

Si no fuera así, se autorizaría el despojo de unos por los otros, pues no siendo cada uno de ellos propietario del todo, cometerían un verdadero atentado, constituyendo la hipoteca, que sería nula por recaer en parte sobre una cosa ajena.

Pero, como ya indicamos, los copropietarios sí pueden hipotecar sus respectivas porciones, ó más bien dicho, el derecho que tienen á una porción del predio común; pues no estando hecha la división, es evidente que son dueños de una parte indeterminada de él, y que no podría cumplirse el requisito de la ley que exige la expresión especial y determinada del predio que señala el deudor para que se constituya la hipoteca.

Por tanto: tenemos que convenir en que la facultad que tienen los copropietarios de hipotecar sus respectivas porciones, se refiere á las que les corresponden del derecho de dominio que tienen en el predio común; que, como todo derecho real, es susceptible de ser hipotecado.

De lo expuesto se infiere, que el precepto á que nos referimos no está concebido en términos claros y propios, y que demanda corrección.

Del principio general que antes establecimos, se deriva una consecuencia perfectamente lógica, que es á su vez el fundamento de otro de trascendental importancia: luego la hipoteca de cosa ajena es nula y no produce ningún efecto jurídico entre el acreedor y el deudor, ni entre aquél y el propietario de ella.

Ese principio está sancionado por el artículo 1,950 del Código, que declara, que la hipoteca constituída por el que

---

que la reforma debió hacerse mediante la supresión aludida, porque es incuestionable que se puede hipotecar todo derecho real, según los artículos 1,823 y 1,825; y que el propietario *pro indiviso* tiene el dominio, derecho real, cierto y determinado, susceptible de servir de garantía al cumplimiento de una obligación.

Creemos, por lo mismo, que la reforma ha debido contraerse á redactar en términos claros y propios la parte suprimida.

no tiene derecho de hipotecar, no convalece, aunque el constituyente adquiera después el derecho de que carecía.<sup>1</sup>

Este principio se funda en la consideración de que un acto nulo en su origen no puede valer jamás, y de que el inmueble que era libre no puede quedar gravado por un hecho que la ley no reconoce como generador de la hipoteca.<sup>2</sup>

Pantoja da otra razón: "La convalidación lleva tras sí la eficacia de lo que inválidamente se ha ejecutado; y si se concediera, implícitamente quedarían perjudicados los que adquirieron un derecho real con posterioridad á la constitución de la hipoteca, pero antes de su revalidación sobre la misma finca, y de esta manera el dolo y la incuria de unos vendría á convertirse en daño de otros que hubieran obrado de buena fe y con diligencia."<sup>3</sup>

Como el derecho de hipotecar depende del de enajenar, y como éste es uno de los elementos del derecho de propiedad, se infiere, que la suerte ó subsistencia de una hipoteca depende de la suerte de la propiedad del individuo que la constituyó. En consecuencia: si este derecho es incierto, porque su existencia dependa del verificativo de una condición suspensiva ó resolutoria, dependerá la hipoteca de la realización del acontecimiento incierto.

Esta consecuencia, perfectamente lógica, está sancionada por el artículo 1,976 del Código Civil, que declara, que nadie puede hipotecar sus bienes sino con las condiciones y limitaciones á que esté sujeto su derecho de propiedad, y no es más que la aplicación de una regla que es de sentido común, según la cual, el que tiene un derecho imperfecto no puede trasmisir más que ese derecho.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,847, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Mourlon, tomo III, núm. 1,841; Aubry y Rau, § 266, pág. 375.

<sup>3</sup> Tomo I, pág. 375.

<sup>4</sup> Artículo 1,853, Cód. Civ. de 1884.

Esa regla ha alcanzado el rango de axioma entre los jurisconsultos, que la expresan en los términos siguientes:

*“Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.”<sup>1</sup>*

*“Ningun ome non puede dar mas derecho a otri en alguna cosa de aquello que le pertenece en ella.”<sup>2</sup>*

Los autores señalan los casos siguientes, en que puede tener aplicación el principio á que nos referimos:

1º Cuando el propietario bajo condición suspensiva constituye una hipoteca sobre el inmueble que adquirió bajo esta modalidad, en cuyo caso la hipoteca es también condicional, como lo es el derecho del que la constituyó, y subsistirá si se verifica la condición:

2º Cuando se constituye la hipoteca sobre el inmueble, cuya propiedad pertenece al constituyente, bajo condición resolutoria, en cuyo caso deja de existir si se verifica ésta, en virtud del principio que dice: *“Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.”*

Tal sería, por ejemplo, la hipoteca constituida por el comprador de un inmueble con el pacto de retroventa; pues se extinguiría si el vendedor recobrara el inmueble, ejerciendo el derecho que este pacto le otorga, de recobrarlo dentro de cierto plazo, mediante la devolución del precio que recibió (art. 3,053, Cód. Civ.).<sup>3</sup>

Este ejemplo, fundado en el precepto expreso del artículo 3,053 del Código, sirve para demostrar á la vez la justicia del principio que hemos establecido, y que ese precepto se halla en contradicción con el art. 1,951, fracción 6<sup>a</sup> del mismo ordenamiento.<sup>4</sup>

En efecto: el artículo 1,951 declara que no pueden hi-

<sup>1</sup> Cód. 79, *De Reg. Jur. in 6.*

<sup>2</sup> Ley 12, tít. 34, Part. 7<sup>a</sup>

<sup>3</sup> Artículo 2,917, Cód. Civ. de 1884.

