

## CAPÍTULO VIII.

### DE LA EXTINCIÓN DE LOS PRIVILEGIOS É HIPOTECAS.

#### § I.—EXTINCIÓN DE LA OBLIGACION PRINCIPAL.

##### *Núm. 1. Principio.*

357. «Los privilegios é hipotecas se extinguen: 1.º, por la extinción de la obligación *principal*» (art. 108; Código Civil, art. 2180). Cuando una deuda está garantizada por una hipoteca el acreedor tiene dos derechos: un crédito principal; es decir, el derecho que la obligación da al acreedor contra el deudor: un derecho accesorio, el que tiene por la hipoteca. Si se extingue la obligación principal el derecho accesorio se extingue igualmente; el accesorio no puede existir sin el principal. Lo cual está fundado en la razón. ¿Cuál es el objeto de la hipoteca? Es un derecho real en un inmueble afectado al pago de una obligación; cuando se extingue la obligación la garantía hipotecaria no tiene razón de ser. El privilegio es igualmente un derecho accesorio y una garantía que la ley une á un crédito en razón de su calidad. Se debe, pues, decir del privilegio lo que acabamos de decir de la hipoteca.

358. Cualquier modo de extinción de la obligación principal extingue también la hipoteca y el privilegio. La ley no distingue, ni habría lugar á distinguir. Sin embargo, hay

excepciones ó restricciones. En los términos del art. 1278 los privilegios é hipotecas se extinguen por la novación, á menos que el acreedor, al hacer la novación, haya expresamente estipulado que los privilegios ó hipotecas del antiguo crédito pasaran al que le está substituido. ¿En qué casos el acreedor puede hacer esta reserva y cuál es su efecto? Acerca de este punto nos trasladamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* (t. XVIII, núms. 328-332).

El art. 1299 consagra una segunda excepción. Se supone que el deudor paga una deuda que de derecho estaba extinguida por la compensación. ¿Puede aún ejercer el crédito que hubiera podido oponer en compensación y puede prevalecerse, en perjuicio de los terceros, de los privilegios ó hipotecas que estaban unidas á él? La ley decide que no puede ejercer estos derechos, á menos que hubiera tenido una justa causa para ignorar el crédito que debía compensar su deuda. Nos trasladamos para la explicación de esa disposición al título sitio de la materia (tomo XVIII, número 465).

La confusión no extingue las deudas de un modo absoluto y definitivo, únicamente impide al acreedor hecho deudor perseguir la ejecución de la obligación. Pero esta imposibilidad puede no existir para el derecho hipotecario; de donde se sigue que la hipoteca subsiste apesar de la confusión. Nos trasladamos para la explicación de esta anomalía á lo dicho en el título *De las Obligaciones* (t. XVIII, página 513) y volveremos á tratar este asunto.

359. La palabra *extinción* implica que la obligación está extinguida totalmente; si la extinción no es total la hipoteca subsistirá en todos los bienes hipotecados. Esta es una consecuencia de la indivisibilidad de la hipoteca. Habría excepción si estuviera estipulado que una ejecución parcial de la obligación extinguiría la hipoteca en igual proporción porque las partes pueden derogar el principio de la indivi-



sión, el que es de naturaleza y no de esencia del derecho hipotecario (art. 41; Código Civil, art. 2114.)

360. Los autores agregan que la extinción debe ser definitiva. Esto resulta del texto y del espíritu de la ley. No se puede decir que una deuda está extinguida cuando la causa que ha producido la extinción puede desaparecer. Tales son las ofertas reales seguidas de consignación. El art. 1257 dice que reemplazan al pago y que liberan al deudor, pero el art. 1261 agrega que el deudor puede retirar la consignación en tanto que no la haya aceptado el acreedor, y que si la retira sus codeudores y sus caucionantes no están liberados; por igual razón las hipotecas no están extinguidas. Cuando la consignación ha sido declarada válida por una sentencia pasada por fuerza de cosa juzgada la deuda está definitivamente extinguida; el acreedor puede, es verdad, consentir que el deudor retire su consignación, pero esto no impide que haya habido extinción de la deuda; por consecuencia, el acreedor no puede ya ejercer los privilegios é hipotecas que tenía unidas (arts. 1262 y 1263).

