

## CAPITULO XV

### Derechos reales de garantía

#### § 62.—*Nociones generales*

Brugi, Ist. § 50; Pacifici, Ist. III, 2, pág. 352; Chironi, Ist. I, §§ 206-213; Zachariae, Man. II, §§ 226-227; Aubry et Rau, Cours. III, § 256; Planiol, Traité, núm. 2.388 y siguientes; Windscheid, Pand. I, 2, 224-226 (1).

De los derechos en cosa ajena hasta aquí examinados se distinguen netamente los de garantía, cuya función consiste en asegurar al acreedor la satisfacción de su crédito confiriéndole un poder especial sobre lo cosa dada en garantía. Falta aquí, en efecto, aquella facultad de goce más o menos extenso que es el normal contenido de aquellos, ya que aun cuando conceden al

(1) Sobre la materia tratada en este capítulo ver para la prenda y la hipoteca en derecho romano y greco-egipcio, Bachofen, *Das vom Pfandrecht*, 1847; Dernburg, *Das Plandrecht nach den Grundsätzen des hent. vom Recht*, 1860-64; Ascoli, *Le origini dell'ipoteca e l'interdetto Salviano*, Livorno, 1887; Huzen, *Origine de l'hypothéque romaine*, París, 1899; Fehr, *Beiträge zur Lehre vom röm. Plandrecht in der klass. zeit*, Upsale, 1910, Ermann Pignus hypotcae (Mel. Girard, I, pág. 149 y siguientes); Ebrard, *Die Digesten fragmenten ad formulam hypothecariam und die hypotheca reception*, Leipzig, 1917; Weiss, *Plandrechtliche Untersuchungen*, Weimar, 1909; *Manigk Gräko ägypt. Pfandrecht* (Zeitsch. f. Sav. Stift., XXX, página 272 y siguientes); Schwarz, *Hypothek und Hypallagma*, Leipzig, 1911; Egger, *Vermögenhaftung und Hypothek*, Breslau, 1903; para el derecho civil italiano: Pochintesta, *Dei privilegi ed ipoteche sec. il. Cód. civ. it.*, Torino, 1880; Luzzati, *Dei Privilegi e delle ipoteche*, Torino, 1884; Chironi, *Tratt. dei Privilegi delle ipoteche e del pegno*, 2.<sup>a</sup> ed., Torino, 1917; Bianchi, Em., *Dei privilegi e delle cause di prelazione del credito*, Napoli, 1894; Pacifici-Mazzoni, *Tratt. dei privilegi e delle ipoteche*, 3.<sup>a</sup> ed., Florencia, 1898 y 1904. Otras obras especiales se indicarán más adelante.

acreedor la posesión de la cosa como ocurre con respecto a los muebles en la prenda, los derechos reales de garantía no autorizan nunca a usar de la misma y menos aún a apropiarse los productos de la cosa (salvo el caso de la prenda de crédito fructífero); de modo que en este aspecto aparecen menos enérgicos atacando con menos fuerza el derecho ajeno de propiedad. Pero contrariamente en orden a la facultad de disposición, son más enérgicos que aquéllos, dirigidos a satisfacer con su valor un crédito, su ejercicio conduce a la destrucción del derecho de propiedad por la facultad conferida al acreedor de promover la venta judicial de la cosa y pedir que se le asigne su valor. Difieren además porque mientras aquellos son autónomos, *per se stantes* por tener una función económica que es fin en sí, los derechos de garantía son, por su naturaleza, accesorios de otros derechos, presuponen otra relación a la que sirven precisamente de garantía. No pueden, pues, ni surgir ni existir sin crédito, siendo, por lo demás, indiferente que éste se dé entre el que constituye la garantía y el acreedor o entre el acreedor y un tercero a quien otro preste la cosa propia para que se sirva de ella con objeto de ofrecer garantía al acreedor. Nacidos ya tales derechos siguen la suerte del crédito, del cual son accesorio, condicionados o a término si la relación obligatoria se halla sujeta a condición o a término, resolubles o anulables si el crédito está sujeto a resolución o anulación, no se transmiten separadamente de éste ni pueden sobrevivir cuando éste se haya extinguido precisamente porque no tienen vida autónoma o independiente de la obligación cuya satisfacción o cumplimiento aseguran. Esto no significa que en sus condiciones objetivas de constitución y existencia estos derechos no tengan vida propia y no constituyan relaciones jurídicas reguladas por normas propias independientes de las que regulan el crédito; el carácter accesorio debe entenderse en el sentido de que la función y el fin (no la intrínseca naturaleza jurídica) no son independientes de la existencia de una obligación (1).

(1) El principio va entendido y aplicado como criterio general y, por tanto, no rigurosamente. Otros derechos positivos por el contrario lo han, sino desconocido, por lo menos modificado tan profundamente, que pue-

Son derechos reales de garantía según nuestro ordenamiento, la hipoteca y la prenda (1).

La hipoteca tiene por objeto, las cosas inmuebles, y excepcionalmente los bienes inmuebles, las rentas del Estado; la prenda solamente recae sobre cosas muebles. Una se verifica sin desplazamiento de la posesión del inmueble, el cual continúa en el propietario (o el que constituyó la hipoteca) siendo demostrada la existencia del vínculo con relación a los terceros, merced a la inscripción en los registros hipotecarios destinados a producir para la hipoteca aquella publicidad de los derechos reales inmobiliarios que se consigue mediante la transcripción en orden a los demás; la otra se constituye mediante la entrega de la cosa en manos del acreedor substituyéndose la publicidad del vínculo, en este caso impracticable, porque no existe un registro para las cosas muebles, por el desplazamiento de la posesión que es transferido por el deudor o constituyente de la prenda al acreedor y hace que sea eficaz con relación a terceros.

Su carácter real consiste en que confiere al acreedor, sobre la cosa objeto de la prenda o de la hipoteca, un señorío especial en virtud del cual el titular puede perseguir la cosa y reclamarla de un tercer poseedor cualquiera para hacer con esto valer la titu-

de asegurarse que para ellos el carácter accesorio ha sido borrado como principio general: así, por ejemplo, el derecho hipotecario germánico, en el que se ha admitido la hipoteca independiente del crédito ya cuando se constituye, ya en su existencia, de modo que no sólo una vez constituido puede subsistir aunque se haya extinguido el crédito y es libremente transmisible sin él (B. G. B. §§ 1.117-1.154) sino que es también posible una hipoteca que nazca sin existir un crédito como la hipoteca del propietario sobre sí mismo (§ 1.163). Esto es debido al ordenamiento de los libros fundiarios por virtud del cual la inscripción en ellos es causa necesaria y suficiente de la existencia autónoma e independiente del derecho real.

(1) Se discute si debe aquí citarse el derecho de retención que es considerado por algunos autores como derecho real de garantía. En nuestra opinión no es admisible tal consideración por las razones que se examinarán en su lugar oportuno cuando se hable de las garantías de las obligaciones (vol. II, § 76). Tampoco figuran en esta categoría los privilegios mobiliarios o inmobiliarios, generales o especiales por las razones que se expondrán más adelante.

laridad creditoria y los derechos de preferencia con relación a otros acreedores que la ley le asegura en el concurso con varios de éstos. No falta este carácter real en la prenda, por el hecho de que limitándose ésta a las cosas muebles, se aplica aquí la regla según la cual, la posesión produce a favor de los terceros de buena fe el mismo efecto que el título, de forma que la persecución de la cosa por el acreedor pignoraticio, no es posible ya con relación a los terceros poseedores de buena fe; queda íntegro en principio el carácter real y produce todos sus efectos en los casos en que la regla no tiene aplicación; por tanto si sufre limitaciones son las mismas a que se halla sujeta la propiedad mobiliaria y la correspondiente acción reivindicatoria por efecto del susodicho principio.

Es, pues, este carácter real del derecho conferido al acreedor lo que distingue a los derechos de prenda y de hipoteca, no sólo de toda otra garantía personal (como la fianza, en la que otra persona se vincula al acreedor para satisfacer la obligación cuando el deudor no la satisfaga, art. 1.898) y de aquella sujeción de todos los bienes del deudor a los créditos de los acreedores, de la que puede decirse que el patrimonio íntegro del deudor, mobiliario e inmobiliario, constituye la garantía común de sus acreedores (artículos 1.948-1.949), sino además de aquellos *privilegio exigendi* que creando entre varios acreedores concurrentes en el mismo patrimonio causas legítimas de prelación, atribuyen a algunos por la calidad del crédito y por la causa del mismo una razón de preferencia respecto de los demás.

El principio general de que los acreedores tienen todos iguales derechos en el patrimonio del deudor cuyos bienes, presentes o futuros, representan la garantía universal y común, sufre restricciones y templanzas cuando la ley concede a algunos de aquéllos una razón de preferencia por una causa legítima de prelación. Y causas legítimas de prelación son, según la ley, los privilegios y las hipotecas (art. 1.950). Es el privilegio un derecho de prelación que la ley concede en atención a la causa del crédito (art. 1.552) y tiene la virtud de hacer preferente el crédito con relación a otro acreedor, incluso hipotecario, mientras que entre varios créditos privilegiados se da el concurso en pro-

porción al importe de los créditos (art. 1.954). Y pueden haber privilegios generales y privilegios especiales sobre cosas muebles (art. 1.955), comprendiendo aquéllos todo el patrimonio mobiliario del deudor, relativos éstos a determinados muebles en forma que fuera del valor de estos muebles determinadamente afectos, el crédito pierde respecto al patrimonio restante el favor que la ley le concediera; pueden darse privilegios especiales (nunca generales) sobre los inmuebles.

Ahora, si entre las causas legítimas de prelación están las hipotecas, y si entre los privilegios sobre muebles se cita la prenda (art. 1.958, núm. 6), ni se debe creer que todos los privilegios sean derechos reales de garantía, ni que a la prenda, comúnmente con los demás privilegios sobre muebles, se adopte la definición citada del privilegio considerado como derecho de prelación concedido en atención a la causa del crédito. La prenda se destaca de las demás causas de prelación porque la preferencia concedida al acreedor pignoraticio no deriva de la calidad del crédito ni de la causa del mismo, sino de la convención de las partes que puede otorgar la preferencia a una especie de crédito cualquiera salvo siempre los privilegios a los que la ley confiere prioridad. Y no tienen ciertamente carácter real los privilegios especiales sobre muebles que se reducen a meros *privilegio exigendi* sin conferir poder inmediato sobre la cosa. Pueden a lo sumo los privilegios sobre inmuebles ser considerados como hipotecas privilegiadas, y los privilegios especiales sobre muebles, como dotados de carácter real. Pero lo cierto, a nuestro juicio, es que todos los privilegios se distinguen de la prenda y la hipoteca en que no constituyen, como éstas, derechos reales; diversamente del Derecho francés según el cual a los privilegios puede ser reconocido carácter real, en nuestro Derecho el privilegio, tanto mobiliario como inmobiliario, es un simple derecho de prelación por razón de la causa del crédito; es, por tanto, una cualidad del crédito enlazada a su causa, y que si bien en el concurso con un derecho de prenda o de hipoteca puede vencer a éstos, no asume, sin embargo, el carácter de derecho real (1).