<sup>4</sup> Artículo 1,834, Cód. Civ. de 1884.

potecarse los bienes vendidos con el pacto de retroventa, mientras la venta no quede irrevocablemente consumada ó resuelta; y como está concebido en términos absolutos y negativos, no admite excepción alguna, y su violación produce necesariamente la nulidad de la hipoteca. Pero el artículo 3,053 declara, refiriéndose á los efectos de la retroventa, que el vendedor que recobra la cosa vendida, la adquiere libre de toda carga ó hipoteca impuesta por el comprador, y por lo mismo, supone que el comprador puede constituir ese gravamen, pero á condición de que no producirá efecto alguno contra el vendedor, y de que se extinguirá si se llega á verificar la retroventa.

La contradicción consiste en que el primero de dichos preceptos prohíbe la constitución de la hipoteca sobre los bienes vendidos con el pacto de retroventa, mientras la venta no quede irrevocablemente consumada ó resuelta, y en que el segundo la permite á condición de que no produzca efecto contra el vendedor.

Tal contradicción proviene de la falta de unidad de sistema en nuestro Código, formado con principios tomados de distintas legislaciones, pues el primer precepto está literalmente copiado del artículo 108 de la Ley Hipotecaria de España, y el segundo es exactamente el artículo 1,673 del Código Francés, cuyo sistema hipotecario diverge esencialmente del adoptado por ésta.

Fácil es comprender que esa contradicción, por más que sea notoria é imperdonable, no produce ningún conflicto, pues si, con violación del artículo 1,951, se constituye la hipoteca, resulta nula y de ningún valor y efecto contra el vendedor y cualquiera otro tercero.

3º Cuando el derecho del que constituye la hipoteca está sujeto á rescisión; por ejemplo, cuando el que se lo vendió recibió dos tercios menos del justo precio ó estimación del inmueble, sobre el cual se impuso ese gravamen, pues en

tal caso, declarada judicialmente la rescisión del contrato, se extingue aquél.

Sin embargo; la regla cuyo estudio hemos venido haciendo, según la cual, nadie puede hipotecar sus bienes, sino con las limitaciones á que esté sujeto su derecho de propiedad, sufre excepción en los casos siguientes:

1º Cuando se presenta el ausente ó se prueba su existencia, después de la posesión definitiva, pues entonces recobra sus bienes en el estado en que se hallen: esto es, con los gravámenes ó hipotecas impuestos por el poseedor definitivo, los cuales tiene obligación de respetar el ausente, por revestir el carácter de irrevocables, en virtud de haber sido constituidos por quien tenía un legítimo derecho para ello (art. 760, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

2º Cuando se constituye la hipoteca por el donatario, cuya donación se revoca por causa de ingratitud ó por la superveniente de hijos al donante; pues en tal caso, subsiste la hipoteca sobre los bienes donados, teniendo el donante derecho de exigir al donatario que la redima (art. 2,756, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

La razón que milita en los casos expresados para la subsistencia de la hipoteca, es obvia; porque el gravamen ha sido constituido por quien tenía derecho para imponerlo, y en ningún caso deben refluir los efectos de la revocación en perjuicio del acreedor que contrató de buena fe, sino en el del ausente, culpable de haber abandonado sus intereses por tanto tiempo, y en el del donante, que debió tener en cuenta que el donatario podía disponer de los bienes donados; y en todo caso, es justo que éste, que percibió el provecho que resultó de la constitución del gravamen, sea el que lo redima, y no que el acreedor, que contrató de buena fe, pierda el importe de su crédito.

<sup>1</sup> Artículo 662, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Artículo 2,638, Cód. Civ. de 1884.

Como la aplicación de la regla aludida pudiera dar origen á multitud de fraudes, exige la ley, para evitarlos, no obstante la existencia del registro público, que tiene el mismo objeto, que el propietario, cuyo derecho sea condicional ó de cualquiera otra manera limitado, exprese en el contrato la naturaleza de su propiedad, si la conoce; y declara á la vez que la omisión de esta circunstancia induce presunción de fraude (art. 1,977, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

Esta exigencia de la ley es á nuestro juicio innecesaria, porque esas limitaciones del derecho de propiedad del deudor sobre el inmueble que hipoteca, deben constar necesariamente en el registro público, cuyas constancias puede consultar el acreedor antes de la celebración del contrato.

Además, carece de sanción penal el fraude que hace presumir por no declarar el propietario las limitaciones á que está sujeto su derecho, pues en el capítulo del Código Penal que se ocupa del delito de fraude, se encuentra solamente el artículo 416 que castiga con la pena del robo sin violencia al que por título oneroso enajene una cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, ó la arriende, hipoteque, empeñe ó grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó ó una cosa equivalente, cuyo precepto no comprende el caso que nos ocupa, y por tanto no puede imponerse al propietario la pena que señala, supuesto que el artículo 14 de la Constitución prohíbe que se juzgue á nadie sino por leyes dadas con anterioridad al hecho, y exactamente aplicadas á él, cuya prohibición reproduce el artículo 182 del Código mencionado.

Estos defectos no sólo hacen innecesario el precepto que exige al propietario la declaración indicada, sino que tam-

<sup>1</sup> Artículo 1,854, Cód. Civ. de 1884.

bién lo hacen perfectamente inútil, porque no produce ningunos efectos jurídicos favorables para los interesados.

La hipoteca es una obligación subsidiaria que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la principal, y por tanto puede ser constituida por el mismo deudor sobre un inmueble de su propiedad, como por otra persona que consiente ese gravamen sobre sus bienes, para facilitar á aquél el crédito de que carece (art. 1,975, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La hipoteca no produce efecto alguno legal sino desde la fecha en que fuere debidamente inscrita en el registro público, y sólo pueden inscribirse los títulos que constan de escritura pública, según lo declaran los artículos 1,993 y 3,330 del Código Civil; de donde se infiere que sólo puede ser constituida en escritura pública para que produzca efecto contra tercero, ó lo que es lo mismo, para que otorgue al acreedor preferencia en el pago en concurrencia con otros acreedores y los demás efectos que le atribuye la ley (art. 1,979, Cód. Civ.).<sup>2</sup>

Pero esta no se conforma con esa solemnidad, que no es puramente de forma, sino un requisito esencial, cuya ausencia produce la nulidad de la hipoteca, y exige además que los notarios hagan constar la hora del día en que se otorga la escritura, bajo la pena de pérdida de oficio, porque si respecto del derecho de preferencia que corresponde al acreedor se aplica el principio que dice: "*Qui prior est tempore potior est jure,*" es evidente que hay una necesidad indeclinable de hacer constar el día y hasta la hora en que se constituye la hipoteca.

