

## III

## DE LA HIPOTECA VOLUNTARIA.

La hipoteca voluntaria es, según el artículo 1,891 del Código Civil, la convenida entre partes, ó impuesta por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituye.<sup>1</sup>

En otros términos: se llama voluntaria á la hipoteca que tiene por origen la voluntad del hombre, expresada en los términos que la ley prescribe para que produzca efectos jurídicos; esto es, en la forma y con las solemnidades que exige para los contratos y los testamentos y otros actos entre vivos, pues la hipoteca puede constituirse no sólo por aquellos medios, sino también por éstos, como lo indican claramente las últimas palabras de la definición que da el artículo 1,891 citado.

En consecuencia, la hipoteca voluntaria debe su origen á los contratos y á los testamentos, y á los demás actos entre vivos, que son el resultado de la voluntad del que la constituye.

Ya hemos dicho que sólo pueden hipotecar los que pueden enajenar, ó lo que es lo mismo, los que tienen capacidad para contratar y la libre disposición de sus bienes, cuyos individuos pueden constituir la hipoteca voluntaria, ya sea personalmente, ya por medio de apoderado con poder especial para contraer este género de obligaciones, otorgado ante notario, en virtud del principio sancionado por el artículo 1,399 del Código, según el cual, el que es hábil para

<sup>1</sup> Artículo 1,858, Cód. Civ. de 1884.

contratar, puede hacerlo por sí ó por medio de otro, legalmente autorizado (art. 1,983, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La razón de esta justa exigencia de la ley se funda en que la hipoteca es un acto de suma trascendencia, porque importa una enajenación, y es indispensable que conste de una manera formal y solemne la voluntad del propietario de hacerla, la cual nunca se presume, á fin de evitar fraudes y la nulidad del contrato.

La hipoteca es un verdadero contrato, y como tal puede afectar todas las modalidades que son comunes á todos los contratos. Por tanto, la hipoteca voluntaria puede constituirse puramente ó bajo condición, esto es, para que produzca sus efectos jurídicos tan luego como se llenen los requisitos que para su validez exige la ley, ó para que esos efectos queden en suspenso ó cesar hasta el verificativo de un acontecimiento incierto (art. 1,982, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Cuando se constituye la hipoteca para la seguridad de una obligación futura ó sujeta á condiciones suspensivas inscritas, surte efecto contra tercero desde su inscripción si la obligación llega á realizarse ó la condición á cumplirse; pero si la obligación asegurada se halla sujeta á condición resolutoria inscrita, no surte la hipoteca su efecto en cuanto á tercero, sino desde que se haga constar en el registro el cumplimiento de la condición (arts. 1,984 y 1,986, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,283 y 1,860, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 1,859, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Artículos 1,861 y 1,863, Cód. Civ. de 1884.

Reformado el segundo de estos artículos en los términos siguientes:

“Si la obligación asegurada estuviere sujeta á condición resolutoria inscrita, la hipoteca no dejará de surtir su efecto en cuanto á tercero, sino desde que se haga constar en el registro el cumplimiento de la condición.”

Según las notas comparativas del Sr. Lic. Macedo, se hizo la anterior reforma, por la razón que literalmente transcribimos:

“Siendo la condición resolutoria la que produce la resolución de la obligación y repone las cosas al estado que tenían antes de otorgarse aquella (arts. 1,448 a. y 1,332 del nuevo Cód.) el precepto del artículo 1,986 a., debe ser el contrario del que sanciona. La hipoteca que garantiza una obligación sujeta á condición *resolutoria*, subsiste mientras no se

Esta regla, perfectamente justa, necesita de alguna explicación para su inteligencia y por los términos poco claros con que está concebida su segunda parte.

La hipoteca, no nos cansaremos de repetirlo, es una obligación accesoria de otra principal, cuya suerte depende de ésta, de manera que sus efectos jurídicos están subordinados á la existencia y validez de ella y á las causas que las suspenden y modifican, ó más bien dicho, á las diversas modalidades que puede afectar. Así, por ejemplo, si la obligación principal es pura y simple, la hipoteca lo será también; y si es condicional, los efectos de esta garantía estarán subordinados al verificativo del acontecimiento incierto, del cual depende la existencia de aquélla.

Pero esta teoría tan sencilla suele ser de difícil aplicación en la práctica, cuando se trata de apreciar los efectos jurídicos de la hipoteca que recae sobre obligaciones futuras ó condicionales, respecto de terceros.

Si la obligación es á plazo, como esta circunstancia no afecta de ningún modo su existencia, pues solamente retarda su ejecución, la hipoteca que la garantiza produce sus efectos desde el día en que se celebró el contrato, supuesto que desde entonces existe la obligación.

realiza la condición, pues realizada se reponen las cosas en el estado que tenían antes de contraerse la obligación. En este sentido fué reformado el artículo."

La reforma era precisa; pero no por la razón que antecede, ni en los términos en que está concebida, que ha dejado al precepto reformado casi tan oscuro como el contenido en el artículo 1,986 del Código de 1870.

