

## CAPÍTULO XXXIV.

SUMARIO.—De los contratos accesorios consensuales. (Continuación).—2.º DEL CONTRATO DE HIPOTECA.

Art. I. DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del contrato de HIPOTECA.—1. Razón de plan. La hipoteca como *derecho real* y como *contrato*.—2. Definición del contrato de hipoteca.—3. Sus caracteres.—4. Resumen de diferencias entre el *contrato* de hipoteca y el *derecho* de hipoteca.—5. A. Perfección.—6. B. Contenido.—7. C. Consumación.—8. D. Extinción.

Art. II. CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto*.—9. Doctrinas comunes á los contratos de prenda é hipoteca.—10. Doctrinas especiales al contrato de hipoteca.—a. Elementos reales.—b. Idem formales.—c. Contenido.—d. Doctrina complementaria de referencia á la ley Hipotecaria.

§ 2.º *Jurisprudencia según el Código civil*.—11. El contrato de hipoteca.

§ 3.º *Explicación*.—12. Razón de plan.—13. Doctrinas comunes á los contratos de prenda é hipoteca.—14. Doctrinas especiales al de hipoteca.—15. Crítica.

## ART. I.

DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

## § 1.º

Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del contrato de HIPOTECA.

1. De la hipoteca, como *derecho real*, hemos tratado ya (1), y muy poco tenemos que estudiar aquí en cuanto á la consideración de esta institución civil como *contrato*, medio el más frecuente de la constitución del derecho de hipoteca; y decimos el más frecuente, porque, aparte de aquellas hipotecas que se originan por testamento, todas las demás, ya de las llamadas *legales* ó ya de las llamadas *voluntarias*, afectan forma contractual solemne, sea el origen el derecho que la ley reconoce á ciertas personas para exigir la constitución de hipoteca en garantía de los que la ley ampara con este beneficio, ó sea exclusivamente la voluntad de los que, sin tener de antemano entre sí derecho ni obligación de exigir ó prestar hipoteca, constituyen y conciertan libremente esta garantía. El contrato, en este caso, será

(1) *Parte especial*, Lib. I, Caps. I, XIX y XX, Tom. III.

el antecedente en la creación del derecho real de hipoteca; una vez consumado el contrato cesan todas las relaciones contractuales y subsiste tan sólo, mientras el contrato no sea anulado ó rescindido por acción posterior, el derecho real de hipoteca. Deben, pues, entenderse reproducidas aquí todas las doctrinas consignadas en el lugar indicado, respecto á la institución de la hipoteca, como *derecho real*, y en todo lo que pueda considerarse como aplicable á la idea y aspecto de esta institución, como *contrato*, concretándonos ahora, bajo aquella suficiente base, á las indicaciones exclusivamente concernientes á su espíritu contractual.

2. Es la hipoteca, en esta consideración, un *contrato accesorio, consensual, unilateral y oneroso, por virtud del cual se garantiza, con bienes inmuebles de la propiedad del hipotecante ó de un tercero, el cumplimiento de una obligación, mediante la constitución del llamado derecho de hipoteca, con la obligación para el acreedor de liberar del gravamen á la cosa hipotecada cuando se cumple aquel fin de garantía, y con el derecho recíproco, para igual propósito, en favor del hipotecante*.

3. Es *accesorio*, porque necesita la existencia previa de otra relación jurídica, cuyo cumplimiento garantice, y compense en el orden económico. Puede el *contrato de hipoteca* ser aplicado, de igual suerte, á las obligaciones de cantidad y por título de mutuo, que es su uso más frecuente, que á la garantía del cumplimiento de cualquiera obligación *principal*, sea el que fuere el título de que se derive; siendo lo mismo que la obligación principal tenga el carácter de *mixta*, que de meramente *natural*, siempre que no esté prohibida por la ley; y asimismo el contrato de hipoteca puede también ser accesorio, no precisamente de cualquier otro contrato, sino de cualquier acto jurídico, para garantizar las relaciones que éste produzca, en cuanto sea susceptible de compensación económica; siendo, por último, de advertir, en orden al carácter *accesorio* de este contrato de hipoteca, que la hipótesis de su efectividad es la de *incumplimiento* del contrato ó relación principal, pero no la de su *insubsistencia*.

Es *consensual*, porque se perfecciona por el consentimiento.