La extinción puede ser definitiva y, sin embargo, susceptible de ser anulada ó rescindida. En este caso, considerándose como no haber existido la causa que ha atraído la extinción de la deuda, ésta subsistirá y, por consecuencia, las hipotecas no se habrán extinguido. Esta es la aplicación del derecho común; lo que es nulo no produce ningún efecto.

¿Qué se debe decidir si el pago es anulado por una convención de las partes contrayentes? Las partes son, en lo general, libres de hacer las estipulaciones que juzguen convenientes; esta regla recibe excepción en las materias que son de orden público, y tal es el régimen hipotecario (tomo XXX, núm. 187). Sin embargo, si una convención es de puro interés privado se cae bajo el imperio del derecho común. Se debe examinar la naturaleza de la convención litigiosa. La dificultad se presentó en el siguiente caso:

Arrendamiento de un *café-restaurant* por la cantidad de 12,000 francos, pago anticipado del primer semestre en Diciembre de 1873. En el mes de Enero de 1874 este pago fué anulado por las partes; el locatario restituyó su recibo y le devolvieron 2,000 francos; los 4,000 restantes se le abonaron en cuenta de las mercancías que le ministrara el dador. Quebró el locatario; el dador se presentó para ejercer su privilegio, que le fué contestado por el curador. Este obtuvo en la causa; (1) en el recurso la sentencia de Lieja fué casada. (2) Creemos que la Corte de Casación juzgó bien. Sin embargo, hay dudas. En principio las partes pueden revocar sus convenciones por un consentimiento contrario; son, pues, libres de revocar un pago; esta resolución voluntaria tendrá completo efecto entre las partes, ¿pero pueden también resolver lo que han hecho si los terceros están interesados? Nó, los arts. 1262 y 1263 dan ejemplos; es inútil insistir, puesto que la Corte de Casación admite el principio, pero se pasa de él en la aplicación, sirviendo de hecho que no se había justificado que un tercero hubiese, en el intervalo del pago á la revocación del mismo, adquirido derechos en los bienes del deudor. Aquí está el nudo de la dificultad. El pago anticipado había extinguido el crédito y, por lo mismo, el privilegio; aprovechaba, pues, á los acreedores quirografarios que ya no estaban prevalecidos por un crédito privilegiado de 6,000 francos, mientras que á consecuencia de la revocación del pago el dador les quitaba la cantidad de 6,000 francos. Tal era la argumentación de la Corte de Lieja, y, en apariencia, era decisiva. Pero supuso una cosa que no era; á saber: que los acreedores quirografarios tienen un derecho adquirido en el pago y de la extinción del privilegio, que es su consecuencia; mientras que, en realidad, los acreedores

1 Lieja, 12 de Enero de 1876 (Pasicrisia, 1876, 2, 140).

2 Casación, 25 de Enero de 1877 [Pasicrisia, 1877, 1, 106].





grafarios nunca adquieren un derecho en los bienes de su deudor. Su derecho sólo nace cuando la quiebra civil ó mercantil; hasta entonces el deudor puede gravar sus bienes con créditos privilegiados, sin que los acreedores se puedan quejar de que disminuyen sus derechos; y si puede contraer nuevas deudas en su perjuicio no puede hacer revivir las deudas antiguas. Es esta última consideración la que nos parece decisiva.

### Núm. 2. Aplicación.

#### I. El pago.

361. El pago extingue la obligación principal si se paga toda la deuda; por consecuencia, los privilegios é hipotecas se extinguen. Hay excepción cuando el pago se hace con subrogación; la ley crea, en ese caso, una ficción en virtud de la cual está considerada como subsistente con sus accesorios; de modo que el subrogado ejerce todos los derechos, acciones, privilegios é hipotecas que pertenecen al acreedor contra el deudor. Nos trasladamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* acerca de esta difícil materia.

362. La aplicación del principio á la hipoteca legal del menor sufre alguna dificultad. Se pregunta si está extinguida por el corte de cuentas y el pago del saldo. La Corte de Bourges los juzgó así: su decisión fué casada. No se puede decir que el tutor esté liberado definitivamente por la rendición de la cuenta y el pago de lo que debe; en efecto, la cuenta puede estar incompleta; el menor tiene en este caso una acción de rectificación que se funda en la gerencia del tutor; esta acción dura diez años (art. 475), siendo sólo cuando se ha verificado la prescripción cuando el tutor estará liberado. Esto decide la cuestión de la hipoteca; cualquiera acción del menor contra el tutor por el punto de la

tutela está garantizada por la hipoteca que la ley le da para sus derechos y créditos. (1)

