

V. De la colocación en un orden.

371. ¿La colocación en un orden extingue los privilegios ó hipotecas ligadas al crédito? Nó, pues la colocación no es un pago, es sólo una indicación de pago; esto es de doctrina y de jurisprudencia. (1) Como esta materia es extraña á nuestro trabajo nos limitaremos á citar una sentencia de la Corte de Casación que lo sentenció así. La Corte dice que la hipoteca subsiste con todos sus efectos mientras que el acreedor no está pagado; hasta entonces conserva sus derechos. Si se le coloca en un precio de venta esta colocación, aunque pura y simple, y con más razón cuando sólo es eventual, lejos de valer pago sólo es una indicación de pago, lo cual no opera novación; en efecto, la novación no se presume, es necesario que la voluntad de operarla resulte claramente del acta. En el caso el acreedor sólo había sido colocado eventualmente con cargo de dar caución de restituir la suma que recibiera en el caso en que otros acreedores eventuales que le prevalecieran vieran vencer esta eventualidad. No había duda; no estando el acreedor definitivamente desinteresado podía ser obligado á restituir el monto de su crédito; desde luego tenía derecho é interés en perseguir el pago de otros bienes de su deudor igualmente afectos á la hipoteca. (2)

§ II.—LA RENUNCIA DEL ACREEDOR.

372. Se puede renunciar cualquier derecho; el acreedor puede, pues, renunciar su privilegio ó la hipoteca que garantiza su crédito. Esta renuncia no debe confundirse con la remesa que el acreedor hace de la deuda. La remesa extingue también la hipoteca cuando extingue la obligación

1 Véanse las autoridades en Aubry y Rau, t. III, p. 488, notas 7-9, párrafo 292.

2 Casación, 25 de Febrero de 1839 (Daloz, en la palabra Privilegios, número 2321.) Compárese Aubry y Rau, t. III, p. 488 y notas 7-9, pfo. 292.

principal por el todo. Esto es la aplicación del principio que acabamos de explicar. Pero la remesa, cuando hay varios codeudores, puede ser personal si el acreedor se reservó su recurso contra los codeudores; en este caso subsistiendo en parte la deuda la hipoteca subsiste igualmente, mientras que si el acreedor renuncia directamente la hipoteca ésta queda necesariamente extinguida. Hay otra diferencia entre la remesa de la deuda y la renuncia de la hipoteca. La remesa resulta siempre de una convención, ya sea que se haga á título oneroso ó á título gratuito (t. XVIII, número 337), mientras que la renuncia de la hipoteca puede resultar de un acto de voluntad unilateral. La Corte de Casación lo sentenció así en el caso siguiente:

Una mujer casada renuncia por acta auténtica á su hipoteca legal en unos inmuebles que pertenecían á su marido en favor de dos acreedores inscriptos en los mismos inmuebles por parte del marido y cuyo lugar seguía inmediatamente al suyo. Estos acreedores no figuraban en el acta. El día después la misma señora subrogó un tercer adquirente en su hipoteca legal declarándole que acababa de renunciar su hipoteca en favor de dos acreedores inscriptos después de ella; después, antes de toda aceptación por parte de estos acreedores, revocó la renuncia que tenía consentida en su favor. Habiéndose abierto una orden se suscitó una contestación acerca de la validez de su renuncia y de la revocación. La Corte de Casación decidió que la renuncia de la demandante al beneficio de su hipoteca legal era una pura acta de renuncia por su parte, sin ninguna estipulación ó compromiso en su favor; que una acta tal procedente de un acreedor dueño de sus derechos producía su efecto por sí misma conforme al art. 2180 (Ley Hipotecaria, art. 108). La Corte dice que lo mismo pasa con todas las renunciaciones, ya sea á una sucesión, ya á una comu-

nidad ó á un usufructo; ninguna ley impone al beneficiario la obligación de una declaración cualquiera para hacer irrevocable para con él los efectos de la renuncia. En tesis general, dice la sentencia, basta que el propietario de un derecho manifieste la intención de no usarlo para que el dicho derecho secundario tome el lugar del *derecho* extinguido que le prevalecía. (1) Los autores reproducen literalmente esta resolución que nos parece contestable en muchos puntos. (2)