(1) La cuestión es discutida; algunos creen que el privilegio es un derecho real; ver Bianchi, *Privilegi*, núm. 75; Pacifici, Ist. III, 2, pág. 355.

En directa relación con su función de garantía está la norma común a estos dos derechos y a los privilegios en general de la subrogación de la cosa por su precio y del traspaso del vínculo en ésta a aquél, cuando por perecimiento o deterioro de la cosa, o por expropiación por causa de utilidad pública, o por servidumbres impuestas por la ley venga sustraída la cosa total o parcialmente a su propietario o disminuya el disfrute de la misma subrogándose entonces con el precio. En todos estos casos el derecho del acreedor se ejercita por disposición del art. 1.951 sobre los premios debidos por los aseguradores (a no ser que se empleen en reparar la pérdida o deterioro) y sobre las sumas pagadas por indemnizaciones, por expropiación forzosa o imposición de servidumbres legales, conservando cada acreedor el grado que la ley asignaba a su respectivo crédito.

### § 63.—*Prenda*

Brugi, Ist. § 50; Pacifici, Ist. III, 2, pág. 414; Chironi, Ist. I, §§ 243, 245 y 247; Zarchiae, Man. I, §§ 267-270; Aubry et Rau, Cours. IV, §§ 432-435; Planiol, Traité II, número 2.388 y siguientes; Windscheid. Pand. I, 2, §§ 226-249 (1).

Del derecho de prenda, cuya disciplina se halla colocada en el Código entre los contratos por considerarse éstos la fuente principal de donde aquél deriva, es decir, la convención de las partes, no contiene el Código una definición, pero puede deducirse de la que da el mismo del contrato de prenda en los artículos 1.878 1.879. Es un derecho real sobre cosa mueble ajena cuya posesión es transferida al acreedor para seguridad de su crédito con la facultad de satisfacer su crédito con su valor con preferencia a otro acreedor.

a) *Objeto* de este derecho es la cosa mueble de cualquiera especie con tal que no estén sustraídas al comereio y sean sus-

(1) A más de las obras citadas en el § 62, ver Troplong, *Du nantissement*, Bruxelles, 1874; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *Du nantissement*, París, 1895; Guillouard, *Nantissement et droit de retention*, París, 1895, Janunzzi, *Studi sul pigno* (Filang, 1880, pág. 188 y siguientes).

ceptibles (si no se han constituido en dinero) de ser enajenadas y satisfacer así con su valor de cambio el crédito que garantizan.

Esta cualidad mobiliaria del objeto y la necesidad para la existencia del vínculo de transferir la posesión a manos del acreedor con todas las consecuencias que de esto derivan, distinguen marcadamente la prenda de la hipoteca, cuyo objeto (excepción hecha de las rentas sobre el Estado) son únicamente los inmuebles en los que la posesión no sufre desplazamiento por la constitución del vínculo. Se diferencian así en Derecho moderno ambas instituciones que en el Derecho romano vinieron confundidas tanto que Marciano podía escribir: *Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt* (1). Eran el *pignus* y la *hypotheca* nombres distintos de un mismo vínculo que lo mismo podía referirse a los muebles que a los inmuebles y sólo en un sentido más estricto se designaba como *pignus* el vínculo acompañado de traspaso de posesión a manos del acreedor con *hypotheca*, el que no ofrecía tal desplazamiento (*proprie pignus dicimus*—escribía ya Ulpiano (2)—*quod ad creditorem transit hypothecam cum non transit nec possessio od creditorem*), con Justiniano se comienza a aludir a la naturaleza mobiliaria de la cosa en el *pignus*, aunque sin elevarla a la categoría de requisito esencial o natural (3).

Pueden, por tanto, ser objeto de la prenda no sólo las cosas muebles materiales, sino también los derechos, los créditos (4),

(1) Fr. 5. § 1; D. 20. 1.

(2) Fr. 9. § 2. D. 13. 7.

(3) Párrafo 7, Ist. 4. 6. *Inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest: nom de qua re inter creditorem et debitorem convenerit ut sit prodebito obligata utraque hac appellatione continetur; sed in aliis differentia est nom pignoris appellatione eam proprie contineri dicimus, quo e simul etiam traditur creditor, maxime si mobilis sit at eam quo sine traditione nulla conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione continere dicimus.*

(4) La figura jurídica de la prenda sobre crédito (*pignus nominis*) ha originado construcciones varias. ¿Hay que ver en ella un derecho real sobre un derecho de crédito o la cesión condicionada de un crédito hecha con un fin de garantía? Ver Claps, *Studi sulla nature giur. del pegno*

títulos, fondos comerciales (1) y otras *universitates* y sólo varían respecto a éstos los requisitos de existencia y los efectos.

b) *Requisitos*.—Si se prescinde de las condiciones indicadas, de la existencia de un crédito a garantizar y de la naturaleza mueble del objeto, los demás requisitos de la prenda son: la capacidad del constituyente, la entrega de la cosa con intención de producir una razón de prelación a favor del acreedor, una forma determinada (por lo menos con relación a algunas categorías de prenda).

a) Por regla general, sólo puede constituir prenda el propietario de la cosa y en cuanto a la relación obligatoria que debe garantizar, suele constituirla el propio deudor, aunque nada impida que la prenda venga constituida por un tercero (artículo 1.883).

Tratándose por demás de cosas muebles, se aplica aquí la norma general del art. 707; por tanto, basta la legitimación de quien constituya el vínculo real como poseedor de buena fe de la cosa que se pignora (2).

β) Condición esencial para que surja el derecho real de prenda es que se dé la posesión de la cosa al acreedor y sea mantenido en tal posesión; pero a la posesión del acreedor se equipara la de un tercero cuando éste haya sido a tal efecto elegido por las partes (art. 1.882). La función que este traslado de posesión realiza es la de hacer cierto e indudable frente a terceros el estado jurídico en que por efecto del vínculo viene a hallarse la cosa; sustituye aquellas formas de publicidad que para los inmuebles ofrecen los registros hipotecarios y tiene, por tanto, la misma función que en orden a las hipotecas tienen las

*dei crediti* (*Arch. giur.*, 1896, pág. 454 y siguientes); Polacco, *Obbligazioni*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 56; Cogliolo, *Il pignus nominis nel dir. it.* (*Scriitti vari*, página 310 y siguientes); Horn, *Rechte als objecte des Pfandrechts*, 1897.

(1) Sobre el contenido de la prenda de una hacienda comercial, ver Navarrini, *Studi sull'azienda comm.*, Modena, 1901; *Tratt. dir. comm.*, II, página 324 y siguientes; Magri, *Il pegno di una azienda comm.*, 1914; Castelli-Avolio, *L'azienda comm.*, pág. 194 y siguientes.

(2) En cuanto al caso de prenda sobre cosa ajena en el derecho comercial, ver Papa, *Saggis sul pegno di cosa altrui* (*Dir. comm.*, 1915, I, página 449).

inscripciones. Este traslado de posesión se efectúa para el crédito cedido en prenda mediante la consignación del documento que prueba el título (art. 1.538). Pero en uno y otro caso la posesión debe ser efectiva y perdurar en el acreedor; de la regulación de la propiedad mobiliaria deriva que cuando tal posesión se pierda se extingue el derecho real de garantía salvo los casos de extravío o de hurto, en los cuales, como al propietario, así también al acreedor pignoraticio ofrecen auxilio los artículos 708, 709 y 2.146 del Código civil (1).

y) Precisa, finalmente, para que sea determinado el importe de la deuda por la que la cosa se vincula e identificado el objeto constituido en prenda que ésta resulte de acto público o de escritura privada que contengan la declaración de la suma debida y la indicación de la naturaleza y especie de la cosa, describiendo sus cualidades y consignando su peso (art. 1.880). A la necesidad de tal requisito escapan solamente las prendas cuyo valor no exceda de 500 liras. Pero lo exige siempre, cualquiera que sea el importe, la prenda de crédito, y a más de la reducción a forma escrita del acto, se requiere la notificación de éste al deudor del crédito pignorado (art. 1.881); notificación que se propone el que el deudor conserve la suma, prohibiéndole el pago al primitivo acreedor y que puede naturalmente ser substituida por la aceptación espontánea del deudor. Entre éste y el precedente requisito relativo a la posesión hay substancial diferencia, pues mientras la falta de posesión constituye un obstáculo para que surja el derecho real, la falta del acto escrito no priva al acreedor pignoraticio del derecho de retener la cosa, sino que no le es asegurada aquella prelación con respecto a terceros que el derecho perfecto originaría.

c) *Efectos.*—Los efectos que el derecho de prenda produce deben ser considerados en relación al acreedor pignoraticio de una parte y en relación al deudor de otra, y puesto que aquí se

(1) No es inconcebible que sobre un mismo objeto se constituyan dos prendas simultáneas; así, por ejemplo, si el primer acreedor que tiene en su poder la prenda, consiente en tener la prenda en interés de un acreedor sucesivo; ver Chironi, op. cit., I, núm. 302; Navarrini, Tratt. II, página 336 y siguientes, 385 y siguientes.

trata de la prenda tan sólo en su aspecto de derecho real, dejaremos por ahora todo cuanto se refiere a la particular disciplina del contrato relativo.

a) *Derechos y obligaciones del acreedor.*—Dado el fin a que tiende el derecho y su naturaleza real, corresponde ante todo al acreedor pignoraticio la facultad de retener la prenda y de perseguirla contra cualquier tercero (en los límites en que la *persecution erga omnes* sea posible a tenor del art. 707) hasta que sea satisfecho en su crédito. Pero la posesión—cuya función consiste en dar vida al derecho y hacerlo eficaz contra terceros—no confiere al acreedor poder alguno de disposición o de goce de la cosa pignorada: le está prohibido el usar de la cosa (I) y apropiarse sus frutos, así como el disponer de ella aun por falta de pago. Sólo en la prenda de crédito, cuando éste sea productivo de intereses, tiene el acreedor, por regla general, poder o facultad de percibirlos, pero debe imputarlos a los que le sean debidos cuando la deuda por cuya seguridad se constituyó la prenda los produzca también; en caso contrario se imputan al capita (art. I.886).

