículo de nuestro Código.

40.—El artículo 1982 declara que la hipoteca voluntaria puede constituirse puramente ó bajo de condicion.

Por regla general todas las obligaciones pueden contraerse puramente, de manera que su eficacia no dependa de algun evento ó suceso extraño, ó bajo condicion, es decir, haciéndola depender de que se verifique ó no determinado acontecimiento. Por esta razon la hipoteca obligacion subsidiaria, destinada á servir de garantía al cumplimiento de otra obligacion principal, puede ser pura ó condicional. La naturaleza de la obligacion principal no determina necesariamente la de la garantía, y ésta puede ser pura ó condicional, independientemente de la naturaleza de aquella obligacion.

En las legislaciones extranjeras nada encontramos que concuerde con el artículo que examinamos. La mayor parte de los Códigos no resuelve, como el nuestro, que la hipoteca voluntaria puede ser pura ó condicional; pero nada tampoco se opone en ellos á que la constituida en un contrato tenga uno ú otro carácter, ó á que se verifique lo mismo en la hipoteca que se constituye no en contrato, sino por disposicion del dueño de los bienes hipotecados, como en el testamento. Solo en el Código de Portugal encontramos expresamente consignados estos principios en el artículo 913 que dice: *«La hipoteca puede ser estipulada por tiempo indeterminado y con las condiciones que aprobaren los estipulantes, salvos los efectos y las formalidades y restricciones expresamente establecidas en la ley.»*

El Código de México—artículo 2070—y el de Veracruz—artículo 2303—dicen: *la hipoteca voluntaria puede constituirse puramente, bajo condicion ó á tiempo limitado.*

41.—El artículo 1983 decide, que la hipoteca voluntaria puede constituirse por el mismo dueño de los bienes—supues-

ta su capacidad legal—ó por medio de apoderado con poder especial para contraer este género de obligaciones.

Tambien por regla general reconoce nuestra jurisprudencia que los actos de la vida civil pueden verificarse por el mismo interesado ó por otro en su nombre y con poder bastante para ello; de manera que solo aquellos actos que especialmente están exceptuados de esta regla, no pueden ejecutarse por medio de apoderado ó mandatario. Tal es, por ejemplo, el testamento.

Conforme á nuestra antigua jurisprudencia el propietario que tiene la libre administracion de sus bienes, puede gravarlos ó hipotecarlos por sí mismo, ó por medio de su apoderado, con el mismo requisito que exige nuestro Código, con poder especial. Si el apoderado, sin poder bastante, constituye hipoteca en nombre del dueño de los bienes, esta hipoteca solo es válida si el dueño la aprueba ó confirma expresa ó tácitamente—*ley 9. tit. 13 Part. 5.ª*—: en caso contrario la hipoteca es nula, y el supuesto acreedor hipotecario solo podrá ejercitar una accion personal contra el mandante para exigir el pago de la cantidad prestada al mandatario ó invertida en utilidad de aquel. *Ley 8. tit. y Part. citados.*

El artículo 140 de la ley española consagra, casi en los mismos términos, la resolucion de nuestro Código.

Entre las legislaciones extranjeras encontramos que el Código de la Luisiana en su art. 3270 establece que: *«un mandatario no puede hipotecar los bienes de su mandante sino con poder especial para este efecto. Sin embargo, si el mandatario, recibiendo un empréstito por su mandante, ha acordado una hipoteca, y el mandante ha recibido el dinero del préstamo, ó éste se ha empleado útilmente en su beneficio, estará obligado á ratificar la hipoteca y podrá ser compelido á su ejecucion.»*

42.—En los artículos 1984, 1985 y 1986 se trata de la hipoteca que se constituye para seguridad de una obligación futura, ó de una obligación condicional. Estos artículos están tomados de los 142 y 143, de la ley hipotecaria española; pero desgraciadamente no se transcribieron, como otros, textualmente, sino que se hicieron algunas modificaciones en la redacción, al parecer de poca monta; pero en realidad tan importantes que hacen decir á nuestros artículos lo que no quisieron ni pensaron decir los autores de la ley española. Para que esto se comprenda bien, compararemos ambas redacciones.

Nuestro artículo 1984 dice: «*La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura, ó sujeta á condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto contra tercero desde su inscripción si la obligación llega á realizarse, ó la condición á cumplirse.*»

El artículo 142, párrafo 1º de la ley española dice así: «*La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura ó sujeta á condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto contra tercero desde su inscripción si la obligación llega á contraerse ó la condición á cumplirse.*»

Se trata, pues, de dos géneros de obligaciones: 1º de una obligación futura: 2º de una obligación condicional.

Entre ambas obligaciones hay una notable diferencia la 1ª, la obligación futura, no existe; podrá existir mas adelante, pero en la actualidad no existe, como no existe hoy lo futuro, lo que existirá mañana; por el contrario, la obligación condicional existe actualmente; no es exigible, nada puede pedirse hoy con relación á su cumplimiento ó ejecución, que se reserva para cuando se cumpla ó se realice la condición impuesta; pero, repetimos, la obligación existe aunque su eficacia dependa de la condición que la tiene en suspenso.