La generalidad de los términos de la ley, que no hace distinción de ninguna especie, nos induce á creer que el requisito de la escritura es esencial aun para la constitución de las hipotecas que tengan por objeto garantizar cantidades

<sup>1</sup> Artículo 1,852, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Artículos 1,869, 3,191 y 1,856, Cód. Civ. de 1884.

que no excedan de quinientos pesos, no obstante que el artículo 3,057 del Código no lo exige para la venta de inmuebles, cuyo valor no pase de esa cantidad.<sup>1</sup>

Podría objetarse contra nuestra opinión el artículo 3,334 del Código, que declara que cuando los bienes ó derechos no exceden de quinientos pesos no es necesario el registro; pero prescindiendo de que este precepto no es derogatorio del contenido en el artículo 1,979, que exige como requisito esencial la escritura pública para la constitución de la hipoteca, hay que tener presente que tampoco prohíbe el otorgamiento de ella, como lo demuestran las siguientes palabras que tomamos de la exposición de motivos:<sup>2</sup>

“La simple lectura de los artículos relativos prueba su conveniencia, y sólo merece alguna explicación el artículo 3,334 en que se previene: que no sea necesaria la inscripción cuando el interés no llegue á quinientos pesos, porque ni es justo en tal caso aumentar los gastos, ni en negocio de esta pequeña cuantía parece necesaria esa solemnidad, que sin embargo no por eso queda prohibida.”

Creemos, sí, que puede reprocharse á nuestro Código de inconsecuencia, porque si no es necesario que la enajenación de inmuebles, cuyo precio no excede de quinientos pesos, conste en escritura pública para que produzca efecto contra tercero, ha debido establecer lo mismo respecto de las hipotecas cuyo valor no pasa de dicha cantidad y declarar que respecto de ellas tampoco es necesaria la inscripción, para no incidir en la falta de unidad de sistema en que incurrió.

Cuando el inmueble hipotecado se hace insuficiente por culpa del deudor, para la seguridad de la deuda, puede el acreedor exigir anticipadamente el pago ó que se mejore la hipoteca, porque éste celebró el contrato y concedió el plazo convenido, teniendo en consideración las garantías ó las seguri-

<sup>1</sup> Artículo 2,921, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Artículos 3,195 y 1,856, Cód. Civ. de 1884.

dades de pago que aquél le ofreció, y por lo mismo, cuando faltan ó disminuyen, falta también el requisito sin el cual no hubiera contratado ni concedido el plazo, y es justo que la ley autorice al acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación ó que se mejore la hipoteca para evitarse el peligro inminente de un grave perjuicio en sus intereses (art. 1,962, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

En la misma razón se funda el precepto contenido en el artículo 1,950 del Código, que declara que la hipoteca constituida sobre derechos reales sólo dura mientras estos subsisten; pero si los derechos en que aquella se hubiere constituido se han extinguido por culpa del que la disfrutaba, está éste obligado á constituir una nueva hipoteca á satisfacción del acreedor, y en caso contrario á pagarle todos los daños y perjuicios.<sup>2</sup>

Para que el acreedor pueda exigir el pago de su crédito, es preciso que el deudor, por medio de actos propios, haya disminuído la seguridad que prestaba la hipoteca, porque ésta constituye una condición del contrato que le obliga á abstenerse de todos aquellos actos que tiendan á disminuir el derecho del acreedor, pues la caducidad del plazo de la obligación se funda en la violación del contrato.

De esto se infiere, que si la diminución de la seguridad que prestaba la hipoteca proviene de caso fortuito ó de fuerza mayor, sin culpa del deudor, no es exigible el pago de la deuda.

Esta conclusión no puede servirnos de premisa para establecer, que cuando la insuficiencia de la hipoteca proviene de caso fortuito ó fuerza mayor, debe sufrir el acreedor las consecuencias, pues el artículo 1,963 del Código deter-

<sup>1</sup> Artículo 1,843, Cód. Civ. de 1884.

Reformado por la adición al final, previniendo que la mejora de la hipoteca debe ser á satisfacción del acreedor.

<sup>2</sup> Artículo 1,833, Cód. Civ. de 1884.

mina lo contrario, declarando, que cuando la diminución del valor se verifique sin culpa del deudor, no está obligado á anticipar el pago, si mejora la hipoteca.<sup>1</sup>

Es decir: que según este precepto, si la diminución de la hipoteca proviene de caso fortuito ó fuerza mayor sin culpa del deudor, puede exigir el acreedor el pago anticipado de la deuda; pero aquél puede continuar gozando del plazo convenido, si mejora la hipoteca.

Lo mismo debe observarse cuando se trata de hipoteca constituida sobre derechos reales, cuya extinción se verifica sin culpa del deudor; pero cuando no es así, tiene la obligación indeclinable de constituir una hipoteca á satisfacción del acreedor, ó pagarle todos los daños y perjuicios que se le occasionen.

No creemos que en este caso especial, cumpla el Código con su propósito de prestar al acreedor las garantías necesarias para salvarle de los fraudes del deudor; y para convencerse de ello, basta tener presente que pudiera suceder que éste quedara insolvente, y por tanto, que aquél se encontrara en la imposibilidad absoluta del reembolso de su crédito.