Única facultad concedida al acreedor es la de provocar la ejecución en la cosa por la autoridad judicial para que sobre aquélla o su valor se pueda, con preferencia a los demás acreedores, hacer efectivo el crédito privilegiado. Y dos son los medios ofrecidos por la ley: el acreedor puede pedir, o que la prenda sea vendida en pública subasta y le sea asignado el precio en cantidad igual al importe de su crédito, o bien que el objeto pignorado le sea adjudicado en pago hasta la concurrencia de su crédito según la estimación pericial que del valor de aquél se haga (art. I.884). Toda otra forma de hacer efectivo el crédito es prohibida por la ley, que no sólo no consiente al acreedor el

(I) Sin embargo, puede ser conferida la facultad de servirse de ella; y si la prenda recae en cosa fungible (prenda irregular) en tal caso la propiedad de la cosa pasa al acreedor pignoraticio con la obligación de restituir el *tantundem*. A propósito, ver Claps, *Del pegno irregolare* (*Arch. giur.*, 1896, pág. 454 y siguientes; Navarrini, *In tema di pegno irregolare* (*Riv. dir. comm.*, 1913, II pág. 523); La Lumia, *Pegno irregolare e sconto* (ib. 1914, II, pág. 509 y siguientes).

apropiarse la prenda o enajenarla por propia iniciativa, sino que prohíbe todo pacto (libremente consentido) que autorice al acreedor a apropiarse la prenda cuando, vencido el crédito, no haya sido satisfecho o como quiera a disponer de ella sin la intervención de la autoridad judicial (art. 1.884, párrafo 1.º) (1).

Tanto el derecho a la posesión como la razón de preferencia a todo otro acreedor corresponden al titular de la prenda, no sólo por el capital debido, sino también por sus accesorios, como son intereses y gastos que aquélla ocasione (art. 1.888).

El derecho de prenda se extiende más allá del crédito, por cuya seguridad aquélla se constituyó y cubre los ulteriores créditos que el titular haya adquirido posteriormente con el mismo deudor. Aceptando la doctrina romana que concedía al acreedor una excepción de dolo contra el deudor que, satisfecha su deuda, reclamase la restitución de la prenda, habiendo contraído nuevas deudas sin una especial garantía (2), el Código confiere al acreedor la facultad de retener la prenda cuando, posteriormente a la constitución de la misma y tradición de la cosa se hubiese contraído una nueva deuda entre las partes y ésta resulte exigible antes que se pagase la primera, aun no habiéndose convenido expresamente el afectar la prenda al pago de la segunda deuda (art. 1.888, párrafo 1.º). Se debe en tal caso reputar, contraída la segunda deuda, en el supuesto de que fuese garantizada por la prenda ya constituida, no siendo presumible que quien no tuvo confianza en la persona del deudor por la primera deuda, la haya tenido por la segunda; de aquí la natural consecuencia que tal extensión no se opera cuando la segunda deuda haya sido garantizada especialmente con nueva prenda.

Subsiste, por tanto, el derecho de prenda en tanto el acreedor no haya sido satisfecho en todos sus créditos y aun cuando responda de una fracción mínima del crédito se deduce que la prenda es indivisible no obstante ser divisible lo debido. Esto

(1) En este pacto la llamada *lex commissoria* de las fuentes romanas, cláusula contractual con la que el acreedor pactaba que vencida la deuda la prenda debía caer en su propiedad, en un cierto momento fué prohibida por el derecho romano.

(2) Vérf c. 1, § 2; c. 8, 26. (27).

produce el efecto que aun cuando la cosa pignorada sea divisible, ninguno de los sucesores del deudor puede reclamar la restitución de la prenda o de la parte que en la misma le corresponda por su cuota de deuda, aun cuando él la haya pagado, si no ha sido la deuda totalmente satisfecha, y viceversa no puede uno de los sucesores del acreedor perjudicar el derecho de los demás coherederos restituyendo la prenda al deudor sólo porque haya sido satisfecho en su cuota de crédito, no habiendo sido pagadas las restantes (art. 1.889).

) *Derechos y obligaciones del constituyente.*—Incumbe al deudor, o al tercero que por el deudor constituyó en prenda la cosa propia, la obligación principal de entregar al acreedor o al tercero que haya sido eventualmente elegido, la cosa pignorada, manteniéndola en la posesión en tanto la deuda no se haya extinguido totalmente. Tiene derecho a exigir la restitución cuando el acreedor haya sido satisfecho y es protegido en todo caso contra el abuso que aquél haga de la cosa por la facultad que le es concedida de pedir que la prenda se constituya en secuestro (art. 1.887) y sustraída así mediante la entrega a otro a los peligros de destrucción o deterioro a que resulta expuesta por el abuso del acreedor, el cual, sin embargo, por efecto del secuestro, no pierde el derecho real ni la razón de su Prelación. En otro respecto, conserva íntegros los poderes dominicales sobre la cosa de la que puede disponer y gozar en los límites en que resulta consentido por el derecho del acreedor pignoraticio y la posesión que a éste corresponde; hace suyos los frutos y productos de la cosa y adquiere los incrementos o accesiones.

a) *Extinción.*—De los modos por los que el derecho de prenda se extingue, algunos son comunes a toda otra especie de derecho real, como el perecimiento de la cosa, vencimiento del término, cumplimiento de la condición bajo la cual fué constituido, la renuncia del titular o la reunión en una misma persona de la propiedad de la cosa y de la titularidad del crédito; otros son especiales a la naturaleza de la relación y dependen de que cese uno de los requisitos o supuestos de tal derecho o bien de haberse conseguido el efecto a que el derecho tendía. Se extingue cuando la obligación haya sido satisfecha totalmente o por

cualquiera otro motivo no subsista ya el crédito; cuando haya cesado la posesión de la cosa pignorada o cuando habiéndose perdido no pueda obtenerse la reintegración en la misma, según el art. 2.146; cuando se haya procedido a la venta judicial o a la adjudicación.

De la prenda, tal como se halla regulada en el Código civil, difieren por el modo de constitución otras especies de prenda, singularmente la comercial, que se distingue de la civil por la naturaleza del crédito. Normas particulares dicta para ésta el Código de Comercio en los artículos 454 y siguientes; se regula la prenda de letras de cambio y de títulos a la orden, de acciones y obligaciones de sociedades mercantiles o civiles, de mercancías depositadas en los almacenes generales (art. 461 y siguientes), de naves (art. 485 y siguientes); otras leyes disciplinan la prenda en los establecimientos públicos autorizados a hacer préstamos sobre prenda, como la ley del 14 de Mayo de 1898 para los Montes de Piedad.

Estas leyes y los reglamentos especiales no son derogadas por las disposiciones del Código civil (art. 1.890), como tampoco el Código de Comercio deroga las normas especiales referentes a los Bancos y demás instituciones autorizadas a hacer anticipos y préstamos sobre depósitos y prendas (Código de Comercio, art. 460) (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—*De la prenda.*—Nuestro Código civil se ocupa de la prenda en su libro II, destinado a regular las obligaciones y los contratos. Sin embargo, su aspecto más interesante es el de derecho real de garantía de una obligación principal. Su objeto son las cosas muebles que están en el comercio y son susceptibles de posesión (artículos 106 de la ley Hipotecaria y 1.864 del Código civil).

El acreedor tiene derecho a retener la cosa en su poder o en manos de tercera persona hasta que se le pague el crédito, debiendo cuidar de ella con la diligencia de un buen padre de familia; no pudiendo usar de ella sin autorización de su dueño y si lo hiciera o abusara de ella en otro concepto, puede pedir el dueño que se constituya en depósito (artículos 1.866, 1.867 y 1.870 del Código civil español). El sistema de nuestro Código en este último extremo es igual al del italiano y contrario al del francés.

Las notas diferenciales entre la prenda y la hipoteca se desvanecen cada vez más.

A la más típica que las diferencias por el objeto, bienes inmuebles en la hipoteca (art. 1.874) y muebles en la prenda (art. 1.864) hay que formular una objeción derivada del Real decreto de 22 de Septiembre de

### § 64.—*Hipoteca*

Brugi, Ist. § 50; Pacifici, Ist. III, 2, pág. 448 y siguientes; Chironi, Ist. I, §§ 214, 240 y 246; Zachariae, Man. II, §§ 234-265; Aubry et Rau, Cours. III, §§ 257-259 bis; Planiol, Traité III, núm. 2.644 y siguientes (1).

Los precedentes inmediatos del ordenamiento actual de las hipotecas, tal como lo ofrece la amplia y minuciosa disciplina

1917 sobre prenda agrícola, según el cual puede ésta recaer sobre el *arbolado, los frutos pendientes, máquinas y aperos* (art. 1.<sup>o</sup> del Real decreto) que el art. 334 del Código civil enumera como bienes inmuebles. De manera que al menos *legalmente* tenemos una categoría de prenda, que tiene por objeto bienes inmuebles. Viceversa por virtud de lo dispuesto en el art. 1.<sup>o</sup> de la ley de Hipoteca naval de 21 de Agosto de 1893, ésta puede constituirse sobre buques que son bienes muebles por naturaleza.

Para intentar —tan sólo—sortear estos inconvenientes, la ley tiene que recurrir a artificios inconsistentes, introduciendo modificaciones al carácter normal y legal de los bienes, diciendo en el primer caso que el *arbolado, los frutos pendientes*, etc. tienen la consideración de muebles a efectos de esta garantía pignorática, y en el segundo, que los buques se reputan bienes inmuebles a efectos de la hipoteca naval. De manera que los buques, sólo cuando son objeto de hipoteca tienen la consideración de inmuebles por ministerio de la ley como dice Valverde (*Tratado de Derecho civil español*, tomo II, pág. 521. Valladolid. Talleres Tipográficos «Cuesta», 1920); en los demás casos serán muebles. Pero es más arbitrario y más convencional todavía pue las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad (núm. 5, art. 334 del Código civil español), que son bienes muebles por naturaleza, se reputen inmuebles por ministerio de la ley (artículo citado del Código) y sea ésta (Real decreto de 22 de Septiembre de 1917) la que vuelva a proclamar su carácter de muebles.

