

en favor de uno de los herederos del deudor: de igual modo uno de los herederos del acreedor puede perder su parte en el crédito, mientras que su coheredero habrá conservado la suya interrumpiendo la prescripción. No hay ninguna correlación entre la acción hipotecaria, que es indivisible, y la acción personal, que es divisible. (1)

178. El deudor no se puede prevalecer de la indivisión de la hipoteca. Esta resulta de la intención de las partes contratantes. El deudor consiente la indivisión en interés del acreedor; no puede, pues, invocar contra el acreedor una garantía que se le ha concedido. Si muere el acreedor dejando varios herederos el crédito se divide de pleno derecho entre ellos; cada uno puede pedir su parte en el crédito, resultando que la hipoteca subsistirá entera apesar del pago parcial. Esto no autoriza al deudor á exigir que los diversos herederos se acomoden para recibir el pago íntegro del crédito y á conservar la inscripción hipotecaria. La Corte de Casación lo juzgó así y la cuestión no es dudosa. El deudor no tiene siquiera el derecho de quejarse de las acciones divididas, pues por su parte tiene el derecho de pagar á cada uno de los herederos su parte en la deuda; luego depende de él liberarse con relación á todos y obtener la cancelación de la inscripción. (2)

179. Todos los autores enseñan que la ley, al decir que la hipoteca es indivisible por naturaleza, entiende decir que no lo es por esencia; de donde concluyen que las partes pueden hacer convenciones contrarias. El derecho de las partes para hacer las convenciones que juzguen convenientes relativamente á la indivisión de la hipoteca no es dudoso, puesto que la indivisión misma se funda en su intención. Pueden convenir que si la deuda está pagada parcialmente, ya porque el acreedor consienta en recibir un pago parcial,

1 Durantón, t. XIX, p. 366, núm. 246. Pont, t. I, p. 347, núm. 333.

2 Denegada, 9 de Noviembre de 1847 (Dalloz, 1848, 1, 49).

ya porque la obligación se divide entre los herederos, la hipoteca se extinguirá en la misma proporción: es decir, que se reducirá á una parte del inmueble ó de los inmuebles hipotecados. Pero es un error considerar esta reducción de la hipoteca como una excepción á la indivisión. La hipoteca reducida así ó extinguida parcialmente quedará indivisible como lo era la hipoteca primitiva; el principio de la indivisión sólo se ha modificado en el sentido de que la hipoteca se extingue parcialmente, mientras que de derecho común se extingue por el pago de toda la deuda. (1)

## II. Del concurso de una hipoteca general y una hipoteca especial.

180. La indivisión de la hipoteca da lugar, bajo el imperio del Código, á una cuestión muy controvertida en el caso en que teniendo el acreedor una hipoteca general se hallara en concurso con un acreedor posterior que no tuviera más que una hipoteca especial constituida en un inmueble comprendido en la hipoteca general. Se pregunta si el primero en virtud de su hipoteca general podría ejercer su derecho en el inmueble gravado con una hipoteca especial. Bajo el imperio de nuestra Ley Hipotecaria la cuestión no se puede presentar en estos términos, puesto que ya no hay hipotecas generales en el sentido del Código Civil. Sin embargo, aun hay hipotecas que pueden recaer en todos los bienes del deudor: tal es la hipoteca legal del Estado sobre los bienes de los contadores: tal sería también la hipoteca convencional que gravara todos los bienes del deudor. El conflicto entre una hipoteca general así definida y una hipoteca especial es, pues, siempre posible y, por consiguientes, la dificultad puede aún presentarse.

1 Martou, t. II, p. 304, núm. 695. Pont, t. I, p. 346, núm. 332. Compárese Durantón, t. XIX, p. 362, núm. 245.

181. Si se atiende uno al rigor de los principios la solución no es dudosa. Un primer acreedor estipula una hipoteca sobre una casa, un terreno y un bosque. ¿Cuál es su derecho? La ley contesta (art. 41; Código Civil, art. 2114) que hay un derecho indivisible que subsiste completo sobre todos los inmuebles afectados y sobre cada uno de dichos inmuebles. El acreedor puede, pues, ejercer su derecho en los tres fundos afectados de su crédito, ó sobre aquel de los tres fundos que quiera escoger. Posteriormente el deudor concede una hipoteca en la casa, después una segunda en el terreno y una tercera en el monte. Se abre una orden por el monte. ¿El acreedor que tiene una hipoteca general en los fundos del deudor puede presentarse en la orden? La afirmativa no es dudosa. La hipoteca recae en el monte y lo grava para la seguridad de todo su crédito. Este derecho no le puede ser quitado por una mera concesión de hipoteca que el deudor consiente en dicho monte; luego el acreedor puede ejercerla, y prevalecerá al segundo acreedor inscripto en el mismo fundo. Es verdad que resultaría de este concurso en la hipoteca general que la especial puede volverse ineficaz y, por consiguiente, el segundo acreedor perderá su garantía y su crédito. ¿Pero qué importa? El segundo acreedor no puede quejarse de que el primero le favorezca; debía esperarlo, puesto que el primer acreedor, teniendo hipoteca general, tenía un derecho en el monte para la seguridad de todo su crédito. En vano el segundo acreedor diría que el primero puede también ejercer su derecho en la casa y en el terreno; que igualmente le están hipotecados y que la equidad pide que así lo haga; esta es una consideración de equidad, á la que volveremos; pero la equidad está subordinada al derecho, no autoriza al intérprete para hacer una excepción á la ley.

