

## II

## DE LA HIPOTECA EN GENERAL.

La hipoteca, dice el artículo 1,940 del Código Civil, es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles ó derechos reales, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.<sup>1</sup>

La palabra *hipoteca* tiene tres acepciones, pues significa tanto el derecho constituído sobre un inmueble ó derecho real para garantizar el cumplimiento de una obligación, como el contrato que tiene por objeto la constitución de ese derecho, y la cosa sobre la cual se constituye.

De aquí se infiere, que al definir el Código la hipoteca, no se refiere al contrato, sino al derecho que éste crea.

Considerada la hipoteca como contrato, es accesorio y de garantía, y por tanto, su validez y su extensión dependen, como la fianza, de la validez y eficacia de la obligación principal, de manera que, todo aquello que vicia y anula á ésta, necesariamente vicia y anula la hipoteca; pero la nulidad de ésta no produce la de la obligación, porque sería perfectamente absurdo que la existencia de lo principal dependiera de la de su accesorio.

La hipoteca es un derecho real, porque crea entre el acreedor y la cosa hipotecada una relación directa é inmediata, como hemos dicho en la lección 1.<sup>a</sup> del tomo II, de manera que sólo existen en él dos elementos, la persona, que es el sujeto activo del derecho, y la cosa objeto de éste; y por

1 Artículo 1,823, Cód. Civ. de 1884.

tanto, es absoluto y se ejerce sobre la cosa, cualquiera que sea la persona que la esté poseyendo.<sup>1</sup>

Este principio está consagrado por el artículo 1,941 del Código Civil, que declara, que los bienes hipotecados, quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen á manos de un tercer poseedor.<sup>2</sup>

La hipoteca garantiza el cumplimiento de la obligación, porque da al acreedor derecho de preferencia en el pago respecto de los demás acreedores personales, sobre el valor de la cosa hipotecada, cuyo derecho realiza mediante la venta forzada de ella. De manera, que el objeto de la hipoteca y su efecto esencial es la venta de la cosa y la preferencia en el pago, que sobre el valor de ella obtiene el acreedor en concurrencia con otros acreedores.

Duranton sostiene que la hipoteca confiere dos derechos al acreedor; el de preferencia de pago sobre el valor de la cosa hipotecada, y el de perseguir ésta, cualquiera que sea la persona que tenga su posesión, al cual llama la sanción del primer derecho; pero la facultad de perseguir la cosa, cualquiera que sea la persona que la esté poseyendo, es la consecuencia de la naturaleza misma de la hipoteca, que, como todo derecho real, otorga esa facultad por ser absoluta.<sup>3</sup>

La hipoteca es indivisible por su naturaleza, y por lo mismo, subsiste íntegra, mientras no se cancela, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada; y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido (art. 1,954, Cód. Civ.).<sup>4</sup>

La indivisibilidad de la hipoteca ha sido un principio cons-

1 Pág. 18.

2 Artículo 1,824, Cód. Civ. de 1884.

3 Tomo XIX, núm. 248.

4 Artículo 1,837, Cód. Civ. de 1884.

tante desde la legislación romana, que lo condensó en este apotegma: "*Tota es in toto, et tota est in qualibet parte;*" y la de las Partidas, que establece, que la hipoteca subsiste mientras no se cancele; y que si consiste en muchas fincas, *el acreedor puédelas vender por todo el debdo, mas aun por una partida de lo que fincare por pagar de la debda.*"

Sin embargo, el decreto de 6 de Febrero de 1861 declaró divisibles las hipotecas, y prohibió que en lo sucesivo se constituyeran con la calidad de indivisibles, que subsistieran por entero en todos, en cada uno y en cada parte de los bienes gravados; pero tal decreto, promulgado con el fin de facilitar la división de la propiedad, se juzgó inconveniente por las razones que siguen, que tomamos de la exposición de motivos del Código Civil.

"Sensible es á la Comisión disentir en este punto (la divisibilidad de la hipoteca) de la ley vigente; pero debe obrar conforme con su conciencia, y ésta le presenta la división forzosa de la hipoteca como un elemento contrario al sistema que ha desarrollado en este título, y como un principio no muy conforme con la Constitución. En efecto: puede decirse que hay cierta pugna entre el artículo que garantiza la propiedad y la división forzosa de la hipoteca; porque si bien no se ataca el capital impuesto sobre la finca, sí se modifica y debilita la garantía. Algunas veces las fracciones en que se divida una finca serán bastantes para responder de la parte de hipoteca á que quedan afectas; pero otras sucederá lo contrario; y cuando menos, se corre el peligro de que, aunque aritméticamente sea bastante el valor de una fracción, la garantía puede hacerse ilusoria, atendidas la calidad y otras circunstancias de la nueva finca; produciéndose de todos modos el mismo resultado, que consiste en la modificación sustancial de la garantía."