Nada importa que tenga en tal caso la acción que el artículo 498 del Código Penal le concede contra el deudor fraudulento, porque el ejercicio de ella sólo le conduce al castigo del culpable, sin obtener el reembolso de su crédito, que indudablemente es el objeto cuya realización preferiría, pues sus intereses no resultan garantidos ni satisfechos con el castigo de aquél, que en todo caso le habrá hecho sufrir un perjuicio en su patrimonio, que queda sin reparación alguna.

Los términos con que está concebido el artículo 1,962 del Código, declarando que en el caso de insuficiencia de la hip-

<sup>1</sup> Artículo 1,844, Cód. Civ. de 1884.

Reformado por la misma adición que se hizo al artículo 1,843.

teca por culpa del deudor, puede el acreedor exigir el pago, ó que se mejore la hipoteca, nos demuestra de una manera terminante, que no le deja al deudor el derecho de opción entre el ejercicio de una ú otra de esas facultades.<sup>1</sup>

La interpretación que en sentido contrario se hiciera de dicho precepto sería no solamente opuesta á su texto expreso, sino también al del artículo 1,477 del Código, que priva de una manera absoluta al deudor, que por actos propios ha disminuído las garantías que otorgó al acreedor, del beneficio del plazo, sin que le conceda la facultad de enervar la acción de aquél, mediante el ofrecimiento de una nueva hipoteca ó de otra garantía.<sup>2</sup>

Pero cuando la diminución del valor del inmueble proviene de caso fortuito ó fuerza mayor, sí corresponde, como hemos dicho ya, el derecho de opción al deudor, porque no ha faltado de ninguna manera á la ley del contrato, y puede hacer el pago anticipado ó mejorar la hipoteca á su arbitrio.

Fundado el derecho Romano en la consideración de que la hipoteca es por su naturaleza accesoria y subsidiaria, estableció que el tercer poseedor del inmueble hipotecado no podía ser perseguido por falta de pago del crédito, sino que éste debía deducir la acción personal contra el deudor, y sólo que resultara demostrada la insolvencia de éste, podía proceder contra aquél.

Este principio fué sancionado por las leyes de las Partidas, y por la práctica de los tribunales, aunque con algunas divergencias, pues siguiendo las opiniones de algunos jurisconsultos, se declaró algunas veces que el adquirente de un inmueble hipotecado que ha reconocido el gravamen, no puede pretender que se haga la excusión previa del deudor.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,843, Cód. Civ. de 1884. Véase la nota 1<sup>a</sup> pág. 42.

<sup>2</sup> Artículo 1,361, Cód. Civ. de 1884.

<sup>3</sup> Ley 14, tit. 13, Part. 5<sup>a</sup>.

El sistema adoptado por el Código Civil ha proscrito semejante teoría, contraria al objeto que tiene la hipoteca, que es la plena seguridad del pronto reembolso al acreedor al vencimiento de la obligación; y en la actualidad procede el ejercicio de la acción hipotecaria cualquiera que sea el poseedor de la finca gravada, y sin necesidad de la previa excusión de los bienes del deudor.

En efecto: promovido el juicio hipotecario, el juez expide la cédula hipotecaria, en virtud de la cual adquiere el acreedor la posesión interina del inmueble gravado, y éste queda *sub judice*, de manera que no puede practicarse en él ningún embargo ni secuestro provisional que entorpezca el curso del juicio, que llevado por términos brevísimos, concluye por el remate del inmueble (art. 956, Cód. de Proc. de 1872 y 896 y siguientes del de 1880).<sup>1</sup>

A complementar este sistema han venido los artículos 1,966 y 1,967 del Código Civil, que prevén y resuelven el caso en que la acción hipotecaria se ejerza por el pago de una sola parte del crédito, y aquel en que el comprador del inmueble hipotecado no la quiera gravada; y al efecto, declaran, que si para el pago de algunos de los plazos del capital ó de los intereses, fuere necesario vender la finca hipotecada, y aun quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se debe verificar la venta y transferir el dominio de la finca al comprador, con la hipoteca correspondiente á la parte del crédito que no estuviere satisfecha, la cual, con los intereses, se debe deducir del precio; y que si el comprador no quiere la finca con esa carga, se debe depositar su importe con los intereses que le correspondan, para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes.<sup>2</sup>

1 Artículos 992 y siguientes, Cód. de Proc. Cívs. de 1884.

2 En el Código de 1884 se suprimieron los preceptos contenidos en los artículos 1,966 y 1,967 del de 1870, con toda razón, pues carecen de justicia y no pueden defenderse ni aun por consideraciones de equidad ó de conveniencia social.

El Sr. Lozano critica estos preceptos en su obra titulada Derecho Hipotecario Comparado, en los términos siguientes, según creemos, con justicia:<sup>1</sup>

Supongamos que la finca hipotecada es valiosa en.... 20,000 pesos, que reconoce 10,000, á pagar en dos plazos, uno ya vencido, y otro que vencerá á los cinco años con causa de réditos á razón de uno por ciento cada mes. Vendida la finca para pagar el plazo cumplido, y suponiendo que el comprador está conforme en recibirla con el gravamen del plazo por vencer, y que la venta se ha hecho en los 20,000 pesos del precio, habrá que formar al comprador la cuenta siguiente:

Precio de venta. . . . . . . . . . . .	\$ 20,000
"A deducir:	
"Importe del plazo no vencido. . . . .	\$ 5,000
"Interés al 1 por 100 en cinco años .	3,000
	<u>8,000</u>
"Precio líquido que deberá exhibir. .	12,000

"El comprador, pues, exhibirá 12,000 pesos, de los que se pagarán 5,000 al acreedor por el plazo vencido, y quedarán 7,000 en beneficio del deudor desposeído de una finca vendida y sobre la que reconocía 10,000. Por su parte, el comprador obtiene la considerable ventaja de conservar en su poder 8,000 pesos del precio de la finca durante cinco años y sin gravamen de ninguna especie."