Es *unilateral*, porque de la hipoteca en su consideración de contrato, y una vez producido el derecho real á que sirve de *título*, no pueden surgir más que una obligación y un derecho correlativo, á saber: la obligación de parte del acreedor hipotecario, cuando la principal se halla satisfecha de cancelar en favor del deudor ó tercero hipotecante, el derecho de hipoteca, liberando la finca hipotecada de este gravamen, y el derecho de parte de éste para reclamar, en tal supuesto, dicha cancelación y liberación.

Es generalmente *oneroso* este contrato para ambas partes en cuanto que median, de ordinario, prestaciones recíprocas; pues si ni en la prenda ni en la hipoteca, como *contratos*, aparece la prestación del acreedor pignoraticio ó hipotecario, es frecuente que resulte el carácter *oneroso*, tenida en cuenta la relación ú obligación principal garantizada.

4. No es ocioso insistir en las diferencias entre el *contrato* de hipoteca y el *derecho* de hipoteca, que son: 1.<sup>a</sup> El contrato es un acto jurídico que sirve de *título* para la constitución del derecho real, y éste es el derecho ó la *relación* ya constituida. 2.<sup>a</sup> El fondo del contrato es de la naturaleza del *derecho de obligaciones*, mientras que el del derecho es de la naturaleza de los *derechos reales*, siendo de aplicar á uno y otro aspecto de la hipoteca todas las diferencias que existen entre los de una y otra clase. 3.<sup>a</sup> El contrato, una vez *perfecto*, mira, en su aspecto activo ó de derechos, únicamente al deudor ó hipotecante, y, en su aspecto pasivo ó de obligaciones, al acreedor hipotecario; en tanto que el derecho real una vez constituido tiene como sujeto *activo* al acreedor, y como *pasivo* al deudor, además de todo el cuerpo social, por tratarse de un derecho de naturaleza *real*. En la generación, pues, de las ideas del *contrato* y del *derecho* de hipoteca, y en las nociones que cada uno de ellos representa, se ofrece cierto resultado de antítesis, pues sin embargo de ser el *contrato* antecedente del derecho, el contrato mira más al derecho del deudor que cumplió la obligación garantizada, á fin de que obtenga la liberación de la cosa hipotecada en su garantía, y el *derecho* atiende, por su parte, más al acreedor, y está sustituido como garantía del derecho de éste en las relaciones garantizadas, para asegurar, con el producto en venta de la cosa hipotecada, la efectividad de las responsabilidades pecuniarias de la obligación ó relación anterior y principal, garantizada y no cumplida. 4.<sup>a</sup> Por tanto, el *contrato* de hipoteca, como tal, sólo producirá acción en favor del primitivo deudor contra el primitivo acreedor, al efecto indicado de liberar de la hipoteca la finca hipotecada, cuando se ha cumplido la obligación principal que la misma garantiza; el *derecho real*, por el contrario, originará acción tan sólo á favor del primitivo acreedor contra el primitivo deudor ó contra cualquier poseedor de la cosa hipotecada, para hacer efectiva la garantía en la obligación principal, no cumplida. No parece sino que el contrato accesorio de hipoteca viene á alterar la situación que tenían los términos personales en la obligación ó relación primitiva garantizada, convirtiendo al que es sujeto pasivo ó deudor en ésta, en sujeto activo ó acreedor, único posible en el contrato de hipoteca cuando aquella obligación principal fué cumplida.

Lo propio sucede en el contrato de prenda, sino que en éste es más visible que en el de hipoteca, porque la calidad de mueble de la cosa pignorada, y la necesidad de justicia de su devolución al deudor, cuando se cumplió ó pagó la obligación que la prenda garantizaba, se hace más tangible y evidente que en la hipoteca por esa condición de la cosa.

Por el contrato se llega, lo mismo en la hipoteca que en la prenda, al nacimiento del derecho real de garantía, en cualquiera de estas dos variedades; porque es preciso reconocer, que una vez cumplido el fin de la garantía, ó el acreedor pignoraticio podría retener indefinidamente la prenda, ó el acreedor hipotecario resistir la cancelación de la hipoteca y consiguiente liberación de la finca hipotecada, si no subsistiera algún medio de derecho, en uno y en otro caso, á favor del deudor pignorante ó hipotecante para recobrar su prenda ó liberar su finca; resultado jurídico que no podría obtener sino reconociéndole un derecho eficaz contra el acreedor, que no puede proceder de otro origen que del *contrato*.

5. A. PERFECCIÓN.—Se determina, lo mismo que en todos los demás, por la concurrencia de los elementos *personales, reales y formales*.

Respecto de los elementos *personales y reales*, nos remitimos á lo dicho en otro lugar (1).