Desde luego no es exacto decir que *toda* renuncia es válida por sólo la voluntad del que renuncia. Ya hemos citado la remesa de la deuda que también es una renuncia y que implica, no obstante, un concurso de consentimientos, una convención. Hay que distinguir. Cuando la renuncia tiene por efecto disolver un contrato es necesario el concurso de voluntades de los que lo formaron; la razón es que las convenciones que se forman por el consentimiento de las dos partes no pueden disolverse más que por un consentimiento contrario. La doctrina de la Corte es, pues, demasiado absoluta. En el caso sentenció bien en el fondo. Se trataba de la renuncia de un derecho real, y el que tiene un derecho real en una cosa puede abdicar este derecho por sólo su voluntad (t. XVIII, núm. 337). Queda por determinar el objeto y el efecto de la renuncia litigiosa. La Corte cita el art. 2180 (Ley Hipotecaria, art. 108). ¿Es verdad que, en el caso, la mujer entendía renunciar su hipoteca en el sentido de esta disposición? La negativa es segura, pues resultaba de las actas hechas por la mujer. Después de haber renunciado á su hipoteca le subroga un tercer acreedor; luego vino á ejercer sus derechos hipotecarios. La renuncia no tenía, pues, por efecto extinguir su hipoteca, sólo renunciaba al lugar que le daba su inscripción. Este era

1 Denegada, 19 de Noviembre de 1855 (Dalloz, 1856, 1, 175).

2 Martou, t. IV, p. 19, núm. 1339.

uno de los actos que se comprenden generalmente bajo la expresión de *subrogación de hipoteca* y que generalmente se hacen por una convención. Es verdad que, en el caso, los acreedores no habían figurado en el acta, pero esto no prueba que no había intervenido ningún convenio entre ellos y la mujer. La decisión de la Corte es, pues, á este respecto muy absoluta. Este era un punto de hecho que comprobar, mientras la Corte hace de él un punto de derecho. En definitiva, la renuncia puede ser una acta unilateral, como lo hemos dicho, pero no es necesariamente obra de la voluntad de una de las partes.

373. ¿Quién puede renunciar? La renuncia de que habla el art. 108 (Código Civil, art. 2180) supone una abdicación de la hipoteca hecha por un acreedor cuyo crédito subsiste; es más que la renuncia al lugar que da la inscripción, pues el acreedor que renuncia su lugar conserva el derecho de hipoteca, mientras que la renuncia del art. 108 la extingue. Así el acreedor que renuncia la hipoteca se despoja de este derecho, dispone de él, y la hipoteca es un derecho real inmobiliario, un desmembramiento de la propiedad; renunciarlo es disponer de una propiedad inmobiliaria; para poder renunciar es necesario, pues, tener capacidad para enajenar un inmueble. Se puede aplicar, por consiguiente, por analogía, á la renuncia del art. 108 lo que hemos dicho de la renuncia del usufructo y de las servidumbres. Poco importa que la renuncia se haga por acta unilateral ó por una convención, siempre es un acto de disposición. Sólo que si la convención fuera una liberalidad sería necesario que el deudor tuviera capacidad para disponer á título gratuito, y el deudor debiera tener el derecho de recibir á este título. Esto es el derecho común.

Se formula ordinariamente el principio en términos menos restrictivos. Basta, se dice, que el acreedor tenga libre la disposición del crédito que está garantizado por el privi-

legio ó la hipoteca; (1) siendo el crédito un derecho mueble la capacidad requerida sería la de disponer de un mueble. Es una capacidad menor que la que exigimos, puesto que hay incapaces, tal como la mujer separada de bienes, que tienen el derecho de disponer de sus muebles y enajenarlos, mientras que no tienen el derecho de enajenar sus inmuebles. A decir verdad la renuncia del art. 108 (Código Civil, art. 2180) no es una disposición del crédito, puesto que el acreedor conserva su derecho, es una disposición de la garantía hipotecaria; el renunciante corre el riesgo de no ser pagado, pero conserva su derecho al pago; es, pues, un derecho accesorio el que es objeto del acta ó de la conservación y no la obligación principal. Esto nos parece decisivo.

374. ¿Cómo se hace la renuncia? La ley no prevee la dificultad; se permanece, pues, bajo el imperio del derecho común. Siguese de esto que la renuncia, como toda manifestación de voluntad, puede ser expresa ó tácita. ¿Está sometida la renuncia expresa á una forma especial? El silencio de la ley contesta á la cuestión. Se ha sostenido que se necesitaba una acta auténtica, por analogía del art. 93 (Código Civil, art. 2158), que exige un consentimiento dado en la forma auténtica para la cancelación ó la reducción de una inscripción hipotecaria. La Corte de París ha desechado esta interpretación; el art. 2180, dice, no dice que la renuncia deba hacerse por acta auténtica; deja, pues, á las partes en el derecho común que les permite hacer constar sus convenciones en actas privadas. En consecuencia, la Corte ha validado una renuncia hecha por acta privada reconocida por aquel á quien se la oponían. (2) La decisión no es dudosa; lo seguro es que hay una antinomia en la ley. El deudor puede requerir la cancelación de la inscrip-

1 Pont, t. I, p. 456, núm. 1233.

2 París, 23 de Abril de 1853 (Daloz, en la palabra Privilegios, núm. 2470.

ción en virtud del acta de renuncia de la hipoteca hecha privadamente, mientras que una acta auténtica sería necesaria para requerir la cancelación en virtud de una renuncia de la inscripción; la ley se muestra más severa para la publicidad que para el fondo del derecho.

