

§ IV.—EFECTOS DE LA HIPOTECA EN LOS DERECHOS  
DEL PROPIETARIO.

*Número 1. Principio.*

221. Ya hemos dicho que la hipoteca es un desmembramiento de la propiedad (núm. 174). Lo que caracteriza el derecho de propiedad es que es absoluto: el propietario tiene el derecho de disponer y gozar de su cosa del modo más ilimitado, siempre que no haga de él un uso prohibido por la ley (art. 544). Debe agregarse: siempre que no perjudique los derechos de terceros. Este derecho absoluto está restringido por la concesión de hipoteca; el propietario afecta el inmueble al pago de una obligación; no puede, pues, hacer nada que disminuya esta garantía: entre el deudor y el acreedor esto es evidente, pues es el derecho común (artículo 79; Código Civil, art. 2131). Pero la garantía hipotecaria es, de su esencia, una garantía real; se haría ilusoria si el acreedor no tuviera el derecho de prosecución; lo sería también si la propiedad estuviera sólo limitada para con el deudor; por lo mismo que la hipoteca da el derecho de prosecución el acreedor debe tener contra el tercero detentor el derecho que tiene contra el deudor; el tercero detentor sólo tiene una propiedad desmembrada, su derecho está limitado por el acreedor hipotecario; no puede, pues, hacer nada que altere este derecho. Esto es lo que dice el Código en el capítulo que trata del derecho de prosecución (art. 2175; Ley Hipotecaria, art. 103). Así el desmembramiento de la propiedad que resulta de la hipoteca tiene un carácter absoluto, existe para con todos; es decir, que constituye un derecho real inmobiliario en favor del acreedor hipotecario.

222. Hay, pues, actas de disposición, de goce y de administración que un propietario puede hacer y que el pro-

pietario de un inmueble hipotecado no puede hacer por sólo que perjudicaría al acreedor hipotecario. Esta limitación del derecho de propiedad tiene un lazo estrecho con otra cuestión: la de saber lo que sucede con la hipoteca recayendo en objetos muebles convertidos en inmuebles cuando el deudor los moviliza por su hecho. ¿El acreedor hipotecario conserva su derecho en los objetos que dejan de ser inmuebles? ¿Tiene por este punto un derecho contra el deudor? ¿Puede promover contra el tercer adquirente? Estas cuestiones no dejan de tener sus dificultades; vamos á examinarlas al tratar de las restricciones del derecho de propiedad que resultan de la hipoteca en favor de los acreedores hipotecarios.

*Núm. 2. De las actas de disposición.*

223. El derecho de disponer es el atributo esencial de la propiedad. Se entiende por esto el derecho de enajenar. ¿El propietario del inmueble hipotecado conserva el poder de vender? En principio sí, puesto que la enajenación no causa ningún perjuicio al acreedor hipotecario; queda arruinado con su derecho de prosecución, que le da contra los terceros el mismo derecho que tiene contra el deudor. Sin embargo, puede suceder que el derecho del acreedor esté perjudicado por efecto de la enajenación; ya hemos examinado las dificultades que presenta la cuestión al tratar del decaimiento del plazo (t. XVII, núms. 206-208).

224. La facultad de disponer del modo más absoluto que la ley reconoce al propietario implica también otro derecho: el de modificar la cosa, destruirla si se quiere; esto es lo que se llama el derecho de abusar que no tiene el usufructuario por oposición al propietario (art. 578). Todo hecho de abuso nulifica ó disminuye la garantía que la hipoteca está destinada á dar al acreedor, puesto que el valor de



la cosa será tanto menor, y es este valor el que constituye la seguridad que el acreedor hipotecario encuentra en la hipoteca (Ley Hipotecaria, art. 79; Código Civil, art. 2131).

Abusando el deudor hace lo que no tiene el derecho de hacer; por esto mismo el acreedor hipotecario debe tener el derecho de oponerse á ello ocurriendo á la justicia, pues ésta tiene por misión auxiliar á aquellos cuyos derechos se violan, manteniendo estos derechos contra los ataques que se les hacen. La ley da al acreedor el derecho de reclamar el reembolso de su crédito si los inmuebles hipotecados han perecido ó han sufrido degradaciones por el hecho del deudor; volveremos á este punto al explicar el art. 79 (Código Civil, art. 2131). Pero el acreedor no está obligado á pedir la resolución del contrato; puede también exigir su ejecución y, por consiguiente, oponerse á que el deudor deteriore los bienes hipotecados. Este derecho no podría contestarse. (1) ¿Hasta dónde llega el ejercicio de este derecho?