Esta solución levanta una nueva dificultad. La hipoteca del menor subsiste durante diez años contados desde la mayor edad (art. 475). ¿Es decir, que la inscripción también debe subsistir? Un primer punto nos parece cierto: que el menor llegado á mayor puede consentir la cancelación de la inscripción. Es capaz de disponer de sus derechos: nada impide, pues, que renuncie á su inscripción y aun á su hipoteca. Sin embargo, el derecho absoluto de disposición que pertenece al mayor está modificado en cuanto al menor que ha llegado á su mayor edad; la ley no le permite hacer con su tutor tratos que dispensen á éste de rendir su cuenta. Esta disposición del art. 472 ¿es aplicable al acta por la que el menor consiente la cancelación de su inscripción? Hemos examinado la cuestión al tratar de la cancelación de las inscripciones (núm. 165).

Distinta es la cuestión de saber si el tutor puede requerir la cancelación de la inscripción. Se enseña la afirmativa cuando se ha rendido la cuenta y pagado el saldo. Eso nos parece muy dudoso. Los tribunales no pueden pronunciar la cancelación de una inscripción hipotecaria sino en los casos previstos por la ley, y el art. 95 (Código Civil, artículo 2166) no les permite ordenar la cancelación sino cuando la inscripción debidamente hecha no tiene ya razón de ser porque los privilegios ó hipotecas están borradas por las vías legales. Una de esas vías es la extinción de la obligación principal, y el tutor no está liberado de sus obligaciones por el pago de los alcances, queda sometida á la acción hipotecaria durante diez años, y por todo el tiempo que subsista la hipoteca la inscripción debe igualmente subsistir. En vano se dice que la inscripción ha perdido *actualmente* toda razón de ser; esto no basta para que los tribunales de-

1 Casación, 21 de Febrero de 1838 (Martou, t. IV, p. 15, núm. 1337).



ban pronunciar la cancelación; la extinción debe ser definitiva (núm. 360) y sólo lo es después de diez años. Aun se invocan las disposiciones de nuestra ley que permiten al consejo de familia reducir y hasta cancelar la inscripción hecha en interés del menor; con mayor razón, se dice, el tutor puede exigir la cancelación cuando ha pagado el saldo de su cuenta. La ley contesta á la objeción: permite al consejo de familia ordenar la reducción ó la cancelación de la inscripción, pero bajo las condiciones y garantías determinadas por la ley; no permite al juez cancelar la inscripción en tanto que exista la hipoteca; lo cual es decisivo. Martou agrega que el menor podría hacer una nueva inscripción, puesto que subsistía su hipoteca. (1) Esta es una prueba de que la primera inscripción no puede ser cancelada. ¿Se concibe que el tribunal pronuncie la cancelación de una inscripción cuando el acreedor podría inmediatamente requerir otra? Esto es contradictorio y además contrario al espíritu de la ley. Quiere plenamente garantizar los intereses del menor; con este fin le da una hipoteca que tiene rango desde la apertura de la tutela, mientras que en la opinión que combatimos el menor pierde su rango y al perderlo corre el riesgo de perder el beneficio de su hipoteca.

363. La dación en pago extingue la deuda, luego la hipoteca también se extingue. ¿Pero qué se debe decidir si el acreedor está despojado de la cosa que ha recibido en pago? La cuestión está controvertida y hay duda. Nosotros creemos que la extinción es definitiva y que, por consecuencia, la hipoteca lo es también. La extinción es definitiva en el sentido de que la primera deuda queda extinguida. Es verdad que el acreedor tiene una acción de garantía contra el deudor, pero esta acción es diferente de la que tenía en virtud de la obligación originaria; no está asegurada por la hipoteca que garantizaba la deuda antigua; siendo ésta extin-

1 Martou, t. IV, ps. 17 y 18, núm. 1337.

guida la hipoteca no le puede sobrevivir. Se objeta la tradición. Loyseau y Domat enseñaban que lo donación en pago no libera al deudor más que bajo la condición de que la propiedad de la cosa sea transmitida al acreedor; en esta teoría la liberación del deudor no es definitiva y, por tanto, la hipoteca no está extinguida cuando el acreedor está despojado. La tradición es una grande autoridad, pero hay que ver si el Código Civil la ha consagrado. Y hay una disposición que prueba lo contrario: según el art. 2038 «la aceptación voluntaria que el acreedor hizo de un inmueble ó de un vale cualquiera en pago de la deuda principal descarga al caucionante aunque el acreedor llegue á ser despojado.» Si el caucionante está descargado es porque la donación en pago extinguió la deuda, y si la deuda está extinguida las hipotecas y privilegios deben también estarlo. ¿Se concibe que la caución esté extinguida y que las garantías hipotecarias subsistan? La garantía personal y la garantía real son, una y otra, derechos accesorios; sería contradictorio que uno de los derechos accesorios subsistiera cuando el otro está extinguido. (1)