<sup>1</sup> Leyes 6, tit. 2<sup>o</sup>, lib. 8; 1, tit. 33, lib. 8, C. 65; tit. 1, lib. 22 y 40 y 43, tit. 13, Part. 5<sup>a</sup>

"Ahora bien: el objeto principal de la Comisión ha sido robustecer esa garantía, á fin de que la hipoteca sea un elemento de verdadera seguridad para los capitales. Por consiguiente, aun permitiendo que la división forzosa no tuviera los inconvenientes que antes se han indicado, siempre tendría el muy grave de disminuir la importancia de la hipoteca; pues la práctica de todos los días nos enseña que la imposición de capitales se dificulta extraordinariamente, y que todas las que se hacen llevan como precisa condición la de no dividir la hipoteca."

La indivisibilidad es una circunstancia natural y no esencial de la hipoteca, pues por la naturaleza misma de las cosas es divisible, supuesto que recae sobre bienes inmuebles ó sobre derechos reales inherentes á ellos que son divisibles. De donde se infiere, que la indivisibilidad de la hipoteca, se ha establecido para dar mayor garantía al acreedor.

Es consecuencia de este principio que la indivisibilidad puede cesar por efecto de la voluntad del acreedor, porque cada uno es libre para renunciar el derecho ó beneficio constituido á su favor. Pero no basta la renuncia tácita, porque no se puede presumir que el acreedor prescinda fácilmente de un derecho de tanta importancia para él (art. 1,980, Cód. Civ.).'

<sup>1</sup> Rolland de Villasgues, Dictionaire, v<sup>o</sup> Hypothèque, núm. 14 y siguientes; Toullier, tomo VI, núm. 764; Duranton, tomo XIX, núm. 245; Mourlon, Repetitions, tomo III, núm. 1,430; Troplong, Des Hypothèques, núm. 388; artículo 1,857, Cód. Civ. de 1884.

Este precepto fué reformado por la adición de la palabra *general*; de manera que quedó concebido en estos términos: "La hipoteca nunca es tácita ni general, para subsistir, etc., etc."

Suponemos que la reforma indicada ha tenido por objeto hacer más claro y comprensible el sistema de especialidad y publicidad adoptado por el Código, y declarar que ya no se reconoce la hipoteca general, admitida por nuestra antigua legislación, que comprendía todos los bienes presentes y futuros del deudor, sin especificarlos, y daba origen á litigios dispendiosos y sin fin.

Creemos que la reforma indicada es, por lo menos, innecesaria, pues habiéndose declarado por el artículo 1,825 que la hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles ciertos y determinados, ó sobre los derechos reales en ellos constituidos, se ha proscrito de una manera absoluta la constitución de las hipotecas generales.

El principio de la indivisibilidad de la hipoteca produce, según los autores, las siguientes consecuencias:<sup>1</sup>

1.<sup>a</sup> Si se hipotecan á la vez varios inmuebles para garantizar una sola obligación, cada uno de ellos está afecto al cumplimiento total de ella.

Por ejemplo; si el deudor hipoteca tres fincas para garantizar el pago de nueve mil pesos, cada una de ellas está afecta á éste por el total de esta cantidad; de manera que, si se divide una entre muchos propietarios, cada una de las partes en que se fraccionó reporta el gravamen por el total de la deuda.

Esta consecuencia, á nuestro juicio perfectamente justa, no puede tener aplicación entre nosotros, sino en el caso previsto por el artículo 1,915 del Código Civil, pues el 1,953 ordena expresamente que, cuando se hipotequen varias fincas juntamente por un solo crédito, se determinará la cantidad ó parte de gravamen de que cada una deba responder.<sup>2</sup>

Así, pues, sólo puede tener aplicación el principio á que nos referimos, cuando se infringe la prevención de la ley para que se determine la cantidad ó parte de gravamen que

<sup>1</sup> Colmet de Santerre, tomo IX, núm. 75, *bis* IV; Baudry Lacanstinerie, tomo III, núm. 1,172; Laurent, tomo XXX, núm. 179.

<sup>2</sup> Artículos 1,482 y 1,836, Cód. Civ. de 1884.