225. Si el propietario demole él mismo la casa hipotecada el acreedor hipotecario tiene una acción contra él para que se le prohíba continuar la demolición y para que restaure el edificio deteriorado. Mientras que el debate está concentrado entre el deudor y el acreedor no hay ninguna dificultad, puesto que se trata de la ejecución de un contrato. (2) Aunque el inmueble hipotecado lo poseyera un tercer detentor el acreedor tendría también acción contra él, puesto que el derecho del tercero detentor está limitado, como lo está el del deudor (art. 103; Código Civil, art. 2175). La cuestión no se hace dudosa sino cuando el deudor ha enajenado los materiales procedentes de la demolición ó cuando vendió la casa para ser demolida. En la primera hipótesis se aplica el derecho común. El tercer poseedor de

1 Valette, ps. 223 y siguientes, Aubry y Rau, t. III, ps. 427 y siguientes, párrafo 286.

2 Compárese Denegada, 9 de Agosto de 1825 (Dalloz, en la palabra Bienes, núm. 53).

buena fe está al abrigo de toda acción de reivindicación y de toda acción real; puede rechazar al acreedor por la excepción del art. 46 (Código Civil, art. 2119); á saber, que los muebles no tienen prosecución por hipoteca; no puede tratarse de una reivindicación, puesto que el acreedor hipotecario no es propietario. (1) Pero si el tercer poseedor fuera de mala fe, es decir, si hubiera comprado con conocimiento de que los objetos procedían de una casa hipotecada, ¿tendrá el acreedor acción contra él? Acción hipotecaria no la tiene, puesto que los objetos separados del fundo dejan de ser inmuebles; no puede haber acción hipotecaria para objetos muebles. Acción personal naciendo del contrato tampoco tiene el acreedor, puesto que no hay ninguna liga de obligación entre él y el tercero adquirente. Sólo le queda la acción que nace del delito; suponiendo que el hecho perjudicial presente el carácter de un delito civil.

226. Si el acreedor vendió la casa para ser demolida la dificultad se complica. Un primer punto nos parece seguro: es que el acreedor hipotecario puede oponerse á la demolición sin que el tercero comprador pueda prevalecerse de su contrato. Es verdad que la venta de una casa para ser demolida es una venta mueble, pero esto no es verdad más que entre las partes contratantes, pues la movilización resulta de un contrato y las convenciones no pueden ser opuestas á los terceros; luego mientras que la casa subsiste queda gravada de hipoteca y, por consiguiente, el acreedor puede promover en virtud de su derecho hipotecario; la demolición ataca su derecho, luego puede ejercer todos los actos conservatorios (t. V, núm. 432).

Si se hace la demolición sin que el acreedor se oponga á ella ¿cuál será su derecho? Ya no puede ejercer su derecho

1 Valette, p. 225, 5.º Denegada, 9 de Agosto de 1825 (Dalloz, en la palabra Bienes, núm. 53).



hipotecario contra el tercer poseedor porque ya no tiene derecho en los inmuebles convertidos en muebles; su hipoteca por este punto está extinguida, y no puede tener acción de reivindicación, puesto que no es propietario. Sólo se puede preguntar si tiene una acción en el precio, suponiendo que se deba. En principio hay que responder negativamente. Los efectos muebles separados del suelo dejan de ser muebles, ya no están gravados de hipoteca; no teniendo ya acción hipotecaria el acreedor no se ve en virtud de qué derecho promovería en el precio de una cosa en la que no tiene ningún derecho. (1) Pero ¿no deroga el art. 45 estos principios? La Ley Hipotecaria da al acreedor una acción en el precio de los cortes de leña que el deudor hace de buena fe, según el uso del lugar; ¿no debe concluirse de esto que el acreedor tiene una acción con más razón cuando el deudor obra sin derecho, como en nuestro caso? Vamos á examinar la cuestión al tratar de las actas de goce que el propietario del inmueble hipotecado puede hacer (núm. 230).

*Núm. 3. De los actos de goce.*

227. El propietario que hipoteca un inmueble conserva el derecho de goce. Este goce no compromete, en general, el derecho del acreedor hipotecario, y el deudor puede hacer lo que no perjudica al acreedor. Pero su derecho de goce no es absoluto, lo es el del propietario cuyo fundo no está desmembrado (art. 544); está limitado por el derecho del acreedor hipotecario; de modo que aunque propietario el deudor no puede ya hacer un acto de goce que perjudique al acreedor. Síguese de esto que el deudor no puede abusar; abusar no es gozar, es disponer, y el deudor no puede disponer de la cosa en perjuicio del acreedor. Ni siquiera pue-

1 Valette, p. 220, 2.º En sentido contrario, Denegada, 4 de Febrero de 1817 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 1501).

desentarse en principio que conserva el derecho de gozar como buen padre de familia, pues hay actos de buen goce que pueden disminuir el valor de la cosa hipotecada, lo que, respecto al acreedor, sería un deterioro de la cosa, y el deudor no puede por su hecho amenguar las seguridades del acreedor (art. 79; Código Civil, art. 2131). Tal sería el desmonte de un bosque: la superficie montosa es de gran valor, hacía parte de la hipoteca estipulada por el acreedor; es, pues, deteriorar la cosa el convertir un bosque en tierras de labor, aunque para el propietario esto pueda ser un acto de buena gerencia.