Este precepto no quiere decir otra cosa, sino que la hipoteca que garantiza una obligación contraída bajo condición resolutoria subsiste y produce efecto contra tercero *hasta* que se haga constar en el Registro público el cumplimiento ó verificativo de ésta; pero se halla concebido en malos términos y emplea las palabras *sino desde*, en lugar de *hasta*, dándoles una aplicación impropia, pues implican una idea absolutamente contraria á la que ésta indica y producen oscuridad y confusión. Así, pues, era bastante sustituir esta última palabra por aquéllas, para dar al precepto la claridad y precisión necesarias.

La reforma ha hecho menos oscuro el sentido del precepto reformado; pero adolece del mismo defecto que el antiguo, porque también ha empleado, de una manera impropia, las palabras *sino desde*, en lugar de *hasta*, que con toda precisión deberían indicar el límite de la duración del efecto jurídico de la hipoteca contra el tercero.

Esta consideración nos demuestra, que las obligaciones á plazo no son futuras, y por lo mismo no son aquellas á las cuales se refiere la regla expresada, como supone alguno de los comentaristas de la Ley Hipotecaria de España.<sup>1</sup>

Las obligaciones futuras son aquellas cuya existencia está por venir; por ejemplo, la que resulta de la apertura de un crédito, la cual se realiza, ó mejor dicho, comienza á tener existencia hasta el momento en que la persona en cuyo favor se abre el crédito recibe alguna cantidad.

En este caso, como se comprende desde luego, no existe la obligación en el momento en que se celebra el contrato, ni como simple y pura, ni como condicional, sino que nace en el momento en que la persona á cuyo favor se abre el crédito comienza á hacer uso de él, recibiendo las cantidades que pide; y sin embargo, la hipoteca puede recaer sobre esta obligación, que está por venir en el acto de la celebración del contrato, de la misma manera que la fianza puede preceder á la obligación que garantiza.

En una palabra, la regla á que aludimos sanciona el principio, según el cual, la hipoteca puede otorgarse como la fianza, para garantizar el cumplimiento de una obligación que aun no se contrae, y determina cuáles son los efectos jurídicos que produce tal garantía, declarando que perjudica á terceras personas desde la fecha de su inscripción en el registro, si llega á contraerse la obligación; esto es, que se retrotrae la fecha de la existencia de ésta á la del registro de la hipoteca, como si desde entonces hubiera existido.

Esta misma regla es aplicable respecto de las obligaciones condicionales garantizadas con hipoteca, pues si llega á verificarse la condición, se retrotrae la fecha del cumplimiento de ésta á la de la celebración del contrato, y se tiene como existente la obligación y la hipoteca desde entonces,

<sup>1</sup> Gutiérrez Fernández, tomo V, pág. 381.

toda vez que esta garantía es accesoria de aquélla y tiene necesariamente que seguir su suerte.

Ninguna dificultad presenta la aplicación de la regla respecto de las condiciones suspensivas, casuales y mixtas, pero ha sido el objeto de serias dificultades respecto de las potestativas, pues fundados en los preceptos del Derecho Romano, han sostenido algunos jurisconsultos que la hipoteca no produce efecto contra tercero desde la fecha del contrato, porque no existiendo entonces la obligación principal, tampoco ha existido la hipoteca, y como dependía del arbitrio del deudor que existiera ó no la obligación, se destruye la idea de toda obligación verdadera, y por consiguiente la de la hipoteca.<sup>1</sup>

Sin embargo, nuestro Código se ha separado del Derecho Romano y de la opinión de los jurisconsultos que siguen sus preceptos, y ha adoptado la teoría contraria, decidiendo que la hipoteca que garantiza una obligación contraída bajo condición suspensiva de cualquiera clase que sea, pues no distingue entre ellas, produce efecto contra tercero desde el día de su inscripción, esto es, retrotrayendo el día de su verificativo á la fecha en que fué inscrita la hipoteca.

La razón de esta teoría se funda en la consideración de que la ley admite que en las hipotecas necesarias se retrotraegan sus efectos á una fecha anterior á la del origen de las responsabilidades que garantizan, y en la de que los terceros que contratan con el propietario del inmueble hipotecado, tienen conocimiento del gravamen que reporta y saben las consecuencias á que se exponen.

En cuanto á la condición resolutoria, no hay dificultad alguna, porque la obligación contraída bajo ella existe desde el momento en que se celebra el contrato y se extingue cuando aquella se verifica, y es natural que se extinga tam-

<sup>1</sup> Leyes 9 § *amplius* y 11, lib. 20, tit. 4, D.

bién la hipoteca que es su accesoria. De manera que la regla indicada se funda en el principio según el cual nadie puede transmitir un derecho de mayor entidad que el que le corresponde, y por lo mismo, el propietario que tiene un derecho resoluble sobre un inmueble, sólo puede constituir una hipoteca que participa de la naturaleza de aquel derecho y está sujeta á sus eventualidades.