## II. La novación.

364. La novación extingue la deuda principal y las hipotecas que le están ligadas, salvo en el caso en que el acreedor puede conservar las garantías hipotecarias del crédito antiguo. Esta reserva da lugar á dificultades que ya hemos examinado en el título *De las Obligaciones* (tomo XVIII, núms. 330 y 332).

La doctrina y la jurisprudencia admiten una novación particular para la hipoteca legal de la mujer. (2) Cuando

1 Aubry y Rau, t. III, p. 487, nota 4, pfo. 292. En sentido contrario, la mayor parte de los autores, especialmente Martou, t. IV, ps. 12 y siguientes, número 1336.

2 Aubry y Rau, t. III, p. 247, pfo. 264 ter.



se dice que esta novación es particular no se entiende con esto que se trate de excepción al derecho común; sólo podrá haber excepción en virtud de un texto formal, y la ley ni siquiera se ocupa de la novación de que vamos á hablar; ésta queda, pues, sometida á los principios generales, especialmente al principio que domina en esta materia; á saber: que la novación no se presume, que la voluntad de operarla debe resultar claramente de lo que pasó entre las partes (artículo 1272). Se supone que la mujer tiene devoluciones que ejercer contra el marido; tiene por este punto una hipoteca legal. Por otra parte, el marido es usufructuario de los bienes de la mujer, ya sea por contrato de matrimonio, ya sea por testamento. Después de la muerte de la mujer sus herederos proceden con el marido á la liquidación de los derechos y devoluciones á los que suceden. Cuando los derechos de la mujer quedan establecidos los herederos, en lugar de exigir el pago de las devoluciones, dejan en poder del marido todos los bienes de la mujer de los que es usufructuario. Se opera en este caso una novación en el título del marido en el sentido de que ya no es detentor de los bienes de la mujer como administrador y obligado á dar cuenta como tal á sus herederos. La liquidación implica la cuenta; los herederos la recibieron, también han recibido los bienes de la mujer, pues para abandonarlos al marido tienen que ser hipotecarios, y adquirieron esta propiedad por el resultado de la liquidación; con el fin de evitar una tradición inútil abandonaron al marido los bienes de que tiene el usufructo. Por el hecho de esta entrega el título del marido ha cambiado: ya no es deudor de los herederos, es usufructuario; quedando extinguida su deuda en lo relativo á las devoluciones la hipoteca también lo está. El marido no está obligado sino á título de usufructuario; como tal tiene que dar caución, pero no está gravado con una hipoteca legal. Se ve lo que hay de especial en esta nova-

ción. Una deuda queda extinguida y otra la reemplaza pero esta nueva deuda no fué creada para reemplazar á la antigua, así como se hace en la novación ordinaria. Sería más exacto decir que la primera deuda está extinguida por un pago ficticio; este pago ficticio resulta de la liquidación de las devoluciones de la mujer y del abandono que los herederos hacen al marido de los bienes de la misma, y desde que hay pago hay extinción de la deuda, así como de los privilegios é hipotecas que la garantizan. La jurisprudencia y la doctrina califican de novación el cambio que se opera en la situación del marido. (1) Pero todo cambio no es una novación; en el caso el marido era deudor personal; como usufructuario tiene un derecho real, no es deudor propiamente dicho. Poco importa, además; lo esencial es que la deuda que estaba garantizada por una hipoteca legal esté extinguida, lo que arrastra la extinción de la hipoteca. (2)

365. El solo hecho de que el marido es usufructuario y que posee con este título los bienes de la mujer; bastaría para que la hipoteca legal esté extinguida? Nó, la hipoteca legal subsiste mientras que las devoluciones de la mujer no han sido liquidadas y que la mujer no las ha ejercido, ya sea por una prelación real hecha en la comunidad, ya recibiendo los bienes que había entregado á su marido. Y la circunstancia de que el marido es usufructuario y permanece en posesión de los bienes con tal título no implica de ningún modo la liquidación de las devoluciones de la mujer; ésta queda, pues, acreedora y conserva su hipoteca legal. Hay una sentencia en este sentido de la Corte de Casación. En el caso el marido había sido constituido legata-

1 Véase un ejemplo en la sentencia de casación de 15 de Noviembre de 1837 (Dalloz, en la palabra Privilegios, núm. 288, 2.º) Compárense las sentencias citadas por Aubry y Rau, t. III, p. 287, nota 83, pfo. 264 ter. Agréguese Casación, 27 de Junio de 1876 (Dalloz, 1877, I, 121).