Acerca del principio todos están acordados. (1) La Corte

1 Pont, t. I, p. 354, núm. 336; Aubry y Rau, t. III, p. 413.

de París, que había primero sentenciado que el acreedor podía ser obligado á dividir su hipoteca, volvió sobre su error condenado por el texto del Código Civil. (1)

182. ¿Recibe este principio excepciones ó restricciones? Aquí entramos en un dédalo de controversias que se hubieran evitado si se hubieran atendido al rigor del derecho. Cuando un principio está establecido por la ley el legislador solo puede modificarlo ó restringirlo, á no ser que permita á las partes que lo deroguen. La indivisión de la hipoteca es una de las reglas de nuestro régimen hipotecario que la ley abandona á la libre convención de las partes interesadas (núm. 179). Siguese de esto que el acreedor puede renunciar al derecho que le da la indivisión de la hipoteca, y esta renuncia puede ser expresa ó tácita. Se supone que se abre una orden en todos los inmuebles que le están hipotecados: tiene el derecho de hacerse colocar en el precio de todos los inmuebles; pero si acepta una colocación restringida á un solo inmueble renuncia implícitamente á la colocación en el precio de los demás inmuebles, á no ser que reserve sus derechos. Si, pues, la colocación que aceptó fuera insuficiente ya no podría obligar á los otros acreedores á reportar las sumas que recibieron. No se podría contestar el principio de la renuncia; el único punto en el que puede y debe haber debate es en la cuestión de saber si hay renuncia; esto es una cuestión de intención que el juez decide soberanamente.

La jurisprudencia ha consagrado esta doctrina aplicándola á la mujer dotal que en una orden abierta en los bienes de su marido acepta una colocación especial en el precio de uno de estos inmuebles. (2) No entraremos en estos pormenores, puesto que la dificultad se presenta pocas

1 París, 5 de Abril de 1811 y 24 de Noviembre de 1814 citadas por Pont.

2 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. III, p. 413, nota 19.

veces, según nuestra ley, que no admite ya las hipotecas generales, judiciales y legales.

La renuncia del acreedor es la única excepción que se puede admitir, pues la ley no las hace. Se enseña, sin embargo, que los demás acreedores pueden obligar á aquel que tiene una hipoteca recayendo en dos inmuebles á conformarse con una colocación en el precio de uno de éstos y que, por consiguiente, pueden pedir que se les coloque en los demás inmuebles si dan caución de devolver el monto de sus colocaciones en que la colocación especial fuera insuficiente para desinteresar al acreedor que tiene una hipoteca general. (1) Hé aquí ya la equidad que se introduce en el dominio del derecho para limitarlo; en nuestro concepto sólo el legislador tiene este poder, el intérprete debe atenerse á la ley; y el derecho del acreedor que tiene una hipoteca general está escrito en nuestro texto: puede pedir que se le coloque en el precio de todos los inmuebles señalados para su crédito y oponerse á la entrega de facturas á acreedores posteriores hasta que se le pague íntegramente.

183. Llegamos á las aplicaciones más ó menos controvertidas. Hay una consecuencia de la indivisión, que es evidente: es que el acreedor que tiene una hipoteca en varios inmuebles no puede estar obligado á dividir su demanda de colocación, llevándola proporcionalmente en el precio de todos los inmuebles que le están señalados. Esto está admitido en principio por la doctrina y la jurisprudencia. (2) Pero al aplicar el principio los autores y las cortes se apartan de él más ó menos.