Sin embargo, la condición resolutoria como la suspensiva, no produce efecto contra tercero sino desde la fecha de su inscripción, ó lo que es lo mismo, sólo otorga derecho de preferencia al acreedor cuando está inscrita la hipoteca en el Registro público, y á contar desde la fecha de la inscripción, supuesto que en las hipotecas domina el principio que dice: "*Qui prior est tempore, potior est jure.*"

De paso advertiremos que la regla que ha motivado las anteriores explicaciones, está concebida en el Código en términos tales, que merecen censura, porque les falta claridad, y algunos de ellos están empleados en sentido impropio. Por ejemplo, dice: *si la obligación llega á realizarse*, en lugar de *contraerse*, como si fueran sinónimos los verbos *realizar* y *contraer*, y declara que la hipoteca que garantiza la obligación contraída bajo condición resolutoria no surtirá efecto en cuanto á tercero sino *desde* que se haga constar en el Registro el cumplimiento de ella, en lugar de decir *hasta* que se llene este requisito, supuesto que la hipoteca produce efecto contra tercero desde el momento en que se inscribe en el Registro, y cesa cuando se hace constar que se ha extinguido la obligación por cualquier motivo.

Complementando la regla referida, declara el artículo 1,985 del Código, que cuando sea exigible la obligación futura ó se cumpla la condición suspensiva á que aquella se refiere, deben los interesados hacerlo constar así por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria, sin cu-

yo requisito no puede aprovechar ni perjudicar á tercero la hipoteca constituida.<sup>1</sup>

Este requisito, como es fácil de comprender, es una consecuencia necesaria de la naturaleza misma de la hipoteca y del sistema de publicidad adoptado por el Código, pues si aquella no produce efecto contra tercero cuando garantiza una obligación futura ó subordinada á una condición suspensiva, sino hasta que se verifica ésta ó se contrae la obligación, y si la publicidad no se obtiene sino mediante la inscripción, es evidente que sólo se puede producir aquel efecto, haciendo constar en el Registro la existencia de la obligación y el verificativo del acontecimiento incierto del cual estaba pendiente.

El mismo Código nos indica como debe llenarse ese requisito, mandando que se haga constar la existencia actual de la obligación que era futura y del verificativo de la condición en una nota al margen de la inscripción hipotecaria asentada en el Registro; pero no expresa en qué forma debe pretenderse esa anotación, por cuyo motivo creemos que debe ocurrirse al Director del Registro exhibiendo el documento público en que conste que se ha verificado la condición, ó que se ha contraído la obligación futura, y en su defecto, una solicitud suscrita por los contrayentes, pidiendo el asiento de la nota mencionada, especificando los hechos que la motivan.

En el caso de que alguno de los contratantes se negare á firmar la solicitud, habrá necesidad de que el interesado en que se asiente la nota marginal ocurra al Juez de 1.<sup>a</sup> instancia dentro de cuya jurisdicción se halla el registro cuya anotación se pretende, para que, previa la sustanciación del juicio respectivo, decida si hay lugar ó no á la pretensión del solicitante.

<sup>1</sup> Artículo 1,862, Cód. Civ. de 1884.

También adolece esta regla del defecto de una mala redacción, que cambia por completo su sentido y puede ser el origen de contiendas, porque presta armas para ellas á los contratantes de mala fe. En esa regla se declara, que cuando *sea exigible la obligación futura*, no surte efecto contra tercero, etc., dando á entender que sólo produce efecto contra tercero cuando es exigible y se hace constar esta circunstancia en el Registro, siendo así que la ley ha querido decir que cuando se contraiga la obligación futura, se debe hacer constar así por medio de una nota marginal en la inscripción hipotecaria, para que produzca efecto contra tercero.

Así, pues, el defecto consiste en que se ha empleado la palabra *exigible* por la palabra *contraiga*, no siendo la una sinónima de la otra, pues la primera denota la cualidad de la obligación que faculta al acreedor para pretender su cumplimiento ó ejecución, y la segunda el acto en que los contratantes realizan la promesa que se habían hecho de imponerse alguna obligación creando entre ellos relaciones jurídicas.

Un ejemplo hará más comprensible lo expuesto.

Si dos individuos celebran el contrato de cuenta corriente y ninguno de ellos pide al otro efectos ó numerario, ni le ha hecho remesa de ninguna especie, hay obligaciones futuras entre ambos; pero si uno de los contratantes, ó ambos, se piden ó hacen remesas, las obligaciones futuras se convirtieron en actuales; y sin embargo, no por esto son exigibles si no se ha estipulado que en el acto mismo de contraerse puedan ambos pretender el pago del saldo que resulte á su favor.

Si interpretamos literalmente la regla aludida, resulta que sólo hay necesidad de hacer constar la circunstancia de haberse hecho exigible la obligación futura y no la de su existencia, fundamento de la existencia y validez de la hipoteca