El segundo de estos preceptos fué reformado en los términos siguientes:

“Cuando se hipotequen varias fincas juntamente por un solo crédito, el acreedor puede hacer efectiva la obligación sobre cualquiera de ellas ó sobre todas simultánea ó sucesivamente, hasta obtener el pago total, á no ser que en la escritura se haya determinado la cantidad ó parte de gravamen de que cada una de las fincas deba responder.”

Esta reforma autoriza el sistema establecido por la ley 43, tít. 13, Part. 5.<sup>a</sup>, que, con justicia, se juzgó, como dicen Pantoja y Gutiérrez Fernández, contrario al crédito territorial, y que traía graves dificultades á los préstamos con hipoteca, pues los prestamistas tenían exigencias que no podían aceptar las personas que tenían necesidad de recurrir á ellos.

Juzgamos preferible el sistema adoptado por el Código de 1870, porque la hipoteca no se extendía, según él, á todo el valor de cada una de las fincas gravadas, sino solamente á una parte de él; y el deudor tenía libertad de imponerle nuevos gravámenes sobre la parte libre, sin que el primer acreedor resultara perjudicado, porque el segundo no podía percibir el sobrante, sino después de pagado el primer crédito.

debe garantizar cada finca, que carece de sanción, y por lo mismo, puede violarse al arbitrio de los contrayentes con toda impunidad.

Además de este defecto, adolece el artículo 1,953, á que nos referimos, del más grave, de ser contrario al principio de la indivisibilidad de la hipoteca, sancionado por otro precepto.

Ese mismo defecto se reprochaba al artículo 119 de la Ley Hipotecaria Española, de donde está tomado dicho precepto, al discutirse en las Cortes; y la contestación á tal reproche no es satisfactoria, pues se dijo, que éste se fundaba en la confusión de la indivisibilidad propiamente tal, con la que debe llamarse y se llama en derecho *solidaridad* de obligaciones, por la que, cuando un solo crédito se asegura en garantía con varias fincas, han de responder todas y cada una por el todo del crédito asegurado.<sup>1</sup>

A nuestro juicio, no satisface esta contestación, porque adolece del mismo defecto que se reprocha al argumento que combate, la confusión entre la solidaridad y la indivisibilidad, y la inexacta aplicación de los principios que sobre la primera establece la ley, como puede comprenderse fácilmente aplicándolos á la hipoteca.

2.<sup>a</sup> La hipoteca grava cada uno de los inmuebles sobre los cuales se constituye por el total de la deuda, aun cuando ésta se divida.

Por ejemplo: cuando el deudor muere dejando muchos herederos, cada uno está obligado por el todo, por los bienes hipotecados que recibe en pago de su legítima, aunque personalmente lo está sólo por la parte que á prorrata le corresponde, en proporción al importe de aquélla.

3.<sup>a</sup> La extinción parcial de la deuda garantizada por la hipoteca, no produce el resultado de librar á una parte co-

<sup>1</sup> Pantoja, tomo I, pág. 367; Gutiérrez Fernández, tomo V, pág. 361.

rrespondiente de los bienes hipotecados. Por consiguiente, el pago de una tercera parte de la deuda, no extinguirá la hipoteca de una tercera parte de éstos, sino que quedarán afectados por ella hasta la total solución de aquélla.

De aquí se infiere, que si el acreedor muere dejando muchos herederos, el pago hecho á uno de ellos de la porción que le corresponde de la deuda, no liberta la finca de la hipoteca de una manera proporcional, sino que permanece obligada en su totalidad hasta el pago íntegro de todos los herederos.

Son también consecuencias del principio de la indivisibilidad de la hipoteca, las siguientes, que establece el Código Civil:

1.<sup>a</sup> Si una finca hipotecada se dividiere en dos ó más, no se distribuye entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acuerdan el acreedor y el deudor. Pero si no se verifica esa distribución, puede repetir el acreedor por la totalidad de la suma garantizada, contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera, ó contra todas juntas á la vez (arts. 1,955 y 1,956 del Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La razón es obvia: mientras la hipoteca no se cancele, sigue, como dice Pantoja, á la finca en todas sus transformaciones, de modo que el acreedor conserva su derecho real por la totalidad del crédito sobre cada una de las fincas que resulten, supuesto que son las partes de un todo que le está afecto al cumplimiento de la obligación, ó sobre todas ellas.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Artículos 1,838 y 1,839, Cód. Civ. de 1884.

Reformado el último de estos preceptos en los términos siguientes:

“No verificándose la distribución en los términos establecidos en el artículo que precede, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma garantida, contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera, ó contra todas simultánea ó sucesivamente.”

Como es de verse, esta reforma afectó sólo la redacción del antiguo precepto, á pretexto de darle mayor claridad.