375. La renuncia tácita se induce de un hecho del acreedor. Este hecho debe ser de tal naturaleza que implique necesariamente la voluntad de renunciar la hipoteca. Este es el principio general que rige toda renuncia tácita. Si se puede dar al hecho alegado contra el acreedor otra interpretación que la que implica la renuncia el juez no podrá admitir que renuncie la hipoteca. Asimismo si el acta puede ser interpretada en el sentido de que el acreedor renuncia sólo el lugar que le da la inscripción el juez tendría que admitir esta última interpretación; es una consecuencia del principio de que las renunciaciones deben interpretarse restrictivamente. No se puede admitir fácilmente que un acreedor abdique la garantía hipotecaria que asegura el pago de su crédito; hay menos peligro para él en renunciar su lugar de prioridad, porque esta renuncia deja subsistir la hipoteca; es, pues, esta última interpretación la que, en la duda, deberá ser admitida. (1)

376. El acreedor concurre á la enajenación del inmueble hipotecado; es decir, que es parte en el acta. ¿Este concurso implica una renuncia de la hipoteca? Pothier lo admite y explica la razón de esta *presunción*; se entiende que lo que Pothier llama *presunción* es una simple interpretación de voluntad: "El consentimiento del acreedor en la venta de la cosa que le está hipotecada no puede parecer intervenir más que para el descargo de su hipoteca, puesto que el deudor no necesitaba de este consentimiento para vender la cosa." (2) Esto es probable, en efecto, pero es sólo una sim-

1 Martou, t. IV, p. 22, núm. 1340.

2 Pothier, Costumbre de Orleáns, tít. XX, sec. IV, núm. 62.

ple probabilidad; las circunstancias de la causa pueden probar que el acreedor no entendió renunciar su hipoteca. Debe, pues, entenderse la opinión de Pothier como una decisión de hecho y no como una decisión de derecho. Suponiendo que haya renunciado el acreedor puede haber tenido la intención de renunciar sólo el lugar que le da su inscripción, es decir, el derecho de prosecución, sin renunciar su derecho de preferencia que tiene para con otros acreedores. (1) El juez decidirá, y en la duda se pronunciará en favor de la renuncia menos extensiva. Si Pothier no hace estas restricciones la razón es que en el derecho antiguo las hipotecas eran ocultas; no podía, pues, tratarse de la inscripción.

Cuando el acreedor renuncia á su hipoteca concurriendo á una enajenación consentida por el deudor lo hace para favorecer esta enajenación; mejor dicho, su concurso y su renuncia son una condición sin la que la venta no se verificaría. Síguese de esto que la renuncia está subordinada á la existencia de la venta en vista de la que fué hecha. Si la venta no se consuma, si está anulada ó resuelta, la renuncia cae; es una cláusula del contrato la que ya no tiene razón de ser si el contrato no se perfecciona ó si queda nulificado de modo que se le considere como no haber existido nunca; la renuncia, en este caso, también se reputará no existente.

377. Decimos que hay renuncia cuando el acreedor *concorre* al acta; es necesario, como lo dice Pothier, que *consienta* en la venta; es decir, que sea parte en el contrato. Si firma el acta como testigo no es parte en el acta, no consiente, sólo testifica que las partes han consentido; luego no hay renuncia á la hipoteca. Fué, sin embargo, sentenciado que el acreedor hipotecario que firma en calidad de testi-

1 Aubry y Rau, t. III, p. 491 y notas 20 y 21 y las autoridades que citan. Compárese lo dicho en el núm. 332.

go en una acta de constitución de hipoteca en que el bien está declarado libre renuncia á su hipoteca; la Corte de Bruselas dice que este hecho supone necesariamente la renuncia del acreedor á su hipoteca. Esto es muy absoluto; el acreedor no declara que el bien está libre, comprueba sólo con su firma que así se ha declarado. Lo que se le puede reprochar es el haber ayudado con su firma á engañar á los terceros; su hecho es perjudicial; por tanto, los terceros tienen contra él una acción por daños y perjuicios. La Corte ha ido más allá; consideró la renuncia del acreedor como absuelta y aprovechando, con tal título, no sólo al acreedor que hubiera figurado en el acta sino también á los demás acreedores. (1) Si se interpreta el hecho del acreedor como una renuncia la decisión de la Corte no puede justificarse, pues la renuncia, en el caso, hacía parte de la convención, y las convenciones no aprovechan á los terceros, como no los perjudican. Si se admite nuestra explicación no se puede decir que el acreedor ha engañado á todos los terceros interesados y que, por tanto, debe responder del perjuicio que les causó con su mala fe. El hecho no es una renuncia, es un delito, y el delito arrastra la responsabilidad del autor del hecho perjudicial para con todos aquellos que sufren el perjuicio. (2)