“Suponiendo ahora que el comprador no quiera la finca con este gravamen, exhibirá desde luego los 20,000 pesos del precio de compra; de esta suma se pagarán 5,000 pesos del plazo vencido; se depositarán 5,000 del plazo por vencer y los 3,000 de réditos que se causarán en los cinco años; y el deudor recibirá, como en el caso anterior, los 7,000 restantes. Los 8,000 pesos depositados se conserva-

<sup>1</sup> Derecho Hipotecario, págs. 92 y 93.

rán, durante cinco años, en el Monte de Piedad, improductivos para todo el mundo y con el gravamen de la comisión ó derechos de depositaría."

"Se comprende con facilidad que las condiciones del caso que hemos supuesto, pueden modificarse de varios modos, y que puede hacerse más y más patente la injusticia y el absurdo hasta un grado verdaderamente monstruoso; pero la ley es clara y su aplicación al caso anterior es irreprochable."

Condensando en pocas palabras la crítica que antecede, resulta que los preceptos á que se refiere carecen de razón y de justicia, y no pueden explicarse ni aun por consideraciones de equidad ó conveniencia.

Esta es, sin duda, la razón por la cual carecen de precedentes en nuestra legislación y en los Códigos extranjeros, exceptuando la Ley Hipotecaria de España.

El propietario del predio hipotecado no puede contratar el pago anticipado de rentas por un tiempo que exceda al plazo del crédito hipotecario; y si el pago no dependiere de plazo cierto, tampoco puede estipular renta adelantada por más de cuatro años sin consentimiento del respectivo acreedor, bajo pena de nulidad del contrato en la parte que excede al tiempo mencionado (arts. 1,970 y 1,971, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

La ley ha hecho estas prohibiciones, porque si el deudor pudiera estipular el anticipo de las rentas, dificultaría el ejercicio de la acción del acreedor, que estaría obligado á respetar el contrato celebrado por aquél con perjuicio de sus intereses; pues sacada la finca á remate, difícilmente se en-

<sup>1</sup> Artículo 1,849, Cód. Civ. de 1884.

En este precepto se refundieron los artículos, 1,970 y 1,971 del Código de 1870, cuya redacción fué modificada en los términos siguientes:

"Sin consentimiento del acreedor respectivo, el propietario del predio hipotecado no puede contratar el pago adelantado de rentas por un tiempo que exceda al plazo del crédito hipotecario, ni por más de cuatro años si el crédito no tuviese plazo cierto, bajo pena de nulidad del contrato en la parte que excede del tiempo dicho."

contraría comprador para ella, porque sería improductiva por todo el tiempo correspondiente á las rentas anticipadas.

Así, pues, tales prohibiciones tienen por objeto expedir el ejercicio de la acción hipotecaria y evitar que, por la conducta dolosa del deudor, se difiera indefinidamente y á su arbitrio el pago de su crédito al acreedor.

La definición que la ley da de la hipoteca nos demuestra que ésta es una garantía que se otorga para asegurar el cumplimiento de la obligación y su preferencia en el pago, y que, por lo mismo, no confiere al acreedor derecho para adquirir el predio hipotecado en pago de su crédito, sino facultad para obtener, con las solemnidades de la ley, la venta, y reembolsarse con el precio de él.

Sin embargo, como la voluntad de los contratantes es la suprema ley de los contratos, y debe ser respetada siempre que no sea contraria á la moral y al orden público, nada impide que el deudor convenga con el acreedor que adquiera el predio hipotecado en defecto de pago, ó bien que se le adjudique por falta de comprador.

Por esta razón declara el artículo 1,974 del Código, que el acreedor no puede adquirir el predio hipotecado sino por convenio con el deudor, por remate en pública subasta ó por adjudicación en los casos en que no se presenta otro postor y con las condiciones y solemnidades que establece el Código de Procedimientos.<sup>1</sup>

Dijimos al principio de esta lección, que el sistema hipotecario adoptado por nuestro Código es el germánico, que

<sup>1</sup> Artículo 1,851, Cód. Civ. de 1884.

Reformado por la supresión de las siguientes palabras: *por remate en pública subasta.*

Se hizo esta supresión á pretexto de que al enumerar el artículo 2,927 las personas que no pueden adquirir bienes en las ventas judiciales, no señala al acreedor hipotecario.

No creemos digna de aplauso tal supresión, porque no está de ninguna manera justificada, y porque quita al precepto su claridad y precisión, dando lugar á dudas y á que por exclusión, y consultando el artículo 2,927, se deduzca por consecuencia la facultad del acreedor hipotecario para adquirir el predio hipotecado, la cual estaba expresamente determinada en las palabras suprimidas.

consiste en la *especialidad* y la *publicidad* de la hipoteca, ó lo que es lo mismo, que ésta debe recaer sobre bienes inmuebles ciertos y determinados. Pues bien, este sistema, que se halla establecido por los artículos 1,942 y 1,953, ha merecido especial sanción del artículo 1,980, que dice: "la hipoteca nunca es tácita: para subsistir necesita siempre de registro, y se contrae por la voluntad en los convenios, y por necesidad en los casos en que la ley sujeta á alguna persona á prestar esa garantía sobre bienes determinados: en el primer caso se llama voluntaria: en el segundo necesaria."<sup>1</sup>

Los fundamentos sobre que descansa nuestro sistema hipotecario están expresados en los siguientes conceptos, que tomamos de la Exposición de motivos del Código Civil:

"La hipoteca tácita tiene por base el deseo, muy laudable sin duda, de asegurar los intereses de ciertas personas que la ley considera preferentemente y cuyos derechos quiere vigilar con más eficacia. Pero este principio, justísimo en su esencia, produce en la práctica complicaciones muy graves, y es no pocas veces origen de otros males, que también debe evitar la sociedad. Como el acreedor generalmente ignora las responsabilidades que pesan sobre los bienes del deudor, la hipoteca tácita adquiere cierto carácter de misterio, que muchas veces reviste el ropaje del fraude. En efecto: cuando un acreedor, que ha dado su dinero bajo la garantía de una hipoteca expresa, se encuentra de repente en un lugar inferior al que creía con razón corresponderle, y ve que antes que él se pagan créditos ocultos, que aunque muy dignos de consideración, vienen tal vez á menos-cabar ó tal vez á absorber el precio de la finca que se le dió

<sup>1</sup> Artículos 1,825, 1,836 y 1,857, Cód. Civ. de 1884.