Tampoco pueden hoy diferenciarse la prenda y la hipoteca por la circunstancia de que en la primera tenga lugar el desplazamiento de la cosa, pasando al acreedor o a un depositario (art. 1.863) y en la hipoteca quede, por el contrario, en poder del deudor por cuanto en el Decreto citado se crea la prenda agrícola sin desplazamiento de la cosa pignorada (art. 2.<sup>o</sup>).

También la ley, advirtiendo el ataque inferido a la figura tradicional, recurre a la *ficción* de presumir la constitución de un *depósito*, bajo la custodia del pignorante.

Ni sirve tampoco de diferencia su elemento *formal* por virtud de

(1) A más de las obras especiales ya citadas, puede verse Cannada-Bartoli, *Il sistema ipotecario it.*, Napoli, 1879-89; Melucci, *Il sistema ipotecario nel dir. civ. it.*, Napoli, 1912-13; Mirabelli, *Delle ipoteche sec. il Código civ. it.*, Napoli, 1896; Bianchi, *Delle ipoteche*, Napoli, 1907-8.

contenida en los artículos 1.964 y 2.053 del Código civil (completada por el Código de Comercio, artículos 710, 776, 779, 786, 791, 824, 834, 838, 843 y por normas y leyes especiales, como los artículos 24 y 26 de la ley de 10 de Julio de 1861 para las hipotecas sobre las rentas nominativas sobre el Estado, las diferentes leyes sobre establecimientos de crédito fundiario recogidas en el texto único de 16 de Julio de 1905, etc.), se hallan en la legislación francesa de la revolución y en la ley Hipotecaria belga de 16 de Diciembre de 1851, en la que especialmente se inspiró el Código civil italiano. Imperaba en la mayor parte de Francia antes de la Revolución el sistema que permitía constituir una hipoteca sobre la generalidad de los inmuebles presentes y futuros de una persona sin determinación de la suma de que respondían; no era tampoco necesaria la inscripción en adecuados registros que hiciesen pública su existencia. Eran, pues, las hipotecas, por una parte, generales en cuanto afectaban a todos los bienes inmuebles del deudor; por otra parte, ocultas, faltando un medio idóneo y seguro que hiciese notorio a los terceros y a los bienes que el deudor había constituido en garantía de la suma por la cual respondían. Sólo en algunos países de Derecho consuetudinario (*pays de nantissement*) regía un sistema diverso que exigía para la validez del vínculo frente a los terceros la publicidad y especialidad del mismo. La excelencia de este segundo sistema y los graves obstáculos que a la libre comerciabilidad de los fondos y al incremento del crédito oponía el primero a causa principalmente de la clandestinidad de las

cual la hipoteca necesita para constituirse, y bajo pena de nulidad, la forma *auténtica* y la inscripción en el Registro de la Propiedad (artículo 1.875), pudiendo, por el contrario, constituirse la prenda en cualquier forma y requiriendo sólo el instrumento público para perjudicar a tercero desde su fecha (art. 1.865) porque la «prenda agrícola» requiere escritura pública e inscripción en el Registro de aquél nombre, a cargo de los Registradores de la Propiedad (art. 6.º).

Estas innovaciones del legislador moderno, por buenas y útiles que se las suponga, infringen los principios científicos, como observa Planiol (Viñas Mey, *Derecho civil*, t. II, pág. 319. Instituto Reus. Madrid, 1926) y desfiguran el tecnicismo, siendo, en realidad, no *prendas* (la agrícola sobre *inmuebles*) ni *hipotecas* (la sobre *buques*) efectivas, sino prendas *inmobiliarias* o hipoteca de *muebles*, es decir, algo mixto y excepcional.

Todas estas violencias ponen de manifiesto la conveniencia de hacer menos rígidas las clasificaciones y los viejos dogmas.

hipotecas, hizo necesaria la reforma introducida por la legislación revolucionaria. Dos leyes, de 9 de Mesidor año III y del II de Brumario año VII, extendieron a todo el territorio de Francia el sistema del *pays de nantissement* y abandonado el tradicional principio de la generalidad y clandestinidad de las hipotecas, lo substituyeron por los de la especialidad y publicidad que se aplicaba mediante la inscripción del vínculo en registros especiales, en los que no sólo se tomaba nota del inmueble afectado, sino también de la suma debida.

En este fundamental principio, tan diverso del romano (1), pero no extraño a la legislación estatutaria italiana y a otros derechos más antiguos, se inspiró el Código napoleónico, si bien con algunas inoportunas atenuaciones que redujeron sensiblemente sus ventajas (2), y en forma más rigurosa, siguiendo sus huellas y las de la ley Hipotecaria belga, nuestro Código civil, en el cual la publicidad y la especialidad constituyen la base ineludible de todo vínculo hipotecario, cualquiera que sea su causa y su origen.

Son, por consiguiente, caracteres esenciales de la hipoteca: I) la *realidad*, en virtud de a que los bienes, una vez afectados

(1) Como es sabido, en derecho romano no hubo un sistema que asegurase la publicidad de las hipotecas. Por esto adquiere mayor relieve e importancia el hecho de que un perfecto sistema de publicidad rigiese en el Egipto greco-romano mediante aquella *βιόλιοδήπη ἐγπτήσεν* o archivo de la propiedad inmobiliaria que con sus registros servía para dar publicidad no sólo a los traspasos de la propiedad inmobiliaria sino también a la constitución y vicisitudes ulteriores de cualquiera otro derecho real en cosa ajena, especialmente a las hipotecas. Estas, fuesen generales o especiales, debían ser inscritas y lo eran no sólo como carga del fondo que gravaban, sino también como derechos autónomos y, por tanto, también a nombre del titular de la hipoteca; la inscripción era requerida por el acreedor que proveía así a asegurar el propio derecho cumpliendo los supuestos y formalidades previas de la inscripción del derecho real inmobiliario; ver Edicto de Mettio Rufo; De Ruggiero, *Bull. Ist. dir. rom.*, XII, 1, pág. 66; XXI, pág. 278 y siguientes.

(2) Así, por ejemplo, fué excluida de la necesidad de la inscripción la hipoteca legal correspondiente a los menores y demás incapaces, así que para ellos quedaba en vigor el principio de la generalidad y clandestinidad del Código francés, art. 2.135.

del vínculo, continúan afectados por éste aun pasando a poder de tercer poseedor y pueden ser perseguidos por el acreedor contra quienquiera que los detente, en tanto no haya intervenido una causa de extinción; el Código la define como derecho real que se constituye en bienes del deudor o de un tercero a favor del acreedor para asegurar sobre los mismos la satisfacción de una obligación (art. 1.964); 2) la *indivisibilidad*, ya que subsistiendo la hipoteca por entero sobre todos los bienes vinculados sobre cada uno de los mismos y sobre cada una de sus partes (artículo 1.164, párrafo 1.º), cada parte de los bienes garantiza el crédito por entero y a cada parte o resto de éste quedan sujetos todos los bienes hipotecados con consecuencias análogas a las examinadas en la prenda (art. 1.889), cuando varias personas suceden al acreedor o al deudor; 3) la *especialidad*, y 4) la *publicidad* en cuanto que la hipoteca no surte efectos si no es hecha pública mediante la inscripción y no puede subsistir sino sobre bienes específicamente indicados y por sumas determinadas en dinero (art. 1.965).

a) *Objeto.*—Los bienes susceptibles de hipoteca son, por regla general, los inmuebles. Y más precisamente lo son los inmuebles por naturaleza, los muebles por destino en cuanto que vengan afectados por la hipoteca conjuntamente con el fundo, y de los inmuebles por determinación legal sólo el derecho de usufructo sobre inmuebles y los derechos del concedente y del enfitéuta sobre los bienes enfitéuticos (art. 1.967). Los demás bienes no indicados en el art. 1.967 (que tiene valor limitativo, no enunciativo) son incapaces de hipoteca. Están excluidos, a más de los bienes que se hallan fuera del comercio, los demás derechos reales en cosa ajena, como las servidumbres, el uso, la habitación y del propio usufructo, el legal que corresponde a los ascendientes (art. 1.967, núm. 2.º), dado su especial destino (artículos 224 y 230), así como el derecho de goce correspondiente al marido sobre los bienes dotales (art 1.399). Sólo por excepción entre los bienes muebles son susceptibles de hipoteca las rentas nominativas sobre el Estado en orden a las cuales las leyes de la Deuda pública han hecho posibles especiales anotaciones del vínculo sobre el título mismo (texto único de las leyes

sobre la Deuda pública, Real decreto de 17 de Julio de 1910, número 536, art. 37) (1).

Cuando el objeto es susceptible de incremento o de aumento, la hipoteca se extiende de aquél a éstos; es decir, afecta a todas las mejoras, construcciones y accesiones que se añadan al inmueble luego de la constitución del vínculo, lo cual es efecto del principio de la accesión y de la virtud que tiene la hipoteca de afectar indivisiblemente a la cosa toda sometida al vínculo (artículo 1.966).

b) *Causa y especies.*—De tres diversas causas puede derivar el vínculo hipotecario: la ley, la sentencia judicial y la convención de las partes; así que las hipotecas se distinguen en tres especies: legales, judiciales y convencionales (art. 1.968).

a) *Es legal* la que la ley directamente atribuye a algunos acreedores sin necesidad de consentimiento por parte del deudor en consideración a la causa y naturaleza del crédito (2). Tal hipoteca corresponde:

I) Al vendedor o enajenante sobre los inmuebles enajenados por el cumplimiento de las obligaciones que derivan de la enajenación (art. 1.959, núm. 1.º); garantiza al vendedor el pago del precio, al donante el cumplimiento de las cargas impuestas al donatario, etc.

2) A los coherederos, socios y demás partícipes sobre los

(1) Una forma especial de garantía que tiene por objeto una cosa mueble como es la nave definida legislativamente (art. 480 del Código de Comercio), pero que recibe comúnmente el nombre de hipoteca, es la *hipoteca naval* llamada en el Código de Comercio prenda, pero disciplinada análogamente a las verdaderas hipotecas (art. 485 y siguientes, 674 y siguientes del Código de Comercio). Ahora con la nueva legislación se ha introducido también la hipoteca sobre aeronaves que puede constituirse según las normas del Código civil (Decreto-ley de 20 de Agosto de 1923, núm. 2.207, art. 9).