378. El acreedor concurre en una acta por la que el deudor consiente una hipoteca en favor de un tercero en el inmueble que está gravado con el crédito del primer acreedor. ¿Implica este concurso renuncia de la hipoteca? Pothier contesta: «La remesa que resulta de este consentimiento tiene más dificultad que la que resulta del consentimiento de la enajenación de la cosa, pues el acreedor que consiente en que el deudor hipoteque á otro el inmueble que le

1 Bruselas, 7 de Marzo de 1838 (Pasirisia, 1838, 2, 67). Compárese Pont, tomo II, p. 548, núm. 1237.

2 Domat, Leyes civiles, lib. III, tít. I, sec. VII, núm. 15. Martou, t. IV, ps. 23 y siguientes, núm. 1340.

estaba hipotecado puede no tener la intención de remitir su hipoteca sino sólo la de consentir que el último acreedor tome su lugar, y debe decidirse así según las circunstancias. (1) Esta es la renuncia al beneficio de la inscripción en interés del nuevo acreedor. En la duda esta interpretación restrictiva debe prevalecer. (2)

379. En materia de quiebra hay una renuncia especial. La ley de 18 de Abril de 1851 (art. 513) dice que los acreedores privilegiados é hipotecarios no tienen voz en las operaciones relativas al concordato más que si renuncian á su derecho de preferencia, y el solo hecho de votar en el concordato implica la renuncia de plano. Fué sentenciado que la reserva que hiciera de sus derechos un acreedor privilegiado ó hipotecario sería inoperante. (3) Esta es una de esas reservas que se hallan en contradicción con el hecho; cuando la ley dice que el acreedor no puede concurrir en el concordato sino renunciando, y que renuncia al votar, el acreedor no está admitido al voto, á la vez que reservando sus derechos; esto es contradictorio; el hecho, tal como lo interpreta la ley, prevalece á la reserva del acreedor.

380. Se entiende que los casos de renuncia tácita que acabamos de relatar sólo son ejemplos. El principio es general y recibe su aplicación según las circunstancias de la causa. Es inútil detenerse en estas aplicaciones muy raras; (4) son apreciaciones de hecho, y los hechos varían de una causa á otra.

§ III.—CANCELACION DE LA HIPOTECA LEGAL.

381. Según el art. 108 las hipotecas se extinguen también "por el efecto de las sentencias en los casos previstos

1 Pothier, Costumbre de Orleáns, tít. XX, sec. IV, núm. 62.

2 Aubry y Rau, t. III, p. 491, nota 22, pfo. 293 y las autoridades que citan.

3 Casación, 26 de Agosto de 1851 (Daloz, 1851, 1, 283).

4 Sólo conocemos una. Denegada, 10 de Abril de 1855 (Daloz, 1855, 1, 109).

por los §§ 1 y 2 de la primera sección del capítulo III." Estos casos son los de los arts. 60 y 72. Cuando las inscripciones tomadas en nombre del menor son excesivas el tutor puede pedir su reducción; el consejo de familia es el que "restringe las seguridades primitivamente exigidas." Su deliberación está sometida á la homologación del tribunal. Esta restricción está considerada por el art. 108 como una extinción parcial de la hipoteca del menor; puede también haber cancelación completa de la inscripción si ésta se hace inútil. Esto sería en el espíritu del art. 108 una extinción total de la hipoteca. Esto no es exacto; la hipoteca subsiste, y ni el consejo de familia ni el tribunal pueden nunca renunciar á la garantía que la ley concede al menor; sólo pueden reducir ó cancelar la inscripción, á reserva de tomar una nueva cuando sea necesario. Lo mismo pasa con la hipoteca legal de la mujer: si las inscripciones fueron tomadas sin el concurso del marido éste puede pedir que "la hipoteca sea reducida á las sumas que la mujer tiene el derecho de reclamar y restringir á los inmuebles suficientes para garantizarlas." La ley se expresa mal diciendo que la hipoteca está restringida; es la inscripción lo que se reduce. No hay, pues, extinción de la hipoteca legal. Traducimos á lo dicho acerca de los arts. 72 y 60 en el capítulo *De las Hipotecas legales*.

§ IV.—DEL § 2 DEL ARTICULO 82.

382. Las hipotecas se extinguen, según el art. 108, número 6, "por la causa enumerada en el § 2 del art. 82." Este artículo prevee el caso en que los privilegios é hipotecas no hubiesen sido inscriptas antes de la muerte del deudor; ya no podrán serlo sino en los tres meses de la apertura de la sucesión. Si la inscripción no se hace en este plazo la ley considera los privilegios é hipotecas como extinguidas.
P. de D. TOMO XXXI—52