<sup>2</sup> Tomo I, pág. 371.

Si la división de la finca hipotecada se verifica consintiendo el acreedor en que también se divida la hipoteca, y se reparta sobre cada una de las partes que resulten, se extingue el primer gravamen, y se constituyen tantas hipotecas cuantas son las fincas en que se fraccione el inmueble hipotecado.

2.<sup>a</sup> Dividida entre varias fincas la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito, y pagada la parte de éste con que estuviere gravada alguna de ellas, se puede exigir por aquel á quien interese, la cancelación de la hipoteca en cuanto á la misma finca; porque siendo tantas las hipotecas cuantas son las fracciones en que ésta se dividió, nada impide que, satisfecho el importe del gravamen que una de éstas reporta, se cancele y se haga constar su libertad (art. 1,957, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

En otros términos: pagado el importe de la deuda que garantizaba una de las fracciones de la finca hipotecada, se extingue la obligación, deja de existir la causa de la hipoteca, y por tanto, asiste al deudor un legítimo y justo derecho para exigir la cancelación.

Puede acontecer que el deudor pague una parte de la deuda garantida con la hipoteca de varias fincas, y en tal caso, si la parte pagada se puede aplicar á la liberación de una ó de otra de las fincas gravadas, por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor puede elegir la que haya de quedar libre (art. 1,958, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La razón que funda este principio, es la misma en que se apoya la facultad que la ley otorga al deudor por diversas obligaciones, de designar la deuda á la cual quiere que se aplique la cantidad que paga al acreedor, cuando es insufi-

<sup>1</sup> Artículo 1,840, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,841, Cód. Civ. de 1884.

ciente para cubrir el importe total de aquellas. Esto es, que el deudor es dueño de su dinero, y puede darle el destino que guste, designando la deuda que quiere extinguir, siempre que no perjudique los derechos del acreedor, pues tal facultad se extiende hasta allí, hasta donde comienza el interés de éste.

3ª Cuando es una la finca hipotecada, ó cuando siendo varias, no se ha señalado la responsabilidad de cada una, por no haberse hecho la distribución del crédito hipotecario, no se puede exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, sea cual fuere la del crédito que el deudor haya satisfecho (art. 1,959, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La razón es, que por la indivisibilidad, subsiste la hipoteca sobre los bienes hipotecados y cada una de sus partes, y mientras no se pague íntegra la deuda, aunque se reduzca su importe, subsiste la obligación, cuyo cumplimiento garantiza aquélla.

El precepto que sanciona el principio expuesto, adolece del defecto de una mala redacción, lo mismo que el artículo 125 de la Ley Hipotecaria Española de donde está tomado, como lo demuestra Pantoja en los términos siguientes: "Supone el artículo dos casos: uno, cuando sea una la finca hipotecada; otro, cuando sean varias y no se haya señalado la responsabilidad de cada una por ocurrir el caso previsto

1 Artículo 1,842, Cód. Civ. de 1884.

Reformado por la supresión de las siguientes palabras: *por ocurrir el caso previsto en el artículo 1,955*. Estas palabras se suprimieron por innecesarias, á pretexto de que, si no hay un pacto especial, no puede exigirse la liberación en parte de los bienes hipotecados, ocurra ó no el primero de los casos de dicho precepto.

No creemos fundada la reforma, porque la referencia al artículo 1,955, no quiere decir lo que los reformadores supusieron, sino que en los casos en que siendo varias fincas no se ha señalado la responsabilidad de cada una, por no haberse hecho la distribución del crédito hipotecario, no puede exigirse la liberación de ninguno de los bienes hipotecados, sea cual fuere la parte del crédito que el deudor haya satisfecho.

La reforma dejó, sin embargo, el vicio de redacción que censuramos en el texto de la lección á que se refiere esta nota.

en el artículo 123. Suprimamos este segundo caso, y dirá así: *cuando sea una la finca hipotecada, no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, etc.*, ó ha querido el legislador escribir el artículo diciendo: *de ninguna parte de la finca ó de los bienes hipotecados, etc.*, para referirse á los casos de que habla, ó no lo entendemos, toda vez que tan pronto se habla de una finca hipotecada como de varios bienes hipotecados, puesto que varios han de ser si han de escribirse en plural.<sup>1</sup>

De todo lo expuesto se infiere, no sólo que la hipoteca es indivisible, sino que lo es activa y pasivamente; esto es, que tiene ese carácter tanto con relación al deudor, como respecto del acreedor.