Reformados el segundo y el tercero de estos preceptos. Véase la nota 2<sup>a</sup>, pág. 10, en cuanto á la reforma relativa á aquél.

El último de dichos preceptos quedó reformado por la declaración expresa de que la hipoteca nunca es general. Véase la nota 1<sup>a</sup>, pág. 9.

como libre en garantía de su derecho, es natural que presuma un abuso y que atribuya á mala fe el secreto en què se envolvió la responsabilidad privilegiada. Faltan ciertamente á la hipoteca tácita esa franqueza, esa verdad que deben presidir en todos los contratos; porque si la responsabilidad es anterior á la obligación que se garantiza, el deudor, digámoslo de una vez, comete una falsedad, presentando como libres los bienes que están obligados; y si es posterior comete un fraude, imponiéndose obligaciones que van á perjudicar notoriamente á su acreedor. Se ve, pues, que en cuanto á moralidad, la hipoteca tácita no tiene muy sólidos fundamentos."

"En la práctica produce, entre otros muchos, dos males de muy funestas consecuencias. El primero consiste en el perjuicio positivo que sufre el acreedor: el segundo, el descrédito de la hipoteca expresa, y de ambos manan pleitos eternos, que tal vez dejan arruinados al deudor y al acreedor, complicaciones sin número en los concursos, dilación escandalosa en el término de éstos y el fomento de la usura; pues el acreedor que teme ser vencido, cuando menos lo piensa, por un contrario cuya existencia ignoraba, aumenta el interés de su dinero, creyendo, casi siempre equivocadamente, compensar con ese aumento la pérdida que le amenaza."

Así, pues, la publicidad de las hipotecas consiste, como dicen los autores de la Ley Hipotecaria de España, en que desaparezcan las hipotecas ocultas y no pueda perjudicar al contratante de buena fe ninguna carga que gravite sobre la propiedad si no está inscrita en el Registro público; en que el contratante que ha sido omiso en inscribir sus derechos sujetos á registro, no pueda perjudicar al tercero que adquiera la finca ó la reciba en garantía de una obligación; y en que el registro de la propiedad y el de hipotecas puedan ser consultados por todos aquellos que traten de adqui-

rir inmuebles, prestar dinero con su garantía, comprobar los derechos que puedan pertenecerles, y que tengan un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sin gravámenes.

La especialidad, que es la consecuencia y el complemento de la publicidad, consiste en que la hipoteca puede constituirse válidamente sobre bienes ciertos y determinados, y por lo mismo, en que no pueden contratarse ni existir, como bajo el imperio de la antigua legislación, las hipotecas generales.

Decimos que la especialidad es una consecuencia de la publicidad, porque la hipoteca general, aunque se limite á los bienes presentes y no se haga extensiva, como acontece comunmente, á los futuros, produce por resultado la ocultación del gravamen, y su misma extensión la hace ilusoria; pues por lo mismo que comprende los bienes habidos y por haber del deudor, éste tiene libertad para enajenarlos y anular así la garantía que otorgó, sin que el acreedor tenga derecho alguno contra el comprador.

Reasumiendo en pocas palabras lo expuesto, resulta que el sistema hipotecario adoptado por el Código Civil, tiene por objeto la conservación del crédito territorial, la garantía y seguridad de los acreedores y adquirentes de buena fe, y la extirpación de los fraudes y de la usura á que era tan ocasionado el sistema seguido por nuestras antiguas leyes. En una palabra: la publicidad y la especialidad de las hipotecas se fundan en graves consideraciones de moral y orden público.

## III

## DE LA HIPOTECA VOLUNTARIA.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

1 Artículo 1,283 y 1,860, Cód. Civ. de 1884.

2 Artículo 1,859, Cód. Civ. de 1884.

3 Artículos 1,861 y 1,863, Cód. Civ. de 1884.

Reformado el segundo de estos artículos en los términos siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

Un ejemplo hará más comprensible lo expuesto.

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

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

y el origen de los efectos jurídicos que la ley le atribuye á ésta, lo cual es absurdo.

La hipoteca, lo mismo que los demás derechos que poseemos, está en nuestros bienes, forma parte de nuestro patrimonio, y por lo mismo se halla en el comercio y es susceptible de ser enajenada, cedida y aun convertirse en el objeto de una nueva hipoteca para garantir el cumplimiento de una nueva obligación.

Por este motivo declara el artículo 1,987 del Código Civil, que el crédito hipotecario puede enajenarse, ó cederse á un tercero, en todo ó en parte, siempre que se haga en escritura pública de que se dé conocimiento al deudor, y que se inscriba en el Registro.<sup>1</sup>

Es decir, que el derecho de hipoteca puede enajenarse ó cederse por el acreedor, como cualquiera otro derecho, pero observando las reglas que hemos expuesto en el artículo X, lección cuarta de este tratado, relativas á la cesión de derechos y acciones, esto es, haciendo constar por escritura pública la enajenación, la cual debe ser notificada al deudor.<sup>2</sup>

En consecuencia, la enajenación de la hipoteca debe reunir los requisitos siguientes, para que tenga eficacia y validez:

1º Que se haga constar por escritura pública la cesión ó enajenación.