Se supone primero que uno solo de los inmuebles hipotecados se haya vendido; se abre una orden en la que se presentan el acreedor, que tiene una hipoteca general, y los acreedores posteriores, que tienen hipotecas especiales. El

1 Aubry y Rau, t. III, p. 413, pfo. 284, 4.ª edición.

2 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. III, p. 413, pfo. 284, nota 20.

primer acreedor puede pedir que se le coloque por todo su crédito. Esto es su derecho y es decisivo. Lo mismo pasa cuando todos los inmuebles hipotecados se han vendido, el principio es idéntico. Aquí, sin embargo, se hace una restricción. Se admite la aplicación del principio cuando hay órdenes separadas abiertas en diferentes tribunales. ¿Por qué esta condición? Es de nuevo la equidad la que se oye y que domina en realidad en esta materia en la doctrina y en la jurisprudencia. La equidad está en favor del acreedor en ambos casos que acabamos de suponer. En efecto si sólo se le concediera una colocación parcial estaría obligado á recibir un pago semejante y luego promover en los demás inmuebles que le son señalados. (1) No nos gusta el motivo de decidir porque implica que si la equidad era para los acreedores teniendo una hipoteca legal prevalecerían apesar del derecho que la indivisión da al primer acreedor.

184. ¿Cuál es, en estos dos casos, la situación de los acreedores que tienen una hipoteca especial? La hipoteca se hace ineficaz; en nuestra opinión (núm. 178), no tienen derecho de quejarse. La doctrina, preocupada con la equidad, trató de auxiliarlos imaginando una subrogación de equidad; el precio del inmueble que les está hipotecado sirve para desinteresar al acreedor que se paga en perjuicio de ellos. ¿No es justo que estén subrogados en sus derechos? Tarrible olvida que no hay subrogación legal sin ley ni en principio subrogación sin pago; y la pretendida subrogación que admite no está consagrada por el Código (artículo 1251); y en el caso no son los acreedores posteriores los que pagan al acreedor anterior, éste les prevalece por razón del lugar que le da su inscripción. La opinión de Tarrible no encontró favor, los autores y la jurisprudencia la rechazan. (2) Cuando los trabajos preparatorios en los que se

1 Aubry y Rau, t. III, p. 414, pfo. 284, nota 21.

2 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. III, p. 414, pfo. 284, nota 22, y en Pont, t. I, p. 356, núms. 337 y 338.

trabajó en Francia en 1840 y en 1851 se había propuesto subrogar los acreedores especiales al acreedor general, y ya una disposición concebida en este sentido fué adoptada por la Asamblea Legislativa en su segunda lectura; pero el proyecto no tuvo éxito. Si los autores de la ley belga no lo han reproducido es sin duda porque las hipotecas generales están abolidas y que la dificultad no se presenta amenudo para las hipotecas convencionales: este es el motivo por el que no insistimos en estos largos debates.

Si la dificultad se presentara los acreedores especiales prevalecidos por la hipoteca general sólo tendrán un medio de ponerse al abrigo del perjuicio que los amenaza: es desinteresarse al acreedor que les prevalece; lo que les aseguraría la subrogación establecida por el art. 1251 núm. 3 (tomo XVIII, núm. 67); es decir, que ejercerán todos los derechos del acreedor general; por tanto, serán colocados en el precio de los inmuebles que no estén hipotecados por sus propios créditos (t. XVIII, núms. 110 y 116).

185. Esta subrogación suscita una nueva dificultad. Aubry y Rau le hacen una restricción: el acreedor subrogado, dicen, no puede hacerse colocar en el precio de inmuebles gravados en provecho de los demás acreedores de hipotecas anteriores en fecha á la suya. (1) Volveremos al ejemplo del núm. 181. Una hipoteca de fecha 1875 recae en una casa, terreno y monte del deudor; hay hipotecas especiales de 1876, 1877 y 1878 en el terreno, la casa y el monte. Se abre un orden por el bosque hipotecado en 1878. El último acreedor hipotecario paga al acreedor de hipoteca general: ¿Sucedará á todos sus derechos? En principio sí, pero con una resolución, se dice: es que no prevalecerá á las hipotecas consentidas en 1876 y en 1877, haciendo que su colocación recaiga en el monte en virtud de su subrogación para ejer-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 414 y nota 24, y las sentencias de la Corte de Grenoble que citan.

cer después sus derechos hipotecarios en los otros dos fondos para reembolsarse de su crédito que pagó al subrogante. Esta restricción es contraria á los principios; es una excepción á los efectos de la subrogación, y toda excepción pide un texto. La equidad misma no puede ser invocada por los acreedores con hipotecas especiales, pues tenían que esperarse á una subrogación que está escrita en la ley en favor del acreedor posterior; además, la equidad debe apartarse cuando se halle en conflicto con el derecho. (1)

186. Cuando la distribución del precio de la totalidad de los inmuebles sometidos á la hipoteca del acreedor en primer lugar se hace por una sola y misma orden se distingue: Si el acreedor que tiene una hipoteca general está interesado en mantener el derecho que le da la indivisión de la hipoteca se mantiene el principio en todo su rigor; si el acreedor no tiene en ello ningún interés se doblega el principio, conciliando los derechos de los diversos acreedores. (2) La distinción nos parece poco jurídica. No se trata del interés del acreedor, se trata de su derecho; sólo él es juez de su interés, lo que equivale á decir que puede renunciar al rigor de su derecho. El juez no está llamado á fijar intereses, su misión consiste en mantener los derechos que las partes tienen de la ley ó de sus convenciones. Uno de los autores que admiten la distinción dice que el principio de la indivisión es susceptible de cierta templanza. Esta templanza es una verdadera excepción. ¿Quién da al intérprete el poder de modificar la ley y los derechos que de ella resultan? Sólo al acreedor toca ver si le conviene mantener la indivisión de la hipoteca ó si la quiere renunciar.