(2) Más de una entre las hipotecas legales de nuestro Código, eran antes privilegios inmobiliarios; éstos fueron sustituidos por hipotecas legales, reduciéndose a muy pocos los privilegios sobre inmuebles (artículos 1.961-1.962). Y puesto que los privilegios, aun los inmobiliarios, no se hallan sujetos a inscripción mientras las hipotecas están todas sujetas a la misma, la transformación se operaba sometiendo a aquellos al principio de la publicidad.

inmuebles de la herencia, sociedad o comunidad, por el pago de las compensaciones (art. 1.969, núm. 2.<sup>º</sup>); deriva del principio de la igualdad entre los partícipes y mira a garantizar de modo real la efectiva actuación de aquélla vinculando a aquel cuya cuota debe ser integrada los bienes de todos los demás partícipes (1).

3) Al menor y al sujeto a interdicción sobre los bienes del tutor, según los artículos 292 y 293 (art. 1.969, núm. 3.<sup>º</sup>), en garantía de los créditos del incapaz adquiridos durante la gestión tutelar.

4) La mujer sobre los bienes del marido en garantía de la dote y de los lucros dotales (art. 1.969, núm. 4.<sup>º</sup>) cuando la hipoteca haya sido limitada a bienes determinados en el contrato de matrimonio recae sobre todos aquellos que el marido posee en el momento en que la dote se constituye, aunque el pago de la misma tuviese lugar posteriormente; pero si entran a formar parte de la dote sumas provenientes de sucesión o donación la hipoteca no tiene lugar sino desde el día de la apertura de la sucesión o desde aquel en que la donación tuvo efecto y sobre los bienes que el marido posea en tal día.

5) Al Estado, a la parte civil, a la defensa sobre los bienes de los condenados para el cobro de los gastos de justicia en materia penal comprendidos los derechos debidos a los funcionarios y a los oficiales judiciales por el resarcimiento de los daños reconocidos en la sentencia condenatoria, por los honorarios debidos al defensor, honorarios que son preferidos en concurrencia con las otras dos especies de créditos (art. 1.969, número 5.<sup>º</sup>). La hipoteca, que luego fué extendida a todas las personas perjudicadas por el delito con el art. 10 de la ley de 8 de Agosto de 1895, núm. 556 (ahora Código de Procedimiento penal, art. 603) puede ser inscrita aun antes de la condena, consiguientemente al mandato de captura (art. 1.969, núm. 5.<sup>º</sup>) o al arresto en flagrancia (artículos 604 y 605 del Código de Procedimiento penal) y grava lo mismo los bienes poseídos aquel día

(2) Sobre esto véase Covello L., *L'ipoteca legale del condividente per rifacimenti e conguagli* (*Riv. dir. civ.*, VIII, 1916, pág. 725 y siguientes).

como los adquiridos posteriormente, pero no posteriormente a la sentencia condenatoria.

3) *Judicial* es la hipoteca que reconoce como título una sentencia, condenando al pago de una cantidad, a la entrega de una cosa mueble o al cumplimiento de una obligación que pueda resolverse en el resarcimiento de daños (art. 1.970). Toda sentencia de tal naturaleza que contenga una condena inmediata y actual al pago de una suma de dinero o al cumplimiento de otra obligación reductible a valor pecuniario, faculta al acreedor victorioso para pedir hipoteca sobre los bienes de la parte contraria y son, por regla general, aptas para producir esta facultad las sentencias de las autoridades judiciales del reino; también las sentencias arbitrales y las de autoridades judiciales extranjeras pueden constituir título para la inscripción hipotecaria cuando hayan sido declaradas ejecutivas por las autoridades judiciales competentes (artículos 1.972 y 1.973). En cuanto a los bienes, todos los que sean del deudor y se hallen en el reino resultan afectados por la hipoteca; y no sólo los presentes poseídos por él en el momento de la condena, sino también los futuros (lo cual constituye una particularidad de la hipoteca judicial), si bien respecto a éstos no puede verificarse su inscripción sino cuando hayan ingresado en su patrimonio (art. 1.986). Se hallan exceptuados solamente los bienes de la herencia yacente y de la herencia aceptada en beneficio de inventario (art. 1.971), respecto a los acreedores hereditarios puesto que éstos, si no tienen ya un derecho de prelación, no deben, mejorando la propia, perjudicar la condición de los demás acreedores hereditarios que tienen todos, como común e igual garantía, los bienes comprendidos en la herencia.

4) *Convencional* es, finalmente, la hipoteca que contractualmente haya sido concedida por el deudor o por un tercero, en su lugar, al acreedor. Su base es el acuerdo de ambas voluntades, es decir, un contrato o convención en el que a la voluntad de uno de constituir el vínculo hipotecario sobre los propios bienes, corresponde la voluntad del otro de aceptarlo; no sería idóneo un acto unilateral (1), y por ello hay que rechazar la opi-

(1) No hay que confundir con esto el caso de que la aceptación del

nión sostenida por algunos, según la cual la hipoteca puede ser constituida incluso testamentariamente (1) por no poder considerar el testamento comprendido en la convención y, por tanto, tampoco la hipoteca testamentaria en la categoría de las convencionales, sin tener en cuenta las razones históricas y oportunistas que se oponen a tal opinión (2).

Los requisitos necesarios para la constitución convencional de la hipoteca se refieren a la capacidad del constituyente, a la aptitud de los bienes, a la existencia de un crédito, a la forma de la constitución.

1) Solamente el propietario del inmueble o el titular de la renta nominativa o del derecho de usufructo o enfitéutico puede constituir sobre éstos hipoteca; es nula, por tanto, la concedida sobre el inmueble o sobre el derecho ajeno, y radicalmente nula, esto es, sin que pueda sanar por ratificación o confirmación posterior, de modo que la nulidad subsiste aunque el constituyente resultase luego propietario o titular del inmueble o del derecho (3). Capacidad para hipotecar tiene también el propietario cuando su derecho sobre el inmueble se halle en

acreedor resulte de un acto separado y posterior a aquel con que el propietario ha concedido la hipoteca, pudiendo muy bien la convención consistir en dos actos separados. Es más, la aceptación puede ser concebida como resultante de un hecho, es decir, tácita y contenida en la demanda de inscripción de parte del acreedor; ver Vita-Levi, *Dell'ipoteca costituita con un atto unilaterale* (*Arch. giur.*, XXVI, 1881, pág. 3 y siguientes).

(1) Así, por ejemplo, Pacifici, *Ist.* III, 2, pág. 503 y siguientes y Venzi, *ibid.*, pág. 621 y siguientes; Brugi, *Ist.*, pág. 396; Chironi, *Privilegi ed ipoteche*, I, núm. 267; Abello, *L'ipoteca testamentaria nel dir. civ. it.*, Torino, 1899; Barassi, *Ist.*, pág. 283.

(2) Melucci, *Sistema ipotecario*, pág. 89 y siguientes; Gabba, *Questioni dir. civ.*, II, pág. 45 y siguientes.

(3) Sobre la absoluta insanabilidad de la hipoteca concedida a non domino, véase el magnífico artículo de Coviello, *L'ipoteca su cosa altrui* (*Foro it.*, 1913, pág. 840 y siguientes y *Riv. dir. civ.*, V, 1913, pág. 406 y siguientes); ver también Gabba, *Gli effetti dell'ipoteca costituita sui beni altrui* (*Giur. it.*, 1906, I, pág. 791); *Ipoteca convenzionale su beni altrui* (*Quest. di dir. civ.*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 227 y siguientes); el cual se inclina al concepto de la convalidación sucesiva por adquisición posterior de la propiedad.

suspensivo por una condición, sujeto a resolución o reconozca como causa un título anulable; pero en tal caso la hipoteca se hallará sujeta a las mismas eventualidades por el principio general: *resoluto jure dantis resolvitur et ius accipientis*, es decir, que corre la misma suerte que el derecho sobre el que fué constituida. Caerán, por tanto, con la hipoteca los derechos adquiridos por los terceros, salvo los casos en que la ley expresamente disponga que la resolución o rescisión no perjudique a los terceros, es decir, de aquellos que traen causa de quien es titular del derecho que se resuelve (art. 1.976). Pero además de ser titular del inmueble debe el constituyente poseer la capacidad de enajenar el inmueble para poderlo sujetar a hipoteca (art. 1.974), de lo que se deduce que para hipotecar los bienes de los incapaces como menores sujetos a interdicción, inhabilitados o ausentes, debe intervenir el consentimiento de las personas que les representan y deben observarse las formas y cumplirse las condiciones establecidas en la ley (art. 1.975).

2) Aptos son todos los bienes que el deudor o el tercero constituyente de la hipoteca posee en el momento de constituirla, y deben ser específicamente determinados en el acto constitutivo; por ésto no pueden ser hipotecados los bienes futuros (artículo 1.977).

Solamente los determinados en la convención quedan hipotecados, no los demás que el deudor posea. Sin embargo, por expresa disposición legal (art. 1.980), cuando los bienes sujetos a hipoteca pereciesen o se deteriorasen por caso fortuito o fuerza mayor de modo que resultasen insuficientes a la seguridad del crédito, el acreedor tiene derecho a pedir un suplemento de hipoteca, esto es, pedir que el deudor complete la garantía sujetando a hipoteca otros bienes; en otro caso le es concedida la facultad de exigir el pago del crédito aunque éste no haya vencido.

3) Precisa también un crédito al que la hipoteca sirva de garantía, siendo indiferente la naturaleza de la obligación en que aquél se origina. No precisa, si la obligación es un contrato de préstamo, que el desembolso del dinero preceda a la constitución del vínculo; declara la ley a propósito de la inscripción que

la hipoteca produce efecto desde el momento de su inscripción, aunque se trate de un contrato de préstamo en el que la entrega del dinero se efectúe posteriormente (art. 2.007), aludiendo al contrato de apertura de crédito en cuenta corriente. Es más: por regla general, no precisa que el crédito sea actual; basta que sea futuro, con tal que exista actualmente el vínculo obligatorio sobre cuya base pueda aquél surgir en determinado momento (1).