En cuanto á los *formales*, todo cuanto dijimos en este punto, al tratar del *contrato de censo* (2), es aplicable al de *hipoteca*, cuya solemnidad de escritura en ambos dice relación á un medio necesario para la aparición y existencia del *derecho real*, más que á la esencia del contrato mismo, que podrá ser tal, y no *promesa* de hipoteca, ni de censo, aunque no se haya otorgado la escritura; toda vez que las partes, desde el instante que se perfecciona por el consentimiento, tienen acción para pedir que el contrato se eleve á escritura pública y se coloque en las condiciones legales necesarias para su inscripción en el Registro de la propiedad y para el nacimiento del *derecho real*, á que sirve de *título*.

6. B. CONTENIDO.—En realidad los *efectos jurídicos* inmediatos, que constituyen el *contenido* del contrato de hipoteca, una vez perfecto, deben entenderse limitados á dos fines: 1.<sup>o</sup> Á servir de *título* para *dejar constituida* la relación jurídica de carácter *real*, que representa el derecho real de hipoteca. 2.<sup>o</sup> Luego que sea satisfecha la obligación principal garantizada, tiene el hipotecante derecho á reclamar y

(1) Tom. III, Caps. cit.

(2) Núm. 5, Cap. XXIII de este Tom.

obtener del acreedor, ya pagado, la cancelación y consiguiente liberación de la finca hipotecada.

7. C. CONSUMACIÓN.—Tan pronto como la relación jurídica real de hipoteca se halla constituida, debe considerarse realizada la *consumación* del contrato de hipoteca por el cumplimiento de sus fines, que podrá ser, como en todos los contratos, *extrajudicial ó voluntario y judicial ó involuntario*. Respecto del segundo, que es el que puede exigir indicaciones en el *aspecto meramente contractual*, no cabe que exista otra acción que la *ex stipulatu*.

Cualquiera otra acción que por razón de la hipoteca se produjera, es de referir el aspecto del *derecho real*.

8. D. EXTINCIÓN.—Bajo la influencia del criterio de doctrina consignado al ocuparnos del contrato de *censo* (1), en lo que por motivo de analogía le sea aplicable, partiendo siempre de la distinción de la idea de la hipoteca como *contrato* y como *derecho real*, podemos afirmar que las causas de *extinción* del contrato de hipoteca son las expuestas (2), como modos generales de extinguirse las obligaciones contractuales, y el contrato que las produce (3).

## ART. II.

### CÓDIGO CIVIL.

#### § 1.º

#### Texto.

#### 9. DOCTRINAS COMUNES Á LOS CONTRATOS DE PRENDA É HIPOTECA.

Art. 1.857. Son requisitos esenciales de los contratos de prenda é hipoteca:

- 1.º Que se constituya para asegurar el cumplimiento una obligación principal.
- 2.º Que la cosa pignorada ó hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña ó hipoteca.

3.º Que las personas que constituyan la prenda ó hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes, ó, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.

Las terceras personas extrañas á la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando ó hipotecando sus propios bienes.

Art. 1.858. Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda ó hipoteca para pagar al acreedor.

(1) Núm. 7, Cap. XXIII de este Tom.

(2) Cap. XVI de este Tom.

(3) Omitimos en este Cap. el § de *Jurisprudencia*, remitiendo á la consignada, al tratar de la hipoteca como *derecho real*, en el Cap. XX, Tom. III.

Art. 1.859. El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda ó hipoteca, ni disponer de ellas (1).

Art. 1.860. La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor ó del acreedor.

No podrá, por tanto, el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la prenda ó la hipoteca mientras la deuda no haya sido satisfecha por completo.

Tampoco podrá el heredero del acreedor que recibió su parte de la deuda devolver la prenda ni cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás herederos que no hayan sido satisfechos.

Se exceptúa de estas disposiciones el caso en que, siendo varias las cosas dadas en hipoteca ó en prenda, cada una de ellas garantice solamente una porción determinada del crédito.

El deudor, en este caso, tendrá derecho á que se extinga la prenda ó la hipoteca á medida que satisfaga la parte de deuda de que cada cosa responda especialmente.

Art. 1.861. Los contratos de prenda é hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas á condición suspensiva ó resolutoria.

Art. 1.862. La promesa de constituir prenda ó hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudase á otro ofreciendo en prenda ó hipoteca como libres las cosas que sabía estaban gravadas, ó fingiéndose dueño de las que no le pertenecen.

#### 10. DOCTRINAS ESPECIALES AL CONTRATO DE HIPOTECA.

##### a. Elementos reales.

Art. 1.874. Sólo podrán ser objeto del contrato de hipoteca:

- 1.º Los bienes inmuebles.
- 2.º Los derechos reales enajenables con arreglo á las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase.