2 Compárense Martou, t. IV, p. 9, núm. 1334. Pont, t. I, p. 466, núm. 441.



rio universal del usufructo de los bienes de la mujer, con dispensa de toda demanda de entrega y de caución. Quedó en posesión de los bienes sin que ninguna acta interviniera entre él y los legatarios de la nuda propiedad. La Corte decidió que los herederos de la mujer podían invocar contra los herederos del marido la hipoteca ligada á la dote. En el sistema de la novación, se dice que es necesario la voluntad de novar clara y terminantemente expuesta en el acta, y no había ninguna acta; luego no había novación aparente. En el sistema del pago se llega á la misma consecuencia; mientras que las devoluciones de la mujer no han sido liquidadas y ejercidas de un modo cualquiera el marido queda deudor de la mujer acreedora; por tanto, la hipoteca legal subsiste. (1)

366. ¿Pueden las partes declarar que no hay novación? Hé aquí un caso en el que la dificultad se presentó. El padre estaba gravado con una doble hipoteca por las devoluciones de su mujer, como marido, y como tutor de su hija que ejercía los derechos de su madre. La mitad de este crédito fué pagado cuando el matrimonio de la hija en virtud de la cuenta de tutela; la otra mitad quedó en poder del padre, que era usufructuario en virtud de su contrato de matrimonio. El acta de rendición de cuentas decía después de establecer los valores de que la cuenta era objeto: «De lo que hay que retener la mitad, representando el derecho de usufructo en favor del padre.» Después se decía que los esposos se reservaban todos sus derechos ó privilegios é hipotecas *sin novación ninguna*. Es por esta cláusula del acta por lo que surgió el debate. La Corte de Grenoble decidió que la cláusula litigiosa tenía por objeto mantener la hipoteca legal de la mujer. Para que la hipoteca estuviera extinguida debería haber habido novación ó pago. No había

1 Pont, t. I, ps. 467 y siguientes, núm. 441. Martou, t. IV, p. 10, número 1334.

novación, puesto que el acta excluía la voluntad de novar, y al estipular que no había novación las partes declaraban, por esto mismo, que la deuda originaria subsistía; no descargaban al padre, deudor de las devoluciones; le abandonaban, es verdad, los bienes de que era usufructuario, pero esto era un simple reconocimiento de su derecho real, lo que no impedía que el padre permaneciera deudor personal de la dote. Las circunstancias de la causa explicaban la reserva de todos los derechos que la hija había mandado poner en el acta: es que el padre se encontraba desde entonces en liquidación. Descargarlo de la hipoteca sería estipular garantías contra el usufructuario, hubiera sido comprometer los derechos de la hija. (1) En el recurso recayó una sentencia de denegada. La Corte de Casación dijo que la cláusula litigiosa no podía significar otra cosa si no es que el padre continuaba conservando durante su vida la suma de que era deudor en saldo y usufructuario con el mismo título con que hasta entonces lo había retenido; es decir, como deudor de las devoluciones en calidad de marido y de tutor. Esta estipulación, agrega la Corte, no tiene nada de ilícito y tiene, como consecuencia, el mandamiento de la hipoteca legal. Nos queda una duda. ¿La reserva que hacían los esposos no era contraria al acta que hacían? Había una cuenta, luego una liquidación de las devoluciones; los esposos se convertían en nudos propietarios; estaban, pues, pagados de lo que les debía el padre. Si no había novación había pago, y el pago extinguía la hipoteca legal. (2)

### III. La confusión.

367. Hemos dicho en el título *De las Obligaciones* lo que hay de particular en este modo de extinción de las deudas

1 Denegada, 27 de Noviembre de 1855 (Dalloz, 1856, I, 25).  
2 Compárese Pont, t. I, p. 468, núm. 441.