4) La forma exigida por la ley para la constitución de la hipoteca convencional es la escrita, ya sea escritura pública o privada (art. 1.978). Por el principio de especialidad debe el acto constitutivo contener la específica designación de los inmuebles que se hipotecan; pueden someterse a hipoteca todos los bienes del constituyente (éste no se opone al principio de la especialidad), pero cada uno de ellos debe ser individualizado con indicación de su naturaleza, del Municipio en que radica, de su número catastral o plano fiscal, de tres de sus lindes o confines (art. 1.979). Y debiera, además, por el mismo principio determinarse en el acto constitutivo la suma del crédito, puesto que la especialidad tanto se refiere a los bienes como al crédito; y si bien esto se cumple en la práctica casi siempre, basta que la determinación sea hecha en acto posterior o en el acto de inscripción, pudiendo consignarse por el acreedor mismo (artículo 1.922). Por otra parte, no hay que creer que los requisitos del art. 1.979 deban ser todos observados bajo pena de nulidad; precisa, en orden a la especificación de los bienes, que sea indicado cuanto sea necesario para eliminar la incertezza sobre los muebles que resulten gravados (art. 1.998).

c) *Publicidad.*

a) *Inscripción.*—Así como con la transcripción se hacen públicos los tráspasos de la propiedad y la constitución y modi-

(1) La cuestión es muy discutida; ver Bonelli, *L'ipoteca per debiti futuri in dir. rom.* (*Arch. giur.*, LI, 1893, pág. 395 y siguientes, 520 y siguientes; LII, pág. 108 y siguientes; *Foro it.*, 1895, pág. 790 y siguientes; Melucci, *Sist. ip.*, pág. 103 y siguientes; Chironi, *Priv. ed ipot.*, II, núm. 41 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist.*, III, 2, pág. 614 y siguientes, n. y.; Gabba, *Ipoteca a guarentiglia di debiti futuri* (*Quest. di dir. civ.*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 216 y siguientes).

ficación de los demás derechos reales inmobiliarios, con la inscripción se consigue publicidad a la hipoteca. Su función es la de dar eficacia al vínculo real frente a los terceros, no la de sanar los vicios o nulidades que afecten al acto constitutivo del mismo; de modo que en tanto la hipoteca es válida entre acreedor y deudor, aun sin inscripción, ésta no añade nada a la validez intrínseca de la misma, que subsiste nula o anulable si hay una causa de inexistencia o anulación.

Sometidas a la publicidad se hallan indistintamente todas las hipotecas tanto convencionales como legales o judiciales, y se consigue mediante la inscripción en los registros que se llevan en los Oficios de hipotecas del lugar en que radican los bienes gravados. Deben a tal fin presentarse al conservador de las hipotecas, a más del título constitutivo del vínculo, dos notas, de las cuales una puede extenderse al pie del mismo título y que deben contener el nombre y domicilio o residencia del deudor y del acreedor (a más del domicilio especial elegido por este último), la fecha y naturaleza del título, el importe del crédito y de los intereses que produce, el tiempo de exigibilidad del mismo, la indicación específica de los bienes gravados (art. 1.987); la omisión o inexactitud en algunas de estas indicaciones no produce la nulidad de la inscripción sino cuando ocasione incertezza absoluta sobre la persona del acreedor, o del deudor, o del poseedor del fundo gravado, sobre la identidad de los bienes o importe del crédito. Título es el acto del cual deriva la hipoteca, el contrato para la convencional, la sentencia para la judicial; mientras en las legales está representado en el acto alienativo del inmueble, en el de división o deliberación y acuerdo del consejo de familia, en el instrumento total o en la sentencia de condena del reo. Y si el título es un acto privado, debe la firma de quien ha consentido la hipoteca ser autenticada por Notario o acreditada judicialmente (art. 1.989). Se ejecuta la inscripción registrando en el libro el título con la fecha de la presentación, numerando correlativamente las semanas en forma que las hipotecas sobre un mismo inmueble tienen el rango que les corresponde por su número de orden, es decir, por el que determina la presentación independientemente de la fecha del título. Verifi-

cada la inscripción, el conservador debe con los documentos restituir una de las dos notas, la cual contendrá al pie el certificado de haberse efectuado la inscripción, con la fecha y número de orden de la misma (art. 1.988).

Tienen facultad de pedir la inscripción aquellos a quienes la hipoteca afecta y es aceptada en nombre del acreedor. Pero para ciertas personas incumbe a otras la facultad de demandarla: al marido y al Notario, por la hipoteca legal que corresponde a la mujer (art. 1.982); al tutor, al protutor y al canciller, por la que corresponde al menor y al sujeto a interdicción (art. 1.983), mientras al conservador mismo incumbe la obligación de inscribir la legal del enajenante en el momento de transcribir el acto alienativo (art. 1.985, y la sanción para todos éstos cuando omitan el cumplir su obligación es la indemnización de los daños y perjuicios (artículos 1.984 y 1.985)..

Se inscribe contra la persona del deudor o del tercero que ha constituido la hipoteca, aunque sea difunto, y, sin embargo, cuando al tiempo de la inscripción, y con anterioridad de tres meses por lo menos, los inmuebles hipotecados aparezcan en los Registros fiscales a nombre de los herederos o causahabientes del deudor, la inscripción debe hacerse también contra estos últimos (art. 1.996).

Con la inscripción se relacionan las instituciones especiales de la renovación, anotación, reducción y cancelación.

β) *Renovación*.—Si la función de la inscripción es únicamente la de hacer la hipoteca pública y eficaz contra terceros, la suerte del derecho hipotecario es en sí y por sí independiente de la de la inscripción; lo cual significa que las causas de extinción del vínculo operan independientemente de la inscripción, cuya suerte, a su vez, no va aparejada a la del derecho de hipoteca. Pero la inscripción, por los efectos que persigue, no tiene eficacia duradera y perpetua; la ley no le atribuye valor más que por treinta años a partir de la fecha (1), así que cuando trans-

(1) La razón de esta limitada duración reside en la mayor utilidad que ofrece un tal sistema con relación al opuesto porque (prescindiendo de la consideración de que siendo el término de treinta años idéntico a la más larga prescripción extintiva, la cesación de la eficacia de la ins-

curridos éstos el crédito no haya sido aún extinguido, queda subsistente el derecho de hipoteca, pero cesa su eficacia frente a los terceros. Sin embargo, para mantener tal eficacia sin necesidad de una nueva inscripción, la ley ofrece un medio, que es la renovación (art. 2.001). Consiste ésta en una declaración del acreedor manifestando querer conservar íntegra frente a terceros la garantía con el mismo rango que tenía en su origen, efectuándose con la presentación al conservador de dos notas iguales a las de la inscripción precedente con la declaración de querer renovar, acompañadas de la nota de la inscripción originaria que oficia de título (art. 2.005). Debe efectuarse antes de que transcurran los treinta años y es impuesta obligatoriamente en orden a las hipotecas legales a aquellas mismas personas que deben pedir la inscripción (art. 2.002); se efectúa del mismo modo que ésta y se dirige contra el mismo deudor o tercero constituyente de la hipoteca, a no ser que los inmuebles aparezcan en los Registros fiscales con anterioridad por lo menos de tres meses, a nombre de los herederos o causahabientes de aquél, en cuyo caso la renovación debe ser hecha también contra éstos (art. 2.006). Por una singular excepción debida a particulares consideraciones de protección en favor de la mujer casada, está exenta de la necesidad de renovar la hipoteca legal de la mujer por la dote y los lucros dotales; la correspondiente inscripción conserva su eficacia durante todo el matrimonio y aun por un año después de la disolución del mismo (art. 2.004). También en otros casos cesa la necesidad, como en el de purgación y en el de expropiación forzosa del inmueble; todas las hipotecas válidamente conservadas se mantienen con la inscripción de la hipoteca legal, que se origina en el título de enajenación en el primer caso (artículos 2.003 y 2.042), con la inscripción de la que se origina en la venta en pública subasta contra el comprador por el pago del precio en el segundo (artículos 2.003

cripción coincidirá frecuentemente con la extinción del crédito) se hace más segura y fácil la inspección de los registros hipotecarios y la averiguación del estado jurídico del inmueble, no precisando remontarse en la investigación más allá de los treinta años en cuanto que las inscripciones más antiguas (aun las no canceladas) se deben considerar sin valor.

y 2.089), quedando los derechos de los acreedores inalterablemente fijos con la inscripción de la hipoteca en favor de la masa (art. 2.012).

γ) *Anotación.*—Cualquiera variación notable concerniente a alguno de los elementos de la inscripción puede y debe hacerse constar en los registros hipotecarios mediante anotación marginal al pie de la inscripción; con este medio se hacen públicos los eventuales cambios en la persona del acreedor, así como la subrogación o la cesión, en el rango y domicilio elegido por el acreedor y además la reducción y cancelación de la inscripción. Prescindiendo por ahora de estos últimos hechos, el cambio más notable es el que se refiere a la cesión (1), a la subrogación, dación en prenda del crédito hipotecario; cuando el cessionario, o subrogado, o acreedor pignoraticio haga anotar el acto, la inscripción no depende de la voluntad del acreedor hipotecario, ya que a aquél deberán ser hechas las intimaciones y notificaciones eventuales y se requerirá su consentimiento para que se pueda cancelar la inscripción (art. 1.994).

δ) *Reducción.*—Consiste ésta en restringir la hipoteca a una parte solamente de los bienes indicados en la inscripción, o bien en reducir a menor cantidad la suma por la que fué hecha la inscripción (art. 2.024). Es justo que se reconozca al deudor la facultad de liberación del vínculo en una parte de sus bienes o el reducir la carga de los bienes cuando el crédito hubiese disminuido, o una inscripción excesivamente amplia, ya en or-

(1) Por cesación de hipoteca debe entenderse tanto la *cesión del rango* o *posposición de grado*, en virtud de la cual, entre dos acreedores hipotecarios de grado diferente, el anterior concede su puesto al sucesivo haciendo que éste sea preferido al cedente en la gradación de los créditos, como la *cesión del derecho de hipoteca* que se opera a favor de un acreedor desprovisto de tal garantía. Esta última, dado el carácter accesorio de la hipoteca, no es concebible sin la contemporánea cesión del crédito. Otros hacen coincidentes la cesión de hipoteca y la posposición o permuto de rango; ver sobre esta cuestión muy discutida y de gran importancia, Grossi, *Cessione dell'ipoteca*, Torino, 1900; Azzariti, *La cessione dell'ipoteca nel dir. it. e nel dir. rom.*, Napoli, 1902; Chironi, *Priv. ed ipot.*, II, número 323 y siguientes; Melucci, *Sist. ipot.*, pág. 204 y siguientes; Venzi en Pacifici, *Ist. III*, 2, pág. 596 y siguientes.

den a la cantidad de bienes o a la suma asegurada que hubiera sido pedida por el acreedor. Pero el respeto debido a la libre convención de las partes o a la autoridad de la cosa juzgada no consentía que tal derecho se confiriese al deudor cuando la cantidad de bienes o la suma hubiese sido determinada en la convención o en la sentencia (art. 2.025). Es, pues, excluída la reducción en las hipotecas convencionales, en las que no es posible sino mediando el consentimiento del acreedor (reducción voluntaria), y sólo se admite como reducción forzosa y necesaria en las legales y judiciales, excluidas entre las primeras la hipoteca del enajenante y la de los coherederos, socios y demás partícipes (art. 2.026). Las condiciones bajo las cuales puede el deudor ejercer tal facultad son fijadas por la ley misma, que ha determinado, en evitación de controversias, los límites dentro de los cuales puede hablarse de exceso de bienes o de la suma; es considerado excesivo el valor de los bienes cuando supera en un tercio el importe del crédito inscrito, aumentado con los accesorios (art. 2.027), y es excesiva la suma si la determinada por el acreedor en la inscripción supera en un quinto la suma que el Juez declara debida (art. 2.026).