##### b. Elementos formales.

Art. 1.875. Además de los requisitos exigidos en el art. 1.857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad.

Las personas á cuyo favor establece hipoteca la ley, no tienen otro derecho que el de exigir el otorgamiento é inscripción del documento en que haya de formalizarse la hipoteca, salvo lo que dispone la ley Hipotecaria en favor del Estado, las provincias y los pueblos, por el importe de la última anualidad de los tributos, así como de los aseguradores por el premio del seguro.

##### c. Contenido.

Art. 1.876. La hipoteca sujeta directa é inmediatamente los bienes sobre

(1) Res. Dir. Gen. de 28 de Noviembre de 1893 (*Gaceta* de 18 de Diciembre de ídem).

que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fué constituida.

Art. 1.877. La hipoteca se extiende á las accesiones naturales, á las mejoras, á los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación, y al importe de las indemnizaciones concedidas ó debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados, ó en virtud de expropiación por causa de utilidad pública, con las declaraciones, ampliaciones y limitaciones establecidas por la ley, así en el caso de permanecer la finca en poder del que la hipotecó, como en el de pasar á manos de un tercero.

Art. 1.878. El crédito hipotecario puede ser enajenado ó cedido á un tercero en todo ó en parte, con las formalidades exigidas por la ley.

Art. 1.879. El acreedor podrá reclamar del tercer poseedor de los bienes hipotecados el pago de la parte de crédito asegurada con los que el último posee, en los términos y con las formalidades que la ley establece.

d. *Doctrina complementaria de referencia á la ley Hipotecaria.*

Art. 1.880. La forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como lo relativo á su constitución, modificación y extinción y á lo demás que no haya sido comprendido en este Capítulo, queda sometido á las prescripciones de la ley Hipotecaria, que continúa vigente.

§ 2.º

Jurisprudencia según el Código civil.

11. EL CONTRATO DE HIPOTECA.—El núm. 4.º del art. 107 de la ley Hipotecaria, y el 1.884, en relación con el 1.859 y 1858 del Código civil, se limitan á declarar la ineficacia ó nulidad de los pactos de no volver á hipotecar, ó de adquirir ó apropiarse las cosas dadas en anticresis, prenda ó hipoteca; pero no la nulidad de la obligación principal que garantizan, cuyo cumplimiento podrá pedir el acreedor en la forma que previene la ley de Enjuiciamiento civil, y estimándolo así la sentencia que declara válido un contrato, no infringe los mencionados preceptos ni los arts. 1.261, 1.274 y 1.275 del Código civil (1).

§ 3.º

Explicación.

12. De los cuatro capítulos que constituyen el tít. 15 del lib. IV del Código, el primero contiene las doctrinas *comunes* á la hipoteca y á la prenda, y el segundo y tercero las *especiales* de la prenda y de la hipoteca, respectivamente, bajo la consideración de *contratos*.

Por evitar repeticiones, al ocuparnos después del contrato de pren-

(1) Sent. 19 Noviembre 1891.

da, hemos colocado en este Capítulo las doctrinas del Código, *comunes* á la hipoteca y á la prenda, y las *especiales* que se refieren á la forma contractual de la garantía hipotecaria.

13. Con relación á las doctrinas *comunes* á los contratos de prenda é hipoteca, notamos: 1.º Que mantiene la prohibición del pacto comisorio (art. 1.859). 2.º Que afirma la nota de *indivisibilidad* en la prenda y en la hipoteca, carácter que se refiere á estas dos instituciones como *derechos reales*, pero no como *contratos* (art. 1.860). 3.º Que el Código viene á ratificar la doctrina expuesta (1) de que el contrato de prenda es un contrato real, porque necesita para su *perfección*, como todos los de su clase, la entrega de la cosa, distinguiendo el estado contractual *preparatorio* de la promesa, del caso ultimado de un contrato *perfecto* de prenda; y declarando, que cuando no ha mediado la entrega de la cosa, sólo produce acción personal, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriese el que defraudare á otro, ofreciendo en prenda ó hipoteca, como libres, las cosas que sabía estaban gravadas, ó fingiéndose dueño de las que no le pertenecen (artículo 1.862). Lo único que no encontramos exacto en este punto, es la identidad de criterio que aplica á la prenda y á la hipoteca, si bien cabe igualmente distinguir entre la *promesa* de hipoteca y el *contrato mismo* de hipoteca, como preparatorio de éste, y entender por entrega de la cosa en este caso la tradición jurídica del hipotecante, con derecho para constituir tal gravamen de garantía.