2º Que se notifique ésta debidamente al deudor.

3º Que se inscriba en el Registro la escritura de cesión ó enajenación de la hipoteca.

Ya hemos expresado en el artículo X de la lección cuarta, cuáles son los fundamentos de los dos primeros requisitos, y por lo mismo nos limitamos á remitir á nuestros lectores á dicho artículo.

<sup>1</sup> Artículo 1,864, Cód. Civ. de 1884.

<sup>2</sup> Págs. 329, 331 y siguientes, tomo III.

En cuanto al último requisito, es una consecuencia necesaria del sistema de publicidad de la hipoteca, que obliga á hacer constar en el registro las mutaciones que sufren la propiedad y sus desmembramientos, á fin de evitar los fraudes y de proteger y aumentar el crédito territorial.

La hipoteca es un contrato accesorio, que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación; y como la fianza, que afecta el mismo carácter, puede limitarse su duración al tiempo que convengan los contratantes; en cuyo caso, tan luego como expira el tiempo convenido, se extingue la hipoteca, aun cuando no esté satisfecha la obligación (art. 1,988, Cód. Civ.).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Artículo 1,865, Cód. Civ. de 1884.

Reformado en los términos siguientes:

“La hipoteca durará el tiempo señalado por los contratantes; si no se señala tiempo, durará todo aquél en que pueda exigirse la obligación que garantiza, y si no hubiere término para el vencimiento de la obligación, se entenderá que ésta tiene el plazo de diez años.”

Las razones que fundan y motivan esta reforma se encuentran en la parte del dictamen de la 1.<sup>a</sup> Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, que á continuación insertamos:

“De la hipoteca voluntaria.”—“Sobre esta misma materia se observa en nuestro Código una deficiencia notable, que ha sido causa de litigios difíciles y ruinosos: no se dice por cuánto tiempo conservan su preferencia los créditos hipotecarios después de vencido el plazo convenido para su pago. Los autores del Código de Procedimientos Civiles, que se promulgó en 15 de Agosto de 1872, deseando cubrir aquel hueco, dispusieron en el artículo 33, que la hipoteca conservara su prelación durante un año, contado desde la fecha en que, conforme al Registro, hubiere expirado el plazo legal ó convencional de la hipoteca; pero que pasado ese tiempo sin que se hubiera entablado la demanda, el crédito quedaría pospuesto á los que hubiesen sido registrados antes del día en que expiró el plazo de la hipoteca. Los tribunales y los particulares entendieron este artículo, en el sentido de que la hipoteca perdería su preferencia, si el crédito no se exigía judicialmente dentro del año siguiente al vencimiento del plazo convenido para su pago, y de aquí se originaron multiplicados pleitos; los acreedores se hicieron más exigentes y se presentaron dificultades serias para graduar á los mismos acreedores hipotecarios en los concursos. En vano fué que un inteligente jurisconsulto, que honra al foro contemporáneo, escribiera, en una de sus obras didácticas más recomendables, que era un error científico confundir el plazo convenido para el pago del crédito con el plazo legal ó convencional de la hipoteca; que el Código hablaba de éste y no de aquél, y que las hipotecas no podían perder su preferencia porque se dejara pasar el vencimiento del plazo en que debiera pagarse el crédito. El mal siguió á pesar de tan sana doctrina, y todo lo que se obtuvo fué que se introdujera la anarquía en la jurisprudencia, registrándose resoluciones contradictorias sobre cuestiones totalmente idénticas, hasta que se expidió el nuevo Código de Procedimientos,

En consecuencia: el acreedor ya no podrá ejercitar la acción hipotecaria para obtener la preferencia en el pago; pero sí conservará la acción personal que le compete en virtud del contrato que dió origen á la obligación principal, que dura tanto como ésta.

En el caso de que los contratantes no hubieren señalado plazo á la hipoteca, solamente puede durar diez años, según lo determina el artículo 1,988 del Código, porque no es conveniente ni justo que subsista indefinidamente ese gravamen, que afecta de una manera trascendental los intereses de la sociedad, impidiendo el crédito territorial.<sup>1</sup>

Este precepto, que es de tan fácil inteligencia, ha sido, sin embargo, el objeto de laboriosa controversia en nuestros tribunales, sobre ella y la manera de aplicarse, se le ha encontrado en abierta contradicción con el artículo 1,968 del Código Civil, y dió motivo á una jurisprudencia varia y contradictoria, no obstante que los artículos 33 y siguientes del Código de Procedimientos de 1872, vinieron á llenar la deficiencia de aquel ordenamiento, respecto del tiempo que conservan su preferencia los créditos hipotecarios después de vencido el plazo convenido para su pago.

La aparente contradicción desapareció mediante el precepto contenido en el artículo 37 del Código de Procedi-

en 15 de Septiembre de 1880. Tuvo parte en esta obra el jurisconsulto á quien antes hemos aludido, y naturalmente cuidó de dar la mayor claridad á este precepto, haciendo una referencia á la disposición del Código Civil que trata de la duración de la hipoteca.”

“ De esta manera quedó corregido hasta cierto punto el mal que causaba la deficiencia de que venimos hablando; sin embargo, la Comisión ha creído que debía quitarse todo motivo de duda, y dar á estas disposiciones la más fácil inteligencia, modificándolas en el sentido que, entre nosotros tiene establecido la práctica. Con este objeto, se determina en el proyecto que tenemos la honra de presentar, que cuando no haya plazo convenido para la duración de la hipoteca, ésta permanece viva por todo el tiempo que el crédito es exigible, conservando, durante ese mismo tiempo, la prelación que le da su registro: así se evita toda discusión y diferencia, y se tiene una prescripción legal en el cuerpo de leyes en que debe estar y que es de muy obvia aplicación en el terreno práctico de la jurisprudencia.”