¿Cuáles serán en este caso los derechos de los acreedores hipotecarios? Se debe aplicar por analogía lo que hemos dicho de la demolición de la cosa hipotecada. El deudor hace en uno y en otro caso lo que no tiene derecho de hacer. Luego el acreedor puede oponerse á ello, y tiene grande interés, pues si el desmonte se opera el acreedor no tiene ninguna acción contra los terceros compradores. Aquí también se aplica lo que hemos dicho de la demolición de una casa y de la venta de los materiales. Desde el momento en que los árboles están desprendidos del suelo dejan de ser inmuebles, luego la hipoteca se extingue; el acreedor no tiene contra los terceros acción de reivindicación ni prosecución, pues no fué nunca propietario y su hipoteca no se ejerce en los muebles. No podría tener contra los terceros más que la acción que nace del delito; contra el deudor tendría acción de reembolso del crédito, en virtud del art. 79 (Código Civil, art. 2131).

228. Hay actos de goce que el deudor tiene el derecho de hacer. Los frutos están destinados á ser conservados; al hipotecar el inmueble el deudor no entiende prohibirse la facultad de gozar de los frutos. Ordinariamente este goce no causa ningún perjuicio al acreedor; si promueve contra el deudor cuando los frutos están en pie aprovechará de los



frutos, puesto que hacen parte del inmueble hipotecado, y e' embargo los inmoviliza. La ley de 15 de Agosto de 1854 acerca de la expropiación forzada provee á los intereses de los acreedores; dispone que éstos pueden proceder á la venta de los frutos en pie, y el precio queda depositado en la caja de consignaciones para ser distribuido con el precio de los inmuebles por orden de hipoteca. En cuanto á los frutos recogidos por el embargo posteriormente á la notificación de embargo quedan inmovilizados, así como el precio que procede de su venta, y puede ser distribuido por orden de hipotecas con el precio de los inmuebles (artículos 22 y 23).

229. Mientras que los acreedores no embargan los inmuebles hipotecados el deudor percibe los frutos, y ya desprendidos del suelo los acreedores no tienen ya derecho en ellos, puesto que los frutos se volvieron muebles; los acreedores no tienen ninguna acción contra el propietario que hizo lo que tenía el derecho de hacer, ni contra los terceros compradores, porque su derecho hipotecario quedó extinguido. ¿Qué debe decidirse si el propietario vende los frutos en pie? El art. 45 prevee el caso en que el propietario vende un oquedal; decide que «el acreedor hipotecario estará obligado á respetar las ventas de cortes comunes, talas ú oquedales hechas de buena fe, conforme á la *costumbre del lugar*, salvo á ejercer su derecho en el *precio no pagado*.» Para que los acreedores estén obligados á respetar los cortes hechos por el deudor desde luego se necesita que sean dichos cortes *comunes*; son un acto de goce y el propietario tiene el derecho de gozar de los frutos; sin duda si no hiciera los cortes la superficie de bosque aumentaría de valor, pero no está obligado á aumentar el valor del fundo hipotecado, sólo está obligado á no degradarlo. Y sería una degradación si en vez de un corte común hiciera uno extraordinario, porque este corte no representa ya los frutos del in-

mueble, es una parte del fundo; se debe, pues, aplicar á los cortes extraordinarios lo que dijimos del abuso (número 227). (1) La ley quiere además que el corte se haga de *buena fe*. La mala fe ó el dolo dan al acreedor la acción pauliana; este es el derecho común; el deudor jamás puede defraudar á sus acreedores, aunque haga lo que como propietario tiene derecho á hacer. Si la venta no está concluida por el corte de árboles los acreedores la harán anular; cuando los árboles estén cortados tienen acción al precio debido; si el precio está pagado pueden promover contra el deudor reembolsando el crédito y contra el tercero complice de fraude, en virtud del art. 1382. Se necesita que haya fraude por parte de los terceros para que los acreedores puedan promover en nulidad. Si los terceros son de buena fe los acreedores no tienen acción más que en virtud del art. 79 (Código Civil, artículo 2131).