Lo que prueba en contra de la opinión general es que en la aplicación los que la adoptan se dividen. Desde luego es muy difícil decidir si el acreedor tiene ó no interés en

1 Pont, t. I, p. 360, núm. 341. Compárese casación, 3 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 321).

2 Pont, t. I, p. 363, núms. 343 y 344. Aubry y Rau, t. III, p. 415 y nota 25.

mantener la indivisión de la hipoteca; esto es una primera causa de dificultades y de pleitos. (1) Luego viene la cuestión de saber en qué consiste la *templanza*; es decir, la restricción que se quiere hacer al principio de la indivisión. En derecho la cuestión es insoluble. ¿Hasta qué punto y en qué medida pueden los jueces derogar la ley teniendo en cuenta el interés del acreedor de hipoteca general y de los acreedores de hipotecas especiales? La cuestión implica una imposibilidad jurídica, pues esto es pedir en qué límites se puede derogar la ley; es decir, violarla. Así los intérpretes no están mucho acordes y tampoco los tribunales. Una sola y misma corte, la de Casación, ha pronunciado decisiones contradictorias. Y puede decirse que no hay contradicción. Pues desde que se coloca uno en el terreno del interés ya no hay principio; el juez se convierte en legislador y decide en cada caso según las circunstancias de la causa. Creemos inútil entrar en los pormenores de la doctrina y de la jurisprudencia; cuando se pone uno a *templar* los principios ya nada hay seguro, sólo queda lo arbitrario. (2)

#### § II.—DIVISION DE LAS HIPOTECAS.

187. El art. 42 dice que «la hipoteca sólo tiene lugar en el caso y según las formas autorizadas por la ley.» ¿Cuál es el sentido de esta disposición? La ley es la que determina los casos en los que hay hipoteca; ¿las partes pueden convenir que la hipoteca tendrá lugar en otros casos? Asimismo la ley fija las formas que deben observarse para las hipotecas convencionales y testamentarias; ¿las partes podrán derogar estas formas, ya sea por sus convenciones ó por una acta de última voluntad? En fin, las hipotecas legales deben ser

1 Véanse las sentencias citadas por Aubry y Rau, t. III, p. 415, pfo. 284, nota 25.

2 Véanse los diversos procedimientos en Aubry y Rau, t. III, p. 415, párrafo 284 y nota 26; Pont, t. I, p. 364, núm. 345.

especificadas, y es también la ley la que dispone de qué modo se hace la especialización; ¿pueden las partes convenir de otro modo? Todas estas cuestiones deben ser decididas negativamente. En efecto, es de principio que las partes no pueden por sus convenciones derogar las leyes relativas al orden público, y se entienden por leyes de orden público las que son promulgadas en interés público. Y es evidente que el régimen hipotecario es de interés social; desde luego las partes no pueden derogar este régimen. Tal es el sentido del art. 42. La ley belga abolió las hipotecas judiciales; ¿podrán las partes restablecerlas directa ó indirectamente? Nó, nuestra ley decide en qué casos una inscripción hipotecaria es nula; ¿pueden las partes convenir que no será nula por ninguna causa? Nó. La ley belga quiere que las hipotecas legales se especialicen; ¿podrán las partes declararlas generales? Nó, y lo mismo pasa con todas las disposiciones de nuestro régimen hipotecario, todas de orden público. Sólo hay excepción á este principio cuando una disposición de la Ley Hipotecaria está fundada en la presunta intención de las partes contratantes. Tal es el principio de la indivisión de las hipotecas. Se vuelve en este caso al imperio de la regla que gobierna los contratos. La ley no impone la indivisión á las partes, sólo supone que su intención es hacer indivisible la hipoteca; quedan libres para manifestar una voluntad contraria.

188. «La hipoteca legal, convencional ó testamentaria» (art. 43; Código Civil, art. 2116).

189. «La hipoteca legal es la que resulta de la ley.»

«La hipoteca convencional es la que depende de las convenciones y de la forma exterior de las actas y de los contratos» (art. 44; Código Civil, art. 2117).

La hipoteca legal fué profundamente modificada por la ley belga; sin embargo, la definición que la ley de 1851 da de ella es la misma que la del art. 2117 del Código Napo-