La obligación futura, obligación que no existe en la actualidad, pero que existirá mas adelante, supone una obligación preliminar; en ésta se ha constituido una hipoteca que lleva implícita la necesidad ó la suposición de la obligación futura, y se prevee el caso de que esta obligación futura llegue á existir tomando todos los caracteres de una obligación actual que podrá exigirse desde luego, ó en el plazo que con anterioridad se haya fijado para hacerla exigible. En este caso, y como quiera que segun hemos visto, la hipoteca es una obligación subsidiaria que no puede existir por sí sola, sino que necesita, supone necesariamente la existencia de una obligación principal, podría pretenderse que la hipoteca constituida con anterioridad al nacimiento de la obligación, no comenzaba á existir sino desde el momento en que la obligación habia nacido, y en consecuencia que las hipotecas constituidas despues de la obligación preliminar en que se constituyó hipoteca por la obligación futura y antes de la existencia de la obligación garantida, eran preferentes á ésta. En este caso la prevision del acreedor de nada le habria servido, y sus derechos habrian quedado burlados bajo la influencia de la ley; pero con agravio de los principios de la equidad. El *summum jus* se habria convertido, como siempre, en *summa injuria*.

Quiso, pues, la ley española, previendo este caso especial, consagrar una disposición equitativa, y por esto resuelve que llegando á existir la obligación futura, la hipoteca constituida con anterioridad surta sus efectos desde el momento de la inscripción, como si desde este momento hubiera nacido y tenido existencia la obligación que no nació sino con posterioridad. En este caso las hipotecas constituidas por el deudor, en el tiempo trascurrido entre la obligación preliminar en que se constituyó una hipoteca en garantía de una obligación futura,

y la existencia de esta obligacion, serán postergadas á dicha hipoteca, porque la existencia de la obligacion futura retrotrae sus efectos con relacion á la hipoteca, al tiempo en que ésta se constituyó en la obligacion preliminar.

La ley española dice que esto se verifica si la obligacion «llega á contraerse;» nuestro Código dice: «si la obligacion llega á realizarse.»—Debemos creer que nuestro Código usa el verbo *realizar* en el mismo sentido que la ley española se sirve del verbo *contraer*, y que en ambas disposiciones la idea es, que la obligacion llegue á extir, dejando por lo mismo de ser futura.

En cuanto á la obligacion sujeta á condiciones suspensivas inscritas, la equidad de la disposicion se percibe con mayor facilidad. La obligacion existe desde luego, no es exigible, porque su exigibilidad está en suspenso y depende del cumplimiento de la condicion. Si ésta llega á cumplirse, la obligacion deja de estar en suspenso, adquiere toda su eficacia, se hace exigible. En este caso, la hipoteca constituida en garantía de su cumplimiento, adquiere tambien todo su vigor y por lo mismo surte sus efectos como si la obligacion hubiera sido pura; las hipotecas constituidas con posterioridad quedan postergadas.

El Código Argentino nos presenta en su artículo 9º resoluciones análogas á las que contiene el artículo que examinamos. No habla de la hipoteca constituida en garantía de una obligacion futura, sino de la que se constituye bajo condicion suspensiva, ó desde cierto dia ó por una obligacion condicional, y decide que, llegado el dia ó cumplida la condicion, la hipoteca surte su efecto desde el dia de la inscripcion. «*La hipoteca puede constituirse bajo cualquiera condicion, y desde un dia cierto, ó hasta un dia cierto, ó por una obligacion condicional.*

Otorgada bajo condicion suspensiva ó desde dia cierto, no tendrá valor sino desde que se cumpla la condicion ó desde que llega el dia; pero cumplida la condicion ó llegado el dia, será su fecha la misma en que se hubiese tomado razon de ella en el Oficio de hipotecas. Si la hipoteca fuese por una obligacion condicional, y la condicion se cumpliere, tendrá un efecto retroactivo al dia de la convencion hipotecaria.

43.—El artículo 1985 está tomado del artículo 143 de la ley española; pero hay tambien una diferencia notable en la redaccion. Nuestro artículo dice: «*Cuando sea exigible la obligacion futura ó se cumpla la condicion suspensiva;*» y la ley española, «*cuando se contraiga la obligacion futura ó se cumpla la condicion suspensiva.*» A pesar de que no pueden significar lo mismo en el tecnicismo legal las frases «*cuando sea exigible la obligacion futura,*» «*cuando se contraiga la obligacion futura,*» parece que el espíritu de ambas disposiciones es el mismo. Cuando la obligacion llegue á existir, cuando deje de ser futura, en cuyo caso, como acaba de verse, sus efectos se retrotraen al tiempo en que se contrajo la obligacion preliminar que llevaba implícita la necesidad ó la suposicion de la obligacion futura—como dicen los redactores de la ley española:—para que esto se verifique, y la hipoteca constituida surta sus efectos contra terceros interesados, el que tenga interes en ella deberá hacer constar por medio de una nota al margen de la inscripcion hipotecaria, que la obligacion ha llegado á existir, ó que la condicion que la tenia en suspenso ha llegado á verificarse. De esta manera los terceros que consientan en recibir una hipoteca sobre bienes gravados ya, en garantía de una obligacion futura, ó de una obligacion condicional, sabrán por medio del registro público, que la obligacion que era futura ha llegado á existir, ó que la que era condicional