El art. 45 supone una venta de soto ó de monte bajo y quiere que se haga conforme á las costumbres del lugar. ¿Se debe distinguir entre el monte bajo y el monte alto? Esta distinción determina los derechos del usufructuario, y bajo el imperio del Código Civil también se aplicaba al propietario del inmueble hipotecado en el sentido de que el monte alto no es un fruto sino una parte del fundo; de modo que una venta de monte alto no es un acto de goce, es un acto de disposición, y como disminuye el valor del fundo constituye, respecto al acreedor hipotecario, un acto de abuso ó degradación. (2) El art. 45 consagra implícitamente estos principios, pues al determinar cuáles son los cortes que los acreedores deben respetar decide que no deben respetar los demás cortes; decir que no pueden atacar las ventas de los bosques talados y de los cortes es permitirles atacar las ventas de monte alto. ¿Se objetará que es argumentar en el silencio

1 París, 26 de Agosto de 1809 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 793).  
2 Pont, t. I, p. 381, núm. 364 y las autoridades que cita.



de la ley? Contestaremos que la distinción que resulta del silencio de la ley está en armonía con los principios y con la tradición, lo cual es decisivo. La ley agrega una nueva distinción en lo relativo á la venta de soto ó monte bajo: se necesita que estén hechos conforme á las *costumbres del lugar* para que los acreedores estén obligados á respetarlos. En materia de usufructo la ley con relación al orden del corte y al uso constante de los propietarios (art. 590). Estas reglas no son aplicables al deudor, que es más que usufructuario propietario; puede, pues, sacar de su fundo el goce que generalmente obtienen los propietarios; en estos límites usa de su derecho y, por consiguiente, los acreedores deben respetar lo que ha hecho. Por este motivo es por lo que la ley quiere que el propietario se conforme con la costumbre del lugar.

230. Aunque el propietario haga una venta en estas condiciones los acreedores pueden ejercer su derecho sobre el precio no pagado. Esta disposición se explica con mucha dificultad. Cuando los acreedores hipotecarios tienen un derecho en el precio la razón es que el precio reemplaza á la cosa que tienen hipotecada; esta es una subrogación real. Pero, en la especie, los acreedores no tenían derechos en los cortes, puesto que el deudor los hizo en los límites de su derecho; la ley obliga á los acreedores á respetar la venta, lo que equivale á decir que los acreedores no tenían ningún derecho en los cortes vendidos; desde luego no podían tener derecho al precio. La subrogación real que la ley establece en favor de los acreedores hipotecarios amenaza los derechos de los acreedores quirografarios; el precio es cosa mobiliario y debería, por consiguiente, aprovechar á los que tienen por prenda el mobiliario del deudor. No se puede explicar esta derogación de los principios que suponen que la acción hipotecaria se intenta en el momento en que los árboles aun están en pie; en esta hipótesis se

comprende que se mantenga la venta, puesto que el deudor tenía el derecho de hacerla y que los acreedores hipotecarios aprovechan, sin embargo, del precio, puesto que los árboles vendidos aun están en pie. Pero la ley va más lejos; está concebida en términos generales y se aplica, por consiguiente, al caso en que el corte ya esté hecho; en este caso ya no hay razón para quitar al acreedor quirografario un crédito que se ha convertido en su prenda.

Siendo excepcional la disposición relativa al derecho al precio ¿se debe concluir que se puede extender por vía de analogía? En rigor sí, pero resultarían anomalías chocantes. De este modo se debería decir que el art. 45 no era aplicable á la venta de una cosecha en pie; aunque la hipótesis sea idéntica á la que la ley prevee las cosechas y los cortes de los bosques son frutos y éstos están regidos por el mismo principio. Si se aplica el art. 45 á los frutos se debe ir más lejos y aplicarlo á todos los casos en que el propietario moviliza los objetos inmobiliarios al venderlos. Tampoco se debe distinguir si el deudor ha obrado en el límite de su derecho ó si hay abuso, pues si los acreedores hipotecarios pueden ejercer su acción en el precio cuando el deudor hace un acto que tenía el derecho de hacer con mayor razón se debe admitirlos á reclamar el precio cuando la cosa vendida hacía parte del inmueble hipotecado y que se separó por un abuso de goce. El deudor vende una casa hipotecada para ser demolida ó vende objetos mobiliarios inmovilizados por destino; en este caso viola el derecho del acreedor hipotecario; es natural que la ley subroge el precio á la cosa que está hipotecada. Se debe, pues, considerar la disposición del art. 45 como una regla aplicable á todos los casos en que el deudor al movilizar con ó sin derecho una parte de la cosa hipotecada haya disminuido su valor; el precio que se le queda á deber en el momento en que los acreedores promuevan estará subrogado