Pero la indivisibilidad de la hipoteca no hace indivisible la deuda, porque lo accesorio no puede sustraer sus cualidades á lo principal para atribuirle las suyas; y por lo mismo, puede correr la prescripción en provecho de alguno de los herederos del deudor, no obstante la constitución de la hipoteca, y no correr en provecho de los demás, porque se haya interrumpido su curso respecto de ellos (art. 1,235, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La definición que la ley nos da de la hipoteca, diciendo que es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles ó derechos reales, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, nos demuestra que sólo puede constituirse, ó lo que es lo mismo, que sólo pueden ser objeto de la hipoteca, los bienes inmuebles (art. 1,940, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

En este punto se separó nuestro Código del Derecho Romano, que, como hemos dicho ya, confundía la prenda y la hipoteca bajo una denominación genérica, y permitía

1 Tomo I, pág. 374.

2 Artículo 1,120, Cód. Civ. de 1884.

3 Artículo 1,823, Cód. Civ. de 1884.

la constitución de ésta tanto sobre los muebles como sobre los inmuebles; pero al separarse de ese derecho, han tenido en cuenta los autores de dicho ordenamiento las consideraciones que han servido también de apoyo á las legislaciones modernas que sancionan el mismo principio, y son las siguientes:

1.<sup>a</sup> Los muebles no tienen una existencia permanente y durable como los inmuebles, y no pueden, por lo mismo, tener por el mero efecto del contrato, el carácter propio de la hipoteca, ni producir sus efectos:

2.<sup>a</sup> Los muebles pueden fácilmente entregarse al acreedor para la seguridad de su crédito, y por consiguiente no es necesario recurrir, respecto de ellos, á la ficción del derecho, en virtud de la cual se constituye la hipoteca sin la tradición:

3.<sup>a</sup> La facilidad de defraudar los derechos de los acreedores, por la que proporciona la naturaleza de los muebles para enajenarlos y ocultarlos, haciendo así nula la garantía constituida á favor de aquellos:

4.<sup>a</sup> El grave perjuicio que resultaría para el comercio, pues nadie se atrevería á comprar ningún mueble, ni aun de insignificante valor, por el peligro de la evicción consiguiente al ejercicio del derecho de hipoteca constituido á favor de uno ó varios acreedores.

Parece que lo más natural sería exponer qué bienes son los que se estiman como inmuebles por la ley; pero como ya hemos hecho su enumeración en el art. 3.<sup>o</sup>, lec. 1.<sup>a</sup> del tom. II de esta obra, remitimos á nuestros lectores á él para evitar inútiles repeticiones.<sup>1</sup>

Sin embargo, el mismo Código señala algunos de esos bienes en los artículos 1,945, 1,947, 1,948 y 1,949, no para

1 Pág. 11 y siguientes.

hacer una enumeración de ellos, sino para marcar las limitaciones bajo las cuales permite que se constituya la hipoteca.<sup>2</sup>

Tales limitaciones son las siguientes:

1.<sup>a</sup> La hipoteca de una construcción levantada en terreno ajeno, no comprende la área (art. 1,945, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Al hacer el estudio del derecho de accesión manifestamos que el dueño del suelo lo es de lo que se edifica, siembra ó planta en él, pero á condición de que pague el valor de los materiales, de las siembras ó plantaciones al edificador ó plantador. Pues bien, el precepto que establece la limitación que acabamos de indicar, reconoce el derecho del propietario del predio en el cual se construyó el edificio, y sanciona aquel principio. En otros términos: declara que la hipoteca constituida por el que edificó está limitada á los derechos que tiene sobre el edificio, sin que por ella se afecten los que corresponden al propietario del suelo.<sup>3</sup>

2.<sup>a</sup> Puede hipotecarse la nuda propiedad, en cuyo caso si se consolidare con ella el usufructo en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo (art. 1947, Cód. Civ.).<sup>4</sup>

Esta limitación que establece la ley se funda en las mismas consideraciones que la anterior. La hipoteca constituida por el señor del dominio directo está limitada á los derechos que tiene sobre la finca, sin que por ella se afecten los del usufructuario. Pero si por renuncia ó por cualquier otro modo se consolida el usufructo con la propiedad en la persona del propietario, la hipoteca se extiende al usufructo, porque lo accesorio sigue necesariamente á lo principal.

Por el contrario: si se hubiere constituido la hipoteca sobre el derecho de percibir los frutos y se consolida éste con

1 Artículos 1,828, 1,830, 1,831 y 1,832, Cód. Civ. de 1884.

2 Artículo 1,828, Cód. Civ. de 1884.

3 Tomo II, págs. 80 y siguientes.

4 Artículo 1,381, Cód. Civ. de 1884.