14. Respecto de las doctrinas *especiales* del Código para el contrato de hipoteca, nos limitamos á consignar: 1.º Que subsiste el principio de que este contrato y el derecho real de garantía, á que aquél sirve de *título*, sólo pueden recaer sobre bienes inmuebles ó derechos reales enajenables con arreglo á las leyes, impuestos sobre bienes de dicha clase (art. 1.874). 2.º Que se considera como elemento *formal* necesario, «para que la hipoteca quede *válidamente* constituida», que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la propiedad. 3.º Que se confirman los principios de *adherencia* y *extensión* de la hipoteca — derecho real, pero no contrato; — y la de *enajenable*, por cesión del crédito hipotecario. 4.º Que en todo lo demás, es decir, *en todo*, se hace una referencia á la ley Hipotecaria, cuya doctrina continúa vigente en su más cabal integridad, por el art. 1.880.

15. Ninguna novedad de fondo, y apenas alguna de expresión, registramos en este título del Código, aparte del poco favorable juicio que nos merece que éste no dé ingreso en su articulado á estas insti-

(1) Al afirmar nosotros la existencia de los contratos *reales*, núms. 12, 13 y 14, Capítulo XV de este Tom.

tuciones de garantía real, mas que bajo el punto de vista originario y externo de su consideración de *contratos*, olvidando, ya que no confundiendo, la distinta índole jurídica que hay entre la prenda y la hipoteca como *contratos* y como *derechos reales*; y más bien limitándose á una superficial reproducción de ciertos principios de la ley Hipotecaria, que por continuar ésta vigente en su integridad, resulta innecesario y hasta inconveniente duplicar, ocupándose indebidamente en consignar como notas del contrato de prenda é hipoteca lo que son caracteres de estos derechos reales.

Encerrado el Código en el criterio y tradición jurídicos romanos, carece de la base del concepto de la hipoteca, y más de la prenda, y no se deja influir por modernas corrientes, que favorecen considerablemente el desarrollo del crédito y dan variedad á la noción del derecho de garantía, según hacemos notar, cuando estudiamos esta doctrina del Código, al considerar la prenda y la hipoteca como *especies* de los *derechos reales*; resultando, por esto, unas doctrinas en este punto algo atrasadas, en relación con el espíritu progresivo moderno.

## CAPÍTULO XXXV.

SUMARIO.—**De los contratos accesorios consensuales.** (Continuación.)—**3.º DEL CONTRATO DE transacción.**

Art. I.—DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del contrato de transacción.*—1. Es una variedad de la novación.—2. Idea general de la transacción.—3. Crítica.—4. Definición.—5. Caracteres.—6. Precedentes y fuentes legales.—7. A. Perfección; principios generales.—8. a. Elementos personales.—9. b. Elementos reales; principio general; cuestiones que no pueden ser objeto de transacción.—10. c. Elementos formales.—11. B. Contenido; reglas de Derecho.—12. C. Consumación.—13. Verdadera consideración jurídica de la transacción.—14. Acciones.—15. Transacción de menores, según el Derecho anterior al Código civil.—16. D. Extinción.

§ 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil.*—17. El contrato de transacción.—18. Perfección.—19. Elementos personales.—20. Idem reales.—21. Idem formales.—22. Contenido.—23. Consumación (transacción en negocios de menores).—24. Extinción.

Art. II.—CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto.*—25. Concepto del contrato de transacción.—26. Elementos personales.—27. Idem reales.—28. Idem formales.—29. Contenido.—30. Extinción.

§ 2.º *Jurisprudencia según el Código civil.*—31. El contrato de transacción.

§ 3.º *Explicación.*—32. Concepto del contrato de transacción.—33. Elementos personales.—34. Idem reales.—35. Valor jurídico y legal de la transacción.—36. Doctrina de excepción en cuanto á la influencia del *error de hecho* en la eficacia de la transacción.—37. Invalidación y rescisión de la transacción.

### ART. I.

#### DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

##### § 1.º

#### **Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil acerca del concepto del** CONTRATO DE TRANSACCIÓN.

1. Según tenemos dicho (1), la *novación* puede tomar las formas especiales de *transacción* y *compromiso*, dando lugar, en estos casos, á esas dos especies de *contratos accesorios*.

2. En el orden de la contratación civil, la *transacción* representa un medio de Derecho, por el cual, los interesados en el cumplimiento

(1) Regla 11.ª, núm. 41, Cap. XVI de este Tom.