<sup>1</sup> Artículo 1,865, Cód. Civ. de 1884. Véase la nota precedente.

mientos de 1872, que declara, que la hipoteca se extingue en cuanto á su prelación del crédito, conforme á lo prevenido en la fracción 4<sup>a</sup> del artículo 2,051 del Código Civil; en cuanto al pago del capital, conforme al artículo 1,968; y en cuanto á aquella y á éste, conforme á las demás fracciones del expresado artículo 2,051; pues así quedó establecido con toda claridad, que el lapso del tiempo señalado por la ley á la duración sin que se renueve la inscripción, sólo perjudica al acreedor en cuanto á la preferencia de su crédito, concurrendo con otros acreedores; pero que si no hay tal concurrencia, el acreedor puede ejercitar su acción hipotecaria para obtener el pago, sacando á remate judicial el inmueble hipotecado, siempre que no se haya extinguido por prescripción ó por cualquiera otra causa legítima.

No queremos que en esta materia de tan alta importancia, y cuando hasta la jurisprudencia ha sido en general contraria á la teoría expuesta, se acepte sin el apoyo y el prestigio de una autoridad competente, y por lo mismo, invocamos las siguientes palabras, que tomamos de la Exposición de Motivos del Código de Procedimientos de 1880:

“El artículo 33, que quedó en el nuevo Código bajo el número 31, fué objeto de una adición que no altera los preceptos que contiene; pero que puede servir para su más recta inteligencia. Dicho artículo dispone que: “si dentro de un año, contado desde la fecha en que conforme al registro hubiere expirado el plazo legal ó convencional de la hipoteca, el acreedor demandare en juicio el cumplimiento de la obligación, conservará la hipoteca la prelación que le corresponde, según su inscripción, etc.”

“La novedad del sistema hipotecario establecido por nuestro Código Civil ha sido causa de que en algunos casos se apliquen las disposiciones del artículo 33 citado, de una manera que no parece conforme con el espíritu de aquel sistema. Un acreedor se presenta haciendo valer en juicio una

escritura hipotecaria: en ésta se fijó un plazo, por ejemplo, de dos años, para el cumplimiento de la obligación; transcurridos los dos años del plazo, y no satisfecha la obligación por el deudor, si el acreedor demanda dentro del año siguiente su crédito, en concurrencia con otros igualmente hipotecarios, conserva su prelación, de manera que es mandado pagar con preferencia á los demás cuyo registro sea posterior; si por el contrario, el acreedor de que se trata no demanda sino pasado un año, después de vencidos los dos de la obligación, el crédito, conservando su calidad de hipotecario, ha perdido la prelación que le da la fecha de su registro, y no será pagado sino después que lo sean los créditos posteriores en fecha que hayan sido registrados durante los dos años del plazo. Tal ha sido en algunos casos, la aplicación que se ha hecho de este artículo, contraria á las prescripciones que en esta materia contiene el Código Civil, y á las que, de conformidad con éste, establece el Código de Procedimientos en sus artículos, del 30 al 37."

"En la nueva redacción del artículo, después de las palabras "*hubiere expirado el plazo legal ó convencional de la hipoteca,*" se pusieron éstas: "*según los artículos 1,988 á 1,992;*" adición que sin alterar el precepto del artículo, lo aclara de tal modo, que en lo de adelante no podrá hacerse la aplicación errónea antes indicada."

"En el sistema establecido por nuestra antigua legislación, la acción hipotecaria, en su calidad de mixta, de real y personal, duraba treinta años, conforme á la ley famosa 63 de Toro; y durante ese tiempo se conservaba viva para todos sus efectos, es decir, tanto para exigir el cumplimiento de la obligación, como para establecer el orden y prelación entre varios créditos hipotecarios; orden y prelación que indefectiblemente se fijaban conforme á un principio bien sencillo: "*el que es primero en tiempo es el mejor en derecho.*" En el sistema de nuestro Código Civil actual, conforme en

ésto con las más de las legislaciones modernas en materia de hipotecas, se distinguen de una manera bien marcada, estos dos efectos en la hipoteca: 1º, el pago del capital; 2º, su prelación. Para el primero de estos efectos, el artículo 1,968 señala una duración de veinte años; para el segundo, el artículo 1,988, en defecto del plazo señalado por los contratantes, fija el de diez años; el segundo deberá contarse desde la fecha del registro, supuesto que desde entonces comienza á surtir sus efectos la hipoteca, muy especialmente el de su prelación ó preferencia respecto de créditos hipotecarios anteriores ó posteriores en su constitución, pero registrados después."

"Antes de la publicación de nuestro Código, nunca fijaban los contratantes término á la duración de la hipoteca para el efecto de conservar su prelación: ésta duraba viva por treinta años, contados después del vencimiento del plazo para el pago; durante ese tiempo, el acreedor conservaba eficaz su acción, tanto para cobrar el capital como para establecer la preferencia; y pasado él, la hipoteca desaparecía por virtud de la prescripción en todos sus efectos. Conforme al artículo 1,988, los contratantes son libres para fijar un plazo á la duración de la hipoteca; si no la fijan, la hipoteca sólo durará diez años; pero ésto se entiende para conservar la prelación que le da la fecha del registro, pues para cobrar ó exigir el capital tiene veinte años, conforme al artículo 1,968, término que puede estar íntegro aun después de haber transcurrido el plazo legal del registro."

"Algunos ejemplos aclararán estas teorías. Pedro presta á Juan 1,000 pesos que éste se obliga á pagar á dos años de la fecha—1º de Enero de 1880,—hipotecando á la seguridad del pago una finca de su propiedad, sin fijar término á la duración de la hipoteca. En este caso, transcurridos los dos años del plazo y no satisfecha la obligación, el acreedor Pedro podrá demandar, con acción hipotecaria, el pago de