5) *Cancelación.*—También antes que el transcurso de los treinta años prive de eficacia a la inscripción puede ésta perder su valor mediante la cancelación, la cual consiste en la declaración manifestando que la inscripción no debe surtir efecto y en la correspondiente anotación que el conservador hace al margen de la inscripción (art. 2.038).

Causa de la misma pueden ser, no sólo todos los hechos que producen la extinción del crédito, sino también los que hacen cesar el derecho de hipoteca independientemente del crédito, ya que si, por regla general, se procede a la cancelación cuando el crédito se ha extinguido, nada impide que la inscripción pueda quedar sin eficacia cancelándola por efecto de causas o hechos distintos que se refieran exclusivamente al derecho de hipoteca considerado en sí mismo. Como la reducción, puede la cancelación, por tanto, ser voluntaria y necesaria.

Es *voluntaria*, si consentida libremente por las partes (artículo 2.033). Y como cancelar la inscripción equivale a una dis-

posición del crédito cuya satisfacción resulta comprometida por el abandono de la garantía real, sólo aquel que tiene capacidad de liberar al deudor puede consentir en la cancelación; los demás que carezcan de tal capacidad no pueden consentirla sino con la asistencia de las personas cuya intervención es necesaria para la liberación (art. 2.034), y ni el padre, el tutor o cualquiera otro administrador, aun autorizados para exigir el cumplimiento de parte del deudor o para liberarlo, podrían consentir en la cancelación de la inscripción hecha en garantía de un crédito de su administrado que no haya sido extinguido (art. 2.035). Es menor naturalmente el rigor de la ley cuando el crédito ha sido ya satisfecho, puesto que en tal caso la inscripción no tiene que garantizar crédito alguno y el deudor o el tercero constituyente tienen derecho a pedir la cancelación de la hipoteca. Es *necesaria* o *forzosa* cuando se ordene judicialmente en virtud de sentencia o providencia, y puede haber lugar a ella, a más de en el caso de extinción del crédito (cuando el acreedor se niegue a prestar su consentimiento) o de resolución del derecho de hipoteca, también en aquel en que la hipoteca no subsista o la inscripción por una causa cualquiera resulte nula (art. 2.036). En los casos de negarse el conservador a cancelar (su responsabilidad con relación a los interesados le obliga a ser circunspecto en las cancelaciones), decide la autoridad judicial con un procedimiento especial (art. 2.039).

d) *Efectos.*—De los efectos que la hipoteca produce algunos se refieren a relaciones entre el acreedor y el deudor (o tercero constituyente de la hipoteca); otros a las relaciones de varios acreedores entre sí; otros, finalmente, a aquellas que se dan entre el acreedor hipotecario y tercer poseedor del inmueble.

a) *En las relaciones entre acreedor y deudor* o tercero propietario del inmueble, la hipoteca, si bien no confiere al acreedor hipotecario derecho alguno de disposición (1) o de goce del inmueble, implica, sin embargo, una restricción en las facultades del propietario; esto debe entenderse en el sentido que éste,

(1) La prohibición del pacto comisorio establecido explícitamente para la prenda, subsiste también para la hipoteca; Chironi, *Hipoteca e patto commissorio* (*Riv. dir. comm.*, 1917, II, pág. 706 y siguientes).

conservando pleno el derecho de gozar y de disponer, no puede realizar actos que perjudiquen el derecho del acreedor. El momento en que éste produce toda su eficacia es el que sigue a la falta de pago del crédito; esto es, con la facultad de subastar el inmueble, aun cuando haya pasado a propiedad ajena (artículo 2.076), con derecho a hacerse pagar preferentemente a los demás acreedores cuando entre éstos no haya ninguno en cuyo favor se dé una causa de prelación por hipoteca anterior o privilegio especial (art. 1.950).

3) *En las relaciones de los acreedores entre sí*, la hipoteca asegura al titular una prelación sobre los acreedores quirógrafos, mientras en concurrencia con otros acreedores hipotecarios rige el principio que tiene mejor derecho el acreedor cuya fecha de inscripción es más antigua. Como la hipoteca produce efecto y posee un determinado rango desde el momento de su inscripción (art. 2.007), y toda inscripción viene contraseñada por un número correlativo, deriva de esto que el número de orden determina el grado o rango de la hipoteca (art. 2.008). Se prevé el caso de que varios acreedores presenten contemporáneamente la nota para obtener la inscripción de la hipoteca contra la misma persona y sobre los mismos inmuebles: en tal caso la ley dispone que las hipotecas se inscriban con el mismo número y que por ello los correspondientes créditos deben concurrir sin distinción de grado (art. 2.009). En cuanto a la suma que del precio del inmueble tiene derecho a percibir el acreedor, será la indicada en la inscripción, no la efectiva, que aun cuando se demuestre mayor que la inscrita no estará cubierta con la hipoteca (artículo 1.997); es ésta una consecuencia directa de la publicidad que tiende precisamente a denunciar a los terceros la medida de la responsabilidad del deudor, asegurándoles que fuera de la suma indicada por el Registro no hay otros créditos preferentes. Pero la razón exige que si la suma indicada es mayor que la realmente debida la inscripción produce sólo sus efectos por la suma debida realmente, porque por el exceso falta a la inscripción su base natural, que es el crédito (art. 1.997, párrafo 1.º). A más de la suma inscrita se hallan cubiertos con la hipoteca y en el mismo grado, aunque no sean declarados, todos los acce-

sorios de la misma: los gastos del acto, los de inscripción y renovación, los que se originaron para el reconocimiento y prelación de créditos en el juicio correspondiente, y si se trata de un capital productivo de intereses y la tasa de éstos se indica, los intereses del bienio anterior y los devengados en el año corriente el día de la transcripción del embargo (art. 2.010).

Para templar las excesivamente rigurosas consecuencias que derivarían de una rígida aplicación del principio de la prioridad del derecho dada por la prioridad de la inscripción, la ley admite entre varios acreedores de grado diverso la *subrogación hipotecaria*. Puede, en efecto, ocurrir que un acreedor tenga hipoteca sobre dos inmuebles, de los cuales uno se halle sujeto a una segunda inscripción en favor de otro acreedor, y el otro esté también hipotecado en favor de un tercer acreedor posterior en fecha a la segunda hipoteca del primer fundo, proceda sobre éste absorbiendo todo el valor del mismo, dejando al descubierto al segundo acreedor para favorecer al tercero, que sobre el otro fundo no subastado (extinguida la primera hipoteca) resultaría ahora primero en grado. De los tres acreedores inscritos, el primero sobre ambos fundos, el segundo y el tercero sobre cada uno de los dos, pero en orden de tiempo sucesivo perdería (satisfecho el primero íntegramente) el segundo, que sólo tenía inscripción con respecto al fundo subastado, y a ser preferido (por el mero arbitrio de quien promovió la subasta) el tercero en orden de tiempo, que sobre el fundo no subastado no tendría que temer la concurrencia del segundo acreedor, que carecía de inscripción en el mismo.

La injusticia de este hecho resulta excluída por la ley, disponiéndose (art. 2.011) que «el acreedor que tuviese hipoteca sobre uno o varios inmuebles cuando resulte perjudicado por haber sido satisfecho en los mismos un acreedor anterior, cuya hipoteca se extendía a otros bienes, se subroga en la hipoteca que pertenecía al acreedor satisfecho y puede pedir la correspondiente anotación, como se establece en el art. 1.994 para ejercitarse la acción hipotecaria sobre los mismos bienes y ser preferido a los acreedores posteriores a la propia inscripción. El mismo derecho corresponde a los acreedores perjudicados como consecuencia

de la efectuada subrogación» (1). Otras normas establece el Código, siempre con el intento de impedir que pueda el primer acreedor perjudicar al segundo para favorecer al tercero, renunciando a la propia inscripción sobre el fundo, no subastado o absteniéndose de presentar demanda para el juicio de reconocimiento y prelación; el art. 2.087 le prohíbe desde cierto momento tal renuncia o abstención, considerándolas fraudulentas; lo que constituye un típico ejemplo de obligación del titular de un derecho de ejercitárolo y de responsabilidad por su no ejercicio o abandono.

v) *En las relaciones entre acreedor hipotecario y tercer poseedor del inmueble* hay que observar que aquí, precisamente, se manifiesta y desenvuelve el carácter real del derecho de hipoteca, el cual cuando haya sido hecho público con la inscripción, confiere al acreedor la facultad de perseguir el inmueble contra quinequiera que lo posea y de promover la subasta del mismo para hacerse pago del crédito con el precio de la venta. Así el tercer poseedor, es decir, aquel que subentrando en la propiedad del inmueble es, por cualquier título de adquisición, extraño a la relación obligatoria y no resulta en modo alguno obligado personalmente por la deuda (art. 2.016) (2), viene a ser responsable por razón de la cosa dentro del doble límite del valor de la misma y de la suma inscrita de las deudas contraídas por su autor hipotecariamente garantidas; responsabilidad que no es jamás personal, forzándole únicamente a sufrir la ejecución forzosa, promovida por los acreedores inscritos y a perder de lo obtenido.

(1) Sobre la índole de la subrogación en favor del acreedor perjudicado, sus precedentes históricos y su extensión respecto de los bienes sobre los cuales puede ejercitarse, ver Melucci, *Sist. ipot.*, pág. 213 y siguientes (de la 1.<sup>a</sup> ed.), Pacifici, *Ist. III, 2*, pág. 539 y siguientes y *Tr. dei priv. e ipoteche*, II, pág. 442; Polacco, *Una questione in materia di subingresso ipotecario* (*Temi ven.*, XI, 1886; Ferrarini, *Una questione di subingresso ipotecario* (*Note dir. civ.*, 1898, pág. 23 y siguientes); G. P. Chironi, *La surrogazione ipotecaria a favore del creditore perdente* (*Riv. dir. comm.*, 1918, I, pág. 477 y siguientes).

(2) Sobre la más precisa determinación de la figura de tercer poseedor, ver Melucci, *Sist. ipot.*, pág. 254 y siguientes (de la 1.<sup>a</sup> ed.), Venzi en Pacifici, *Ist. III, 2*, pág. 627 y siguientes, núm. 44.

do en la subasta lo absorbido por los créditos hipotecarios (artículos 2.014 y 2.077).

Ahora bien, tenida en cuenta su especial posición de extracción a la relación obligatoria, y considerando que para conseguir el fin práctico que la hipoteca se propone, no precisa recurrir siempre al extremo remedio de la subasta, la ley concede al tercer poseedor una triple facultad si quiere evitar aquélla con derecho a ejercer libremente una u otra y a ejercerla luego de la intimación de pago o por el acreedor (artículos 2.014 y 2.041) y hasta tanto no comience la ejecución de venta en pública subasta (art. 2.018), es decir, dentro del término que la ley le otorga para decidir el mejor partido a tomar:

1) Puede, en primer término, *pagar* los créditos inscritos y sus accesorios, según el art. 2.010 (art. 2.013) en la cuantía con que cada crédito figura en la inscripción o en cantidad menor si es menor efectivamente el crédito.

2) Puede, en segundo término (y esto ocurrirá cuando la suma de los créditos inscritos sea superior al valor del inmueble de modo que no convenza al tercer poseedor el ejercicio de la anterior facultad), promover el llamado *juicio de purgación*, ofreciendo a los acreedores el precio estipulado por él para adquirir el inmueble o el valor por él declarado para que los acreedores puedan, según el orden de sus inscripciones, satisfacer sus créditos en todo o en parte con el dicho precio o valor y de este modo resulte el inmueble liberado de todas las hipotecas inscritas (artículos 2.040, 2.043 y 2.046). Por este medio (que sólo es practicable luego que el tercer poseedor haya transcurrido su título de adquisición y haya inscrito hipoteca legal a favor de la masa de acreedores del alienante) cuando el precio ofrecido o declarado corresponde al que aproximadamente se obtendría con la subasta, tanto el tercer poseedor como los acreedores, consiguen respectivamente la ventaja de conservar el inmueble libre de gravámenes y de obtener satisfacción de sus créditos total o parcialmente. Pero la ley no debía privar a los acreedores de la posibilidad de promover la subasta cuantas veces uno solo de los mismos esperase obtener un mayor precio. Puede, por tanto, cualquiera de los acreedores (el que resultara perjudicado

cado por el precio ofrecido, ya que los otros carecerían de interés), rechazar la oferta y promover la subasta con tal que se obligue a aumentar o hacer aumentar en una décima parte el precio ofrecido y preste caución por una suma igual a la quinta parte del precio aumentado (art. 2.045). Ejecutada tal facultad no se puede desistir de ella; con el ejercicio de la subasta han adquirido derechos los demás acreedores y sólo por consentimiento unánime de los mismos se puede desistir de la subasta, aceptando el ofrecimiento del poseedor (art. 2.051).

3) Puede, finalmente, el tercer poseedor preferir la entrega del inmueble, haciendo que éste se despoje de los acreedores en daño del alienante (art. 2.013). Debe esta entrega hacerse sin reserva alguna, puede ser hecha por cualquier tercer poseedor que no se halle personalmente obligado por la deuda, tenga la capacidad de enajenar y se halle autorizado a hacerla (artículo 2.016). Se verifica por una declaración en la Cancillería, a la que sigue por parte del Tribunal el nombramiento de un administrador del inmueble entregado, debiendo contra éste seguirse el procedimiento en lo sucesivo (art. 2.019). Hay un caso, sin embargo, expresamente previsto (distinto de aquellos en que el tercer poseedor se halla personalmente obligado) en el que la facultad de entrega puede ser impugnada por los acreedores: cuando el tercero sea deudor del precio. Si la suma por él debida al enajenante, es actualmente exigible y basta a satisfacer a todos los acreedores inscritos contra los precedentes propietarios, cada uno de ellos puede obligar al poseedor al pago cuando el título de adquisición haya sido transrito; si no es actualmente exigible o es menor o diversa de lo que es debido a los acreedores, pueden también éstos pedir el pago hasta la concurrencia de sus créditos con tal que todos los acreedores lo consientan (art. 2.023). En compensación a la perdida facultad de la entrega, el tercer poseedor obtiene la ventaja de ver liberado el inmueble de toda hipoteca y de poder pedir la cancelación de todas las inscripciones.

La facultad de entrega cesa, además, cuando el tercer poseedor haya promovido el juicio de purgación y no surge si, rechazada la oferta por los acreedores, ha sido promovido el juicio de

subasta. En cambio, efectuada la entrega, el poseedor, en tanto no se hayan verificado las subastas, puede recuperar el inmueble entregado, pagando los créditos según el art. 2.013, más los gastos (art. 2.018).

e) *Extinción.*—Que la extinción del crédito o la cesación de la eficacia de la inscripción no debe confundirse con la extinción del derecho de hipoteca, se deduce ya de cuanto se ha dicho referente al carácter accesorio de la hipoteca con relación a la obligación y sobre la función de publicidad que a la inscripción se atribuye. Pueden coincidir la extinción del crédito y la extinción del vínculo hipotecario y es aquélla una de las causas de ésta, no pudiendo subsistir un derecho de garantía sin una obligación a garantizar; pero ambos hechos son independientes en la relación inversa, pudiendo extinguirse el derecho de hipoteca subsistiendo el crédito, como ocurre, por ejemplo, cuando el acreedor hipotecario renuncia a la garantía o la hipoteca haya sido concedida a término o bajo condición, o haya sido cancelada mediante el juicio de graduación, consecuencia del de purgación o del de venta en pública subasta en cuanto el crédito haya quedado total o parcialmente subsistente. Y puede también coincidir con la extinción de la hipoteca la cancelación de la inscripción o la pérdida de su eficacia por el transcurso de treinta años, sin que haya sido renovada; pero también aquí la cesación de la eficacia de la inscripción no implica extinción del derecho de hipoteca, pudiendo subsistir éste sin inscripción, si bien la falta de ésta le prive de eficacia con relación a terceros y le despoja de todo valor substancial como causa de prelación en el concurso de varios acreedores. Sentado esto, las causas de extinción de la hipoteca son:

I) Ante todo, la *extinción de la obligación* es indiferente el modo cómo ésta se extinga (art. 2.029); pero es claro que si el pago, la novación, la remisión de la deuda, etc., son declarados nulos y adquiere el crédito vigor de nuevo, también resurge la hipoteca (art. 2.031), como si jamás se hubiese extinguido, readquiriendo el grado que poseía con arreglo a la inscripción, cuando ésta hubiera sido debidamente conservada; en caso contrario tendrá el grado que le corresponda, según su nueva ins-

cripción por el respeto debido a los derechos adquiridos por los terceros en el intervalo (art. 2.032).

2) La *destrucción total del inmueble* (art. 2.029), salvo que hubiera sido asegurado, porque en tal caso la hipoteca se transfiere y grava el premio del seguro, cuando éste no se aplique a reparar la pérdida (art. I.951).

3) La *renuncia del acreedor a la garantía* (art. 2.029, número 3), que es por sí independiente de la renuncia al crédito y presupone más bien la existencia de la obligación y es también distinta de la renuncia al grado, la cual no implica extinción de la hipoteca sino solamente pérdida de aquel determinado grado que tenía la inscripción.

4) *El pago íntegro del precio* en el juicio de graduación (artículo 2.029), ya consiguientemente a la venta en pública subasta, ya al juicio de purgación con respecto a las hipotecas cuyos créditos no se satisficieron con el precio, porque con relación a los demás que hayan sido satisfechos, es la misma extinción del crédito causa de extinción del vínculo hipotecario.

5) El *vencimiento del término o el cumplimiento de la condición* que hayan sido establecidos al constituir el vínculo (artículo 2.029, números 5 y 6).

6) La *prescripción de treinta años*, la cual no actúa como causa de extinción de la hipoteca, sino en relación con el tercer poseedor que no esté personalmente obligado por la deuda y comienza a correr el día de la adquisición del inmueble. Que no corra para el deudor propietario del inmueble deriva de que la hipoteca, como accesoriód el crédito, subsiste en tanto éste exista y puede extinguirse solamente (prescindiendo de las demás causas ya indicadas) como consecuencia de la prescripción del crédito, de modo que si el crédito perdura más allá de los treinta años la hipoteca perdura también y cuando se haya conservado mediante renovación continua, produciendo sus efectos contra terceros. La prescripción del crédito (de treinta años o más breve) la prescripción de treinta años de la hipoteca y la duración de la inscripción por treinta años son, pues, tres fenómenos diversos e independientes. Por esto es viciosa la redacción del artículo 2.030, que declarando «las hipotecas se extinguieren igual-

mente por la prescripción, la cual con relación a los bienes poseídos por el deudor se verifica con la prescripción del crédito y con relación a los bienes poseídos por los terceros, se verifica también con el transcurso de treinta años, según las reglas establecidas en el título de la prescripción», inoportunamente identifica la prescripción del crédito con la de la hipoteca y añadiendo el *también* cuando habla de ésta última con referencia al tercer poseedor, puede hacer surgir la duda de que es posible otra especie de prescripción de hipoteca; sin embargo, lo que se quiere significar es que en relación a éste la hipoteca se extingue a más de por la prescripción del crédito, por la prescripción de treinta años del vínculo (1)

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—*Hipotecas.*—Del art. 1.857 del Código civil español, se desprende lógicamente el carácter accesorio de la hipoteca que en términos absolutos no puede sostenerse después de la reforma de 1909. Sus características en relación con la prenda con la que guarda grandes analogías son: Recaer sobre *inmuebles* (art. 1.874). (Véase lo dicho con motivo de la hipoteca naval y de la prenda agrícola.) Quedar la cosa en poder del dueño deudor (art. 1.863) y exigir para su válida constitución forma auténtica e inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 1.865).

El constituyente de este derecho ha de tener la libre disposición de sus bienes o haber obtenido la libre disposición de sus bienes, porque la hipoteca implica una posible enajenación (art. 1.867).

Su objeto son únicamente los bienes inmuebles y derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre sobre los bienes inmuebles (art. 106 de la ley Hipotecaria y 1.874 del Código civil español). Ver también artículos 107 y 108 de la ley.

Su forma es la escritura pública (artículos 146 de la ley y 1.875 del Código civil). Obsérvese cómo el art. 1.978 del Código italiano citado en el texto exige para la constitución de la hipoteca convencional la forma escrita, ya sea escritura